

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial nº 33. Marzo 1994**

**Baño León, Tomás**

Magistrado del TSJ de Murcia

**EFFECTO PRESUNTO POSITIVO Y RESOLUCIÓN EXPRESA TARDÍA**

Estudios

Serie: *Contencioso - Administrativo*

**VOCES:** DERECHO ADMINISTRATIVO. DERECHO PROCESAL. SILENCIO ADMINISTRATIVO. ACTO ADMINISTRATIVO. RESOLUCIONES JUDICIALES. PLAZOS PROCESALES. ADMINISTRACION PUBLICA. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

**ÍNDICE**

- I. Planteamiento del problema
- II. Posiciones doctrinales
- III. Posición que se mantiene
  - 1. Del «deber» a la «obligación» de resolver expresamente
  - 2. La duración de la obligación de resolver:
- IV. La resolución tardía y su contenido
- V. La gestación del acto presunto
  - 1. Los efectos presuntos
  - 2. La certificación del acto presunto
  - 3. La prohibición de resolver
- VI. El plazo de impugnación judicial de los actos presuntos
- VII. Recapitulación

**TEXTO**

**I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La nueva regulación del silencio administrativo se ha constituido, con el nuevo régimen de revisión de los actos administrativos, en uno de los temas que más están ocupando y preocupando a los comentaristas de la Ley 30/92, LRJ-PAC, que están manteniendo posiciones de abierta contradicción respecto de alguna

de las cuestiones suscitadas por la nueva regulación. Ello nos pone de manifiesto la complejidad del sistema instaurado para una institución, la del silencio administrativo, necesitada seguramente más que otras de simplicidad en su regulación, pues ante la inactividad formal de la Administración creo que el administrado ve aumentada su ordinaria incertidumbre e inseguridad ante el aparato burocrático, y en este trance necesita especialmente de unas claras pautas de conducta que le señalen el camino a seguir. La complejidad del sistema no se detiene de cara al administrado, sino muy especialmente para el intérprete y aplicador de la norma, que va a encontrar dificultades a la hora de configurar una teoría del silencio que mantenga una cierta coherencia entre la letra y el espíritu de su normativa. El terreno, como ha expresado SANTAMARIA PASTOR (1), está sembrado de pistas contradictorias.

El tema que aquí se va a abordar es muy puntual, pero va a ser preciso tocar elementos estructurales del sistema y tomar posición respecto de ellos. Queremos reflexionar sobre si la resolución expresa que la Administración actuante puede -y debe- dictar después de transcurrido el plazo que la ley llama «máximo» (sea el que determine el «procedimiento aplicable en cada caso» o el supletorio residual de tres meses) (art. 42.2) puede contrariar el efecto positivo, estimatorio, del silencio que derive, en su caso, del mero transcurso del citado plazo máximo sin recaer resolución expresa. Dicho de otro modo, ¿queda vinculada la Administración al efecto positivo producido por el vencimiento del plazo máximo sin dictar resolución expresa, de modo que si ésta se produce después su contenido ya está predeterminado por el citado efecto positivo?

Creo que el problema, por un lado, tiene interés teórico y práctico, y por otro, está hasta ahora resuelto en forma absolutamente contradictoria por los comentaristas de la Ley 30/92, como veremos más adelante. Teóricamente, el tema enunciado exige clarificar un punto crucial del sistema: cuándo surge el acto presunto, ¿al cerrarse el plazo máximo?, ¿al solicitar el interesado la petición de certificación?, ¿al emitirse la certificación acreditativa del mismo? La ambigüedad de la Ley 30/92 permite, por supuesto, apuntarse, desde su literalidad, a cualquiera de estas alternativas.

Prácticamente, temo que la cuestión se va a presentar tan pronto como el nuevo régimen del silencio empiece a aplicarse, y ello porque, cualquiera que sea el juicio técnico que merezca el nuevo sistema, el legislador va a conseguir lo que se ha propuesto: erradicar o al menos reducir notablemente el acto presunto de la práctica administrativa. Dos razones me mueven a pensar así: una de índole disciplinaria y otra de orden práctico. La primera se apoya en que algún efecto tendrá sobre el funcionariado (nulo sobre el político) el nuevo régimen de responsabilidad reforzada ideado por el legislador contra la inactividad formal de la Administración. Más eficacia atribuyo a la razón práctica a la que aludo, porque, efectivamente, el legislador ha regulado la emisión de la certificación del acto presunto (sobre la que volveremos más adelante) de forma tal que va a desmotivar muy seriamente al aparato burocrático a la producción de actos presuntos. Adviértase, en efecto, el contenido reglado de la misma (art. 44.3). En él se encuentran al menos dos elementos, la fecha del vencimiento del plazo para dictar resolución y los efectos generados por la ausencia de resolución expresa, cuya determinación en muchos casos será tan compleja y dificultosa, si no más, que la emisión de una resolución expresa. Para la determinación del período máximo para resolver y los problemas que pueden presentarse a la hora de su cómputo me remito, por todos, a SANTAMARIA PASTOR (2) y a SAINZ MORENO (3). Respecto a la fijación de «los efectos generados por la ausencia de resolución expresa», parece claro que requerirá del autor de la certificación una labor interpretativa, por mínima que sea, del artículo 43.2 y 3 y de la abundante normativa especial de desarrollo para apreciar en cada caso el efecto estimatorio o desestimatorio de la solicitud, lo que comportará una verdadera operación de calificación jurídica, calificación que habrá de extenderse a los dos presupuestos de la certificación: si procede extenderla («cuando proceda») y si ha sido «solicitada en debida forma» (art. 44.3, último apartado).

Añádase a lo anterior que el legislador, astutamente, ha cerrado la puerta a la tentación de eludir la

emisión de la certificación mediante el cómodo instrumento de la delegación de esta «competencia específica», vedando tal delegación (art. 44.2), lo que constituirá una eficaz medida disuasoria del acto presunto, añadida a las que después se dirán.

Resulta, en definitiva, que a la vista de este riguroso régimen de la certificación el órgano obligado a emitirla (el mismo que debe resolver expresamente o su Secretario si es colegiado) se preguntará razonablemente si no será más cómodo y fácil dictar la resolución expresa, que, por su contenido, queda a tan corta distancia (apenas la motivación de fondo) de la certificación del acto presunto. La necesidad «inexcusable» de documentar éste debe constituir un arma eficaz para desmotivar a la Administración al uso y abuso del silencio que hasta ahora ha existido, y en ese propósito desmotivador veo una de las causas de que los actos presuntos desestimatorios se vean también necesitados de la certificación acreditativa (cosa que a muchos comentaristas resulta inexplicable).

Creo, como conclusión, que el poderoso arsenal que el legislador ha dispuesto contra el acto presunto va a ser en gran medida eficaz para erradicar la plaga combatida. De lo que no estoy seguro es de que lo que suceda a tal erradicación -si es que ello se consigue realmente- vaya a ser plenamente satisfactorio. Y digo esto porque desde la primera lectura de la ley, me asaltó la sospecha, no alejada de temor, que no sólo no he conseguido desvanecer, sino que veo confirmada y compartida ahora por algún ilustre comentarista: la de que el silencio sea sustituido por formularias resoluciones expresas desestimatorias dictadas deprisa y corriendo (en el plazo de veinte días) para evitar los efectos positivos del transcurso del referido plazo.

GONZALEZ NAVARRO (5) lo expone muy claramente cuando después de preguntarse -y contestar negativamente- si valdrá la pena expedir la certificación que puede dar origen a responsabilidades, vuelve a preguntarse: «¿Qué va a pasar entonces?»

«Es muy probable que se recurra a otra ficción distinta de la del silencio administrativo: la de preparar modelos de resolución con pronunciamiento desestimatorio a los que se recurrirá con toda normalidad. Se preparan unos cuantos antecedentes de hecho y otros fundamentos de Derecho normalizados que "suenen bien", y llegado el momento se rellenan los datos.»

Este es el peligro y esta es la razón práctica que presta interés al problema de determinar si las resoluciones expresas, que llamaremos tardías, que pueden aparecer y aparecerán desde el vencimiento del plazo máximo hasta el vencimiento del de la emisión de la certificación (veinte días), carecen de condicionamiento alguno en su contenido y pueden por ello ser desestimatorias (pues no existe problema si fueran estimatorias y el efecto presunto ya producido fuera desestimatorio) -salvo revocaciones contrarias al art. 105-, por el contrario, sólo pueden ser ya confirmatorias del efecto presunto positivo que haya podido producirse por el transcurso del plazo máximo.

(Hablemos, en este momento del planteamiento del problema, de «efecto presunto positivo» en el sentido material que le da la posición contraria a la que mantenemos en este estudio.)

## II. POSICIONES DOCTRINALES

El problema antes enunciado ha tenido hasta el momento soluciones dispares aunque no enfrentadas dialécticamente entre sí por haber aparecido casi simultáneamente en tiempos muy próximos a la publicación de la Ley 30/92. Por ello que, acercándose el momento de aplicación del nuevo sistema, puede ser oportuno empezar a recopilar opiniones sobre la materia, sin eludir el compromiso de un enjuiciamiento crítico de las mismas.

Las opiniones que conozco hasta ahora pueden ser agrupadas en tres apartados, atendiendo al

momento en que se considera producido el acto presunto y las consecuencias que ello comporta para la posible resolución expresa que recaiga con posterioridad a la petición de la certificación.

1. Primera tesis: Los autores de este grupo sostienen que el acto presunto nace con el transcurso del plazo máximo para dictar resolución expresa, no pudiendo ésta, si aparece con posterioridad, ser contraria al efecto positivo del silencio. Son defensores de esta primera posición: Tomás-Ramón FERNANDEZ (6) VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA (7), GARCIA-TREVIJANO GARNICA (8), Elisa DE LA NUEZ SANCHEZ-CASCADO (9) y J. A. LOPEZ PELLICER (10).

Las opiniones de estos autores pueden resumirse como sigue:

A) T. R. FERNANDEZ entiende que «el transcurso del plazo para resolver produce un auténtico acto administrativo, aunque presunto, con independencia de cuál haya de ser el contenido, favorable o adverso, estimatorio o desestimatorio, de éste, lo cual supone una rectificación frontal de la regulación anterior, según la cual sólo el silencio positivo era equiparable al acto expreso, pues el negativo era una mera ficción de efectos puramente procesales». La certificación del acto presunto sólo es un documento para la eficacia del acto y carece de todo contenido sustantivo. Por todo ello, concluye sobre el problema que nos ocupa diciendo:

«Existiendo ya desde el momento del vencimiento del plazo legal para resolver un acto presunto de un contenido predeterminado por la ley, es obvio que *la Administración no puede producir libremente en el plazo de veinte días, a contar de la solicitud de la certificación, una resolución de sentido contrario a aquél, sino en los límites que para la revisión de oficio de los actos administrativos se establecen en los artículos 102 y siguientes LPC.*»

La fundamentación de la tesis expuesta se hace recaer exclusivamente en el artículo 43. 1, conforme al cual «si venciese el plazo de resolución y el órgano competente no la hubiese dictado expresamente, se producirán los efectos jurídicos que se establecen en este artículo».

B) VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA sostienen que el sentido, positivo o negativo, de la actividad silente de la Administración se produce una vez transcurrido el plazo de tres meses en virtud del artículo 43.1. Consiguientemente, una vez transcurrido este Plazo, la resolución presunta tiene un contenido predeterminado -en sentido positivo o negativo--- y la Administración no puede alterarlo por el solo hecho de que el particular solicite la certificación a que se refiere el artículo 44. Y después de decir que el artículo 44.2 hace mención de la certificación sólo a efectos de «eficacia» del acto, pero no de su validez, concluyen afirmando:

«Una vez solicitada tal certificación, la Administración no tiene más alternativa que confirmar el sentido del silencio en los términos del artículo 43, ya que lo contrario equivaldría a desnaturalizar la institución del silencio administrativo, concebido como garantía del particular y no como medio para que la Administración pueda reforzar aún más su posición privilegiada.»

C) GARCIA-TREVIJANO GARNICA parte del sistema de la LPA de 1958, en el que la persistencia del deber de resolver transcurrido el plazo para resolver no merecía objeción alguna tratándose del silencio negativo, no así tratándose del positivo, que daba lugar a un verdadero acto, aunque presunto, y como tal gozaba de las garantías propias de todo acto declarativo de derechos, por lo que la Administración no puede resolver contra él de manera expresa, pues ello comportaría una indudable revocación. Por el contrario, «la nueva ley introduce un indudable confusionismo en este aspecto, pues parece permitir (y

exigir) que la Administración resuelva de manera expresa aun cuando el silencio positivo haya producido efectos». Para este autor «la confusión que introduce la nueva ley es fruto de un inadecuado tratamiento unitario de ambos tipos de silencio administrativo y al establecimiento de un complejo sistema», concluyendo que «la previsión relativa a la subsistencia del deber de resolver en tanto no se haya emitido la certificación prevista en el artículo 44 debería ser referible exclusivamente al silencio negativo» -en el mismo sentido, MARTIN REBOLLO (11)-, y si no fuera así «la nueva ley estaría dando una configuración al silencio positivo más gravosa (o menos beneficiosa) para el administrado, lo que no parece ser el objetivo del legislador..., que tiende a potenciar la operatividad del silencio positivo».

D) E. DE LA NUEZ SANCHEZ-CASCADO considera también que el transcurso del plazo de tres meses genera el acto presunto y que la certificación cumple una doble función: la de acreditar la existencia del acto presunto y el ser requisito de eficacia del mismo. No se comprenden bien, dice, cuáles son las razones que han llevado al legislador a demorar la eficacia del acto presunto hasta el momento de la expedición de la certificación, salvo que se haya buscado conceder un último plazo de veinte días a la Administración para dictar resolución expresa. Y si ello es así, no hay inconveniente en que la resolución expresa tardía sea contraria al acto desestimatorio presunto.

«En cambio, para los actos estimatorios presuntos la cuestión es muy distinta, pues resolver expresamente (aunque sea dentro del plazo para emitir la certificación) en sentido contrario a los mismos supone una revocación a un acto declarativo de derechos sin seguir el procedimiento legalmente establecido, de forma que esa resolución expresa está viciada de nulidad de pleno derecho. A ello no obsta en absoluto el que la eficacia del acto presunto esté demorada, pues el acto ya ha nacido y se presume válido.»

E) J. A. LOPEZ PELLICER sostiene que en cierto modo la solicitud de certificación supone advertencia a la Administración sobre la demora o retraso en dictar el acto expreso a que está obligada. Dentro de este plazo la Administración tiene, pues, la opción de dictar resolución expresa en vez de la certificación del acto presunto, pero deberá abstenerse de resolver expresamente una vez emitida dicha certificación. Y respecto del sentido que puede tener la resolución expresa dentro del plazo de veinte días, el autor sigue el criterio de que en caso de silencio positivo la Administración no puede resolver de modo desfavorable para el interesado en razón de haberse producido ya los efectos jurídicos de los actos presuntos (art. 43. 1) y a que la certificación del artículo 44 se configure como requisito de eficacia.

A la hora de hacer una valoración crítica global de esta primera tesis pueden advertirse estas dos circunstancias:

1.<sup>a</sup> Una fundamentación centrada exclusivamente, por un lado, en la literalidad del artículo 43.1, y por otro, en el carácter de la certificación como requisito sólo de eficacia del acto (art. 44.2).

2.<sup>a</sup> Arrancando de la literalidad de los preceptos dichos, los mantenedores de esta primera tesis se encuentran con grandes dificultades para la comprensión total del nuevo régimen del silencio, pues siempre encuentran piezas de éste que no encajan en la construcción que formulan. Así, T. R. FERNANDEZ encuentra «un primer factor el(, distorsión» en el hecho de que el artículo 43.1 no exima a la Administración de la obligación de resolver aunque deba abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la certificación del artículo 44. Este mismo hecho supone para GARCIA-TREVIJANO GARNICA introducir «un indudable confusionismo», «fruto de un inadecuado tratamiento unitario de ambos tipos de silencio administrativo», que conduce a «ciertas perplejidades», por lo que propone que la subsistencia del deber de resolver mientras no se haya emitido la certificación prevista en el artículo 44 «debería ser referible exclusivamente el silencio negativo», aunque reconoce que el artículo 43.1 «no hace ninguna distinción entre ambos tipos de silencio». Para E. DE LA NUEZ SANCHEZ-CASCADO, partiendo de que el acto presunto se produce al

transcurrir el plazo máximo sin resolver, «no se comprenden bien cuáles son las razones que han llevado a demorar la eficacia del acto presunto hasta el momento de la expedición de la certificación. Para esta misma autora supone también una «restricción de difícil justificación en materia de actos desestimatorios presuntos» el hecho de que la resolución expresa no puede ya producirse una vez emitida la certificación.

No se comprende, por último -y esto está muy generalizado-, que los actos presuntos desestimatorios se vean igualmente que los estimatorios, necesitados de certificación.

Resulta, pues, de lo anterior que una interpretación pegada en exceso a la literalidad de la norma impide una construcción plenamente coherente del nuevo sistema, por existir elementos que no se dejan reducir por él, deviniendo entonces inexplicables o de difícil encaje en el conjunto normativo que se contempla. Y es esto lo primero que nos debe alertar de que tal construcción debe ser acogida con suma cautela, pues el Ordenamiento jurídico -en este caso, el microordenamiento que forman los artículos 42, 43 y 44- es una estructura solidaria que no consiente incoherencia entre sus elementos. *A contrario sensu*, acogeremos aquella construcción teórica que sea capaz de vertebrar, de conciliar y poner paz entre los distintos segmentos del sistema hasta llegar a una explicación coherente del mismo.

Y dando un paso más añadiremos que el elemento que, curiosamente, constituye «factor de distorsión», de «indudable confusión» para la tesis expuesta, viene a ser, primero, la subsistencia del deber de resolver expresamente vencido el plazo máximo, y segundo, el deber de abstenerse de resolver una vez emitida la certificación del acto presunto, cuando para nosotros constituye una y otra determinación normativa factor de vertebración del sistema, en el primer caso, y una consecuencia jurídica ineludible, una norma completiva, en el segundo.

2. *Segunda tesis*: Colocamos en este grupo a José María FERNANDEZ PASTRANA (12) que sostiene la tesis de la *revocabilidad temporal del acto presunto*. Afirma este autor que transcurrido el plazo máximo para resolver se entiende producido el acto presunto, pero, a diferencia de los actos expuestos, su eficacia queda demorada hasta que el particular solicite la correspondiente certificación de haberse producido y por veinte días más, y durante ese tiempo la Administración puede dictar resolución expresa revocando unilateralmente el acto presunto, sin estar obligada a someterse al procedimiento revocatorio de los artículos 102 y 103 de la ley. «Estamos, por consiguiente, ante un supuesto adicional de revocabilidad de los actos administrativos presuntos, temporalmente limitado por el brevísimo plazo de veinte días a partir de la solicitud de la certificación del mismo.» Esta «facilidad para dictar resolución expresa con efectos materialmente revocatorios del acto presunto» permite al autor imaginar, con todo acierto, «la tentación de los burócratas de turno de elaborar resoluciones denegatorias estandarizadas y acomodables a cualquier tipo de solicitud o recurso».

El autor de esta segunda tesis se ve forzado a esta solución intermedia por partir de la idea de que el acto presunto se produce automáticamente por el mero transcurso del plazo máximo. Conciliar esto con la subsistencia de la obligación de resolver vencido dicho plazo (sin que la resolución esté vinculada por los efectos del acto ya producido), obliga al autor a sostener esta revocabilidad temporal para la que no encontramos un claro apoyo normativo, una vez que el legislador se ha ocupado de la revocación con carácter general en el artículo 105. 1.

3. *Tercera tesis*: En este punto situaremos, finalmente, a aquellos comentaristas que entienden que el acto presunto sólo surge con la certificación del mismo, por lo que hasta ese momento la Administración puede resolver libremente y sin condicionamiento alguno. Encuadramos en este apartado a SANTAMARIA PASTOR (13) SAINZ MORENO (14), GONZALEZ NAVARRO (15) COSCULLUELA MONTANER (16) y GOMEZ FERRER-MORAN (17).

La fundamentación que estos autores dan a su posición radica exclusivamente y sin más desarrollo en la subsistencia de la obligación de resolver expresamente aun después de vencido el plazo máximo y en el deber de abstención de la Administración emitida que sea la certificación del acto presunto (art. 43 1, párrafo 2.º), sin que a este apoyo positivo se adicione otras consideraciones teóricas, de tan evidente que parece resultarles el que esa resolución expresa tardía carece de condicionamiento en su contenido.

### III. POSICION QUE SE MANTIENE

Digamos sin rodeos que nos adherimos a la tercera y última de las disposiciones descritas, que, por supuesto, y dado el prestigio de sus mantenedores, nada necesita de esta modesta adhesión, pues nada se va a añadir ahora a su contenido esencial. Lo que ocurre es que tal posición, como dijimos, está expuesta por sus autores como de pasada, seguramente por parecerles algo tan claro y evidente que no necesitaba de justificación. Aparecidas ya opiniones contrarias a ella, parece oportuno replantear la cuestión desde sus fundamentos, desde la estructura latente en el nuevo régimen del silencio administrativo.

Para ello nada mejor que empezar por el elemento que se ve como de distorsión o de confusión desde la construcción opuesta a la que mantenemos: el deber de la Administración de resolver expresamente aun vencido el plazo máximo, por un lado, y el deber de abstenerse una vez emitida la certificación, por otro. Para la postura que sostenemos el primero de estos deberes constituye la *ratio legis* del nuevo régimen del silencio. El segundo es mera consecuencia de haberse ya producido con la certificación una respuesta expresa, un acto administrativo equivalente a la resolución definitiva y terminal del procedimiento.

#### 1. Del «deber» a la «obligación» de resolver expresamente

La problemática del silencio administrativo desde el artículo 38 de la Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y los artículos 94 y 95 LPA de 1958, se concreta básicamente en dos circunstancias: la abusiva aplicación del silencio negativo y la inseguridad del beneficiario del silencio positivo (18), de modo que todo el complejo arsenal de medidas que el legislador dispone en el nuevo régimen pueden explicarse como técnicas dirigidas a la solución de alguno o de ambos problemas. Y la primera y más importante de tales medidas es la de la obligación de resolver, a la que se da un nuevo diseño.

La obligación de resolver expresamente no es, evidentemente, novedad en la normativa del silencio administrativo. En los citados artículos 38 LJ

*plain* y 94.3 LPA se dice que la denegación presunta «no excluirá *el deber* de la Administración de dictar una resolución expresa». Debe ser destacada, sin embargo, la significación y alcance de este deber en el nuevo texto, y ello subrayando tres circunstancias:

a) El *deber* de resolver en el régimen anterior se vuelve ahora *obligación* (art. 42), lo que, en contraste dialéctico con el *deber*, supone:

- Dar contenido concreto y determinado a la conducta que en el *deber* aparece como genérica.
- Destacar el interés de un sujeto concreto, mientras que el *deber* atiende al interés general de la colectividad.
- Y, en definitiva, la obligación se corresponde con un derecho subjetivo y, consiguientemente, sugiere una relación jurídica que no es visible en la figura del deber público.

Desde esta perspectiva empieza a comprenderse mejor que en la Exposición de Motivos 9 de la Ley

30/92 se diga que «la ley introduce un nuevo concepto sobre la *relación* de la Administración con el ciudadano superando la doctrina del llamado silencio administrativo». Y desde la perspectiva de la relación jurídica en la cual se inserta la obligación de resolver de la Administración se justifica que la ley atribuya un verdadero derecho subjetivo al interesado en el procedimiento para «solicitar de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes» (art. 44.4). Esto debe determinar un giro absoluto en la jurisprudencia actual (19), que insistentemente se niega a reconocer en el procedimiento disciplinario a otro interesado que no sea aquel a quien se atribuye la infracción. Respecto al procedimiento general sancionador, dicha jurisprudencia podrá subsistir al amparo del artículo 11.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/93, de 4 de agosto), no ya en el disciplinario.

b) La obligación de resolver expresamente se extiende a los procedimientos iniciables de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado (art. 42.1).

c) Finalmente, aparece el desplazamiento de la obligación de resolver a las «normas generales de la actividad de las Administraciones públicas» (t. IV, cap. I), desde las formas de terminación del procedimiento (arts. 94 y 95 de la LPA), junto con el principio del *non liquet* que del Código Civil (art. 1.7; antes, 6) se administrativiza para imponerlo primero a los Tribunales Económico-Administrativos (art. 35.1 del RDL 2795/80, de 12 de diciembre, regulador del procedimiento económico-administrativo) y ahora se generaliza en el artículo 89.4 de la nueva ley.

De todo ello se deduce que el legislador ha querido dar a la obligación de resolver el carácter de «principio impulsor de toda la actividad administrativa», de «eje de la reforma» (SAINZ MORENO), pues en ella se conecta el servir con objetividad los intereses generales y el principio de eficacia (art. 103 CE) y buena administración con el de irrenunciabilidad de la competencia. En la producción de esta resolución expresa confluyen tanto la *ratio legis* del sistema como la *voluntas legislatoris*, elemento cardinal de toda labor interpretativa.

## 2. La duración de la obligación de resolver

La importancia que la Ley 30/92 da a la resolución expresa se manifiesta en la variedad de medidas orientadas a que las Administraciones públicas cumplan con su obligación de resolver. A falta de otra clasificación más convincente distinguiré entre medidas directas e indirectas. Las primeras se resumen en prolongar al máximo razonable el período válido para dictar la resolución expresa. Las segundas (dejando para más adelante su explicitación) se concretan y dirigen a dificultar la aparición del acto presunto.

Parece de lógica formal afirmar que si el nuevo régimen desea obsesivamente la resolución expresa («el verdadero objetivo de la ley es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido», dice la Exposición de Motivos 9), el plazo válido para ello sea lo más prolongado posible dentro de las exigencias de la eficacia administrativa. Por ello, pueden distinguirse hasta *tres periodos* diferentes dentro de los cuales la Administración puede -y debe- dictar válidamente resolución expresa definitiva y terminal del procedimiento iniciado a solicitud de parte interesada, períodos que llamaremos período máximo o ideal, período intermedio y período final.

A) *Período máximo o ideal*.- Es éste un plazo de duración cierta (el que establezcan los procedimientos especiales o, subsidiariamente, el de tres meses) independientemente de, que la complejidad de su cómputo, sobre todo si hay ampliaciones (art. 42.2), genere seguramente incertidumbres.

La ley lo califica de «máximo» en aparente, al menos, contradicción con la subsistencia de la obligación de resolver expresamente una vez vencido este plazo. Tal vez podrá explicarse el calificativo de «máximo» como contraposición al «mínimo» de tres meses que el régimen anterior establecía para hacer la denuncia de la mora, queriéndose significar, sí ello fuera así, que en tal régimen el silencio negativo requería seis meses y ahora se pretende que la fase ordinaria o ideal -por ser la ideada como óptima- de resolución del



procedimiento administrativo sea de tres meses -con el plazo residual-, transcurridos los cuales ya empiezan a producirse ciertos efectos (de los que más adelante nos ocuparemos) en orden a la generación del acto presunto.

El referido plazo «máximo» también podría ser denominado «*inicial*» (advértase que en el tercer apartado del art. 42.2 se habla del «plazo *inicialmente* establecido en la tramitación del procedimiento», que puede ser el especial o el residual), calificativo que vendría a justificar una visión globalizadora o de conjunto del procedimiento que se incoara con la solicitud del interesado y concluyera con la emisión de certificación del acto presunto. Tal vez, sin embargo, la ley considera el período máximo más que como una primera fase del procedimiento que, en su caso, termina con el acto presunto, como la única fase del procedimiento que debe concluir con una resolución expresa (lo que para el legislador es la solución deseada) o, en su ausencia, con la producción de unos ciertos efectos jurídicos, cuya aparición puede considerarse como el momento de la apertura de una nueva fase procedimental respecto de la cual la anterior sea sólo la generadora de su presupuesto de hecho: la inactividad formal de la Administración por no haber dictado resolución expresa en el plazo «máximo».

Entre los efectos que se derivan del transcurso del citado plazo sin resolución hay que destacar ahora el efecto contenido en el artículo 43. 1, párrafo 2.º:

la no exención de la obligación de resolver, de modo que el incumplimiento primero no libera a la Administración de la obligación de resolver, que se mantiene, según nuestra tesis (y éste es el aspecto polémico del tema, sobre el que volveremos), intacta e íntegra en su contenido.

B) *Período intermedio*. - Este es un plazo de duración incierta, pues tiene como *dies a quo* el siguiente al vencimiento del plazo máximo, pero carece, en el texto legal, de *dies ad quem*, pues pende de la voluntad del interesado, al que la ley deja elegir el momento (con el que se cerraría este período) de solicitar la certificación del acto presunto, si es que opta por ello, pues estando viva la obligación de resolver expresamente puede también decidir esperar a que la Administración resuelva, opción que constituye uno de los elementos respetados del sistema anterior (que tampoco determinaba *dies ad quem* para la denuncia de la mora), creándose así una cierta situación de complicidad entre la Administración y el interesado en la gestación del acto presunto al pasar al interesado el protagonismo que hasta el momento tenía la Administración, pues aquél podrá ahora decidir cuándo ha de iniciarse la fase terminal del procedimiento del acto presunto y, consiguientemente, la fase de impugnación. Obviamente, este plazo intermedio puede no producirse si el interesado opta por pedir la certificación al día siguiente de vencerse el plazo máximo.

C) *Período final*. - Es éste un plazo de duración cierta por cuanto comienza el día siguiente a la solicitud por el interesado de la certificación del acto presunto y concluye a los veinte días hábiles después, plazo que puede verse alargado para subsanación de alguna falta (art. 71. 1) en la solicitud de certificación.

Lo que se ha de destacar ahora es que tanto durante el período intermedio como durante el período final sobre la Administración sigue pesando sin solución de continuidad la obligación -no sólo la facultad- de dictar resolución expresa. La razón es que para el legislador ésta constituye la forma óptima de terminar el procedimiento iniciado por solicitud (razones sobradas hay para ello) y consecuentemente prolonga el tiempo válido para dictarla.

Resulta, pues, que el incumplimiento inicial de la obligación de resolver no hace imposible el cumplimiento posterior y no afecta a la esencia de la obligación, lo que para la dogmática civilista constituiría un caso de incumplimiento impropio o mera defectuosidad en el cumplimiento de la obligación, que cuando está referido al tiempo conduce al concepto de mero retraso y, después de la *interpellatio*, denuncia o intimación al obligado, al de mora. La extrapolación de esta terminología al ámbito administrativo (con todas las cautelas que se quieran) llevaría a calificar de simple retraso el incumplimiento del período máximo. Y de mora después de la solicitud de la certificación. No en balde muchos de los comentaristas arriba citados asimilan tal solicitud con la anterior denuncia de mora, asimilación sólo admisible con la matización de que

la denuncia de mora era mero recordatorio o aviso a la Administración en la que implícita o explícitamente se pedía la resolución expresa, y la actual solicitud tiene por objeto la emisión de la certificación del acto presunto, abriendo un nuevo procedimiento especial (PAREJO ALFONSO) (20).

Ha de añadirse, como afirmación básica de nuestra tesis, que el incumplimiento durante el período máximo no sólo no libera a la Administración de resolver, sino que ésta permanece intacta. PAREJO lo ha expresado brillantemente cuando dice:

*«el incumplimiento no altera por sí solo ni el contenido ni la vigencia misma de la obligación. En realidad, este singular efecto tiene la virtualidad de expresar que la dimensión temporal (el plazo máximo legal para la resolución expresa) es en la obligación legal un contenido simplemente accesorio, añadido como mero arbitrio técnico con finalidad, simultáneamente, de corrección del funcionamiento de la Administración y de garantía de la efectividad, en tiempo razonable, de los derechos e intereses legítimos de los interesados. El contenido principal de la obligación no es sino el de traducción del deber, inherente al estatuto constitucional subjetivo de la Administración (art. 103.1 CE), de servicio con eficacia al interés general; servicio éste que no se cumple sino con el pronunciamiento administrativo expreso. Consiste propiamente el efecto de que se viene hablando, pues, en dejar a salvo la subsistencia del expresado contenido esencial o principal de la obligación legal, no obstante la pérdida por ésta de su contenido accesorio también antes indicado».*

(Pese a este párrafo, la construcción de PAREJO no da respuesta clara a la cuestión aquí controvertida.)

A virtud de ese carácter accesorio que tiene la dimensión temporal de la obligación de resolver nos explicaremos que la infracción que constituye el incumplimiento del plazo máximo sólo permitiría a la teoría general de la invalidez de los actos administrativos calificar a la resolución tardía de irregularidad no invalidante, subsumible en el artículo 49 LPA, ahora en el 63.3 LRJ-PAC.

Forma parte, por consiguiente, del sistema no sólo prolongar el período válido de emisión de la resolución expresa, sino también minimizar el alcance formal del incumplimiento inicial, lo que es perfectamente compatible con el reforzamiento del sistema de responsabilidades personales para los implicados en la tramitación y resolución de los procedimientos.

Los demás efectos que se producen por el incumplimiento del plazo máximo se examinarán más adelante.

#### IV. LA RESOLUCION TARDIA Y SU CONTENIDO

La resolución que recayera durante alguno de los períodos que hemos llamado intermedio y final merece el reproche de «tardía» mejor que el de extemporánea, por cuanto si es cierto que la resolución aparece fuera del plazo máximo (y sólo con referencia a éste podría hablarse de extemporaneidad), también lo es que la norma habilita dos períodos más para emitirla de forma válida y capacidad plena para cumplir su fin: la terminación del procedimiento, abortando, en consecuencia, la aparición del acto presunto. La calificación de extemporánea la reservamos para la resolución que recayera después de emitida la certificación del acto presunto, pues ésta se enfrentaría no sólo con un vacío temporal, sino con una prohibición legal (de la que nos ocuparemos después), lo que conduciría a una nulidad absoluta o, al menos, a una anulabilidad según su contenido.

Con lo antes expuesto quedan fijados los puntos de partida que permiten abordar el punto central de este estudio, puntos que resumimos diciendo que el incumplimiento inicial de la obligación no sólo permite

la posterior realización de su objeto (una prestación de hacer: dictar una resolución), sino que se prorroga expresamente por mandato de la ley por un período que tiene su día final el de la fecha de la expedición de certificación del acto presunto (art. 43.1, párrafo 2.º). Ello justifica que, como se dice por PAREJO, el elemento temporal de la obligación es de carácter accesorio.

Las consecuencias extraíbles de lo anterior conducen a entender que la Administración se encuentra durante esos períodos de prórroga de la obligación que hemos llamado intermedio y final en la misma situación jurídica, con la misma capacidad dispositiva para dictar una resolución expresa que se encontraba en el primer período de plazo «máximo» o ideal. Refuerzan esta tesis los siguientes argumentos:

1.º *El «respect du texte»*, que es el primero de los postulados interpretativos en la enunciación de ESSER. El obligado respeto del texto de la norma (que combina el elemento gramatical y el sistemático) nos conduce a indagar, en primer lugar, el alcance de la expresión «resolución expresa» contenida en el artículo 44.2 («salvo que en dicho plazo haya dictado resolución expresa»).

Ahora bien, la correspondencia de este sintagma en el texto de la nueva ley lo encontraremos, ya en el artículo 87, en el que la resolución no entra en el fondo de las cuestiones planteadas, ya en su artículo 89, determinante del contenido de la resolución, que entra a decidir el fondo del caso concreto, y nada autoriza, dentro de la literalidad del texto normativo en que este primer argumento se mueve, a mutilar o minorar el contenido para limitarlo o circunscribirlo al efecto derivado del transcurso del plazo máximo sin dictar la resolución. *Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*. La resolución que se viera así limitada para reproducir miméticamente ese efecto, estimatorio o no, derivado del silencio en su primera fase, no sería verdaderamente una resolución, pues ésta, en su más genuina significación, es «decisión» («La resolución que ponga fin al procedimiento *decidirá* todas las cuestiones...», y «Las resoluciones contendrán *la decisión*, que será motivada ... »; art. 89.1 y 3, respectivamente), decisión que entraña la manifestación o declaración de voluntad de la Administración a la hora del ejercicio de una potestad administrativa. Al acto que se ve constreñido a expresar el efecto predeterminado del silencio -efecto *ex lege*- le llama la ley «certificación», que es la documentación del acto presunto, acto que contendrá «los efectos generados por ausencia de resolución expresa» (art. 44.3), esto es, porque la Administración no ha manifestado su decisión como efecto *ex voluntate*.

2.º *El respeto de la finalidad de la norma*, que es, como ya se dijo, «que los ciudadanos tengan respuesta expresa de la Administración», finalidad que constituye el «verdadero objetivo de la ley». A la obtención de esta finalidad se dirige la prolongación en el tiempo de la obligación de resolver expresamente, durante lo que hemos llamado convencionalmente períodos intermedio y final. Desde la lógica jurídica, que es la lógica de lo razonable, hay que preguntarse entonces qué sentido puede tener esa prolongación de la obligación de resolver, si vencido el plazo máximo no puede la Administración sino dictar una resolución que contenga idéntico efecto material al de la certificación del acto presunto positivo. La Exposición de Motivos es muy clara al respecto: «El objetivo de la ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración», que es sólo «garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración». De modo que en el orden de las garantías la primera que pretende la ley es conseguir la resolución expresa, porque ésta es la forma de terminación del procedimiento más garantizadora de los derechos e intereses de los administrados, y sólo para cuando fracase tal medida aparece el acto presunto positivo, que, efectivamente, se potencia en la nueva ley, pero no más enérgicamente que se potencia la resolución expresa. Por ello, a los que entienden que, solicitada la certificación de la Administración, no tiene más alternativa que confirmar el sentido del silencio en los términos del artículo 43, pues lo contrario equivaldría a desnaturalizar la institución del silencio concebido como garantía, hay que replicar que no puede la garantía frustrar lo garantizado, esto es, no puede la figura del silencio impedir que se produzca la resolución expresa (cuando ésta es

todavía obligada para la Administración), pues impedirlo sería que no pudiese desplegar toda su eficacia decisoria, sin constreñimientos venidos precisamente de su sucedáneo, el silencio administrativo.

Abundando en esta misma línea de razonamiento, adviértase que es ya idea tópica la de considerar que la expresión «se podrán entender» (art. 43.2 y 3) estimadas o desestimadas las solicitudes atribuye al interesado una opción entre pedir la certificación o esperar la resolución expresa. Sin perjuicio de volver más adelante sobre este punto, nos preguntaremos ahora qué sentido puede tener esa opción si resultara que el contenido de la resolución expresa no puede ir mucho más allá que el de la certificación. Esperar sólo para obtener una eventual motivación de fondo, que es a lo que más reacia se ha sentido siempre la Administración en sus actos, nos parece poco probable.

Concluimos, pues, con PAREJO ALFONSO, en que el incumplimiento del plazo máximo sin resolución expresa «no altera por sí solo ni el contenido ni la vigencia misma de la obligación», por lo que la Administración podrá (y deberá) emitir la resolución libremente y sin más condicionamientos, obviamente, que el sometimiento a la ley y al Derecho.

3. *El respeto al principio de legalidad.*- Digamos, finalmente, que si el legislador ha prorrogado la obligación de resolver expresamente el procedimiento a períodos posteriores al plazo inicialmente dispuesto, sobre esa resolución seguirá pesando el mandato fundamental del Estado de Derecho: el imperio de la ley, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), y en ello no hay excepción posible. Si esto es así, la tesis que mantiene la limitación de la resolución expresa al efecto positivo producido por el silencio durante el transcurso del plazo máximo deberá explicar cómo se resuelve el conflicto en que se vería la Administración, que debe resolver en todo caso conforme a Derecho ante un efecto estimatorio presunto que deba considerarse ilícito a la luz del artículo 43.2. ¿Tendrá la Administración que confirmar conscientemente ese efecto ilícito con su resolución expresa? Para la resolución administrativa injusta dictada a sabiendas reserva el Derecho penal su calificación. Y no se diga que en tal coyuntura la conformidad a Derecho consiste en confirmar el efecto ilícito, pues ello avoca al absurdo de poner al legislador en contradicción consigo mismo. Tampoco podría alegarse que esa resolución expresa, que fuera confirmatoria del efecto positivo del silencio pese a ser éste ilegal, tiene su vía de eliminación en la revisión de oficio, pues ello conduciría también al absurdo de admitir que el Ordenamiento jurídico obliga a la Administración a dictar una resolución ilegal para a continuación ir contra ella. Cuando el legislador ha previsto una resolución expresa contraria al acto presunto ya producido, la prohíbe expresamente («deberá abstenerse», según el art. 43.2).

## V LA GESTACION DEL ACTO PRESUNTO

Las anteriores consideraciones deben verse complementadas desde otra perspectiva: la que presta el análisis del nuevo procedimiento de formación del acto administrativo presunto. Y lo primero que se advierte desde este ángulo es la superior complejidad de este procedimiento respecto del régimen anterior. En éste bastaba la denuncia de mora en el silencio negativo, y ni eso, en el positivo. Ahora, después del vencimiento del plazo máximo, se tiene que empezar, *en ambos tipos de silencio*, con una solicitud iniciadora de un procedimiento especial con objeto propio, como se dijo, y terminar, en el mejor de los casos, con una problemática certificación, y en el peor, exhibiendo la misma solicitud de certificación (art. 44.3). Todo un parto que la jerga médica calificaría de distócico.

Pero ello, a nuestro juicio, forma parte del sistema. Ya dijimos que siendo el verdadero objetivo de la ley el cumplimiento de la obligación de resolver, la primera y más directa medida para conseguirlo era prolongar al máximo razonable el plazo válido de tal cumplimiento; pero también, como medida indirecta, la de entorpecer y complicar deliberadamente la gestación del acto presunto hasta el punto de que éste resulte más incómodo que la resolución expresa.

Que la producción del acto presunto estará llena de dificultades y problemas se ve de inmediato al recorrer el iter procedimental a partir del vencimiento mismo del plazo máximo o ideal para resolver, siendo el primero el de saber cuándo se produce el nacimiento del acto presunto, cuestión íntimamente ligada con la aquí estudiada, corno vamos a examinar.

### 1. *Los efectos presuntos*

Con independencia del efecto ya expuesto de la no liberación de la Administración de su obligación de resolver, permaneciendo intacto su contenido, el vencimiento del plazo máximo produce de forma automática otros efectos: «se producirán los efectos jurídicos que se establecen en este artículo» (art. 43.1 *in fine*), norma que sirve de argumento principal a los que ven el nacimiento del acto presunto con efectos materiales, al producirse tal vencimiento, con la consiguiente irrevocabilidad del acto ya nacido si no es acudiendo a la revisión de oficio, aunque para acreditar tales efectos se precise la posterior certificación.

Analicemos, sin embargo, más detenidamente la cuestión. El artículo 43.1 *in fine* no dice que se produce un acto presunto, sino «los efectos jurídicos que se establecen en este artículo». Y esos «efectos jurídicos» se reducen a que las solicitudes «se podrán entender» estimadas o desestimadas por los interesados. Es decir, que lo que se produce no es una estimación o desestimación definitiva de la solicitud inicial, sino la apertura de un período en el que el interesado, si así lo decide voluntariamente en vez de esperar la resolución ex presa, puede iniciar un procedimiento con el objeto de obtener la certificación que culmine el acto presunto.

Resulta, pues, que el vencimiento del plazo de resolución produce un primer efecto de índole meramente procedimental y no material.

En un orden material, relativo a la estimación o desestimación de la petición, hay que contar con que:

1.º El que el interesado «entienda» --como actividad intelectual- estimada o desestimada su petición al solicitar la certificación carece totalmente de relevancia jurídica, pues la calificación jurídica que haga (subjetiva e interesadamente) en su solicitud no es en modo alguno vinculante para la Administración a la hora de extender la certificación, que será la que concrete definitivamente los efectos del acto presunto. Esta interpretación que el interesado haga de la norma (del art. 43.2 y 3), «entendiendo» que el efecto del vencimiento del plazo máximo será positivo (o negativo), será lo que le determine a optar por esperar la resolución expresa o por la solicitud de la certificación, pero nada más, pues pretender que tal interpretación (subjetiva e interesada, repetimos) se convierta en el contenido necesario de un acto administrativo supondría privar a éste de su elemento más primario: ser manifestación de voluntad *de un órgano administrativo*. Esto sólo ocurrirá en el supuesto del artículo 43.3, segundo párrafo, al que después nos referiremos.

2.º El efecto presunto, positivo o negativo, está amenazado de muerte súbita por la posible -y obligada- aparición de la resolución expresa.

Siendo así, ¿en qué consisten realmente, desde un aspecto material, los «efectos jurídicos» a que se refiere el artículo 43.1? Puede pensarse en una situación jurídica embrionaria, fetal, que la teoría general del Derecho calificaría, tal vez, y según los autores, de efectos reflejos de la norma, de expectativas de derecho o de simples facultades jurídicas, de situación jurídica interina, etc. En definitiva, no más que una situación jurídica de pendencia nacida bajo el signo de la provisionalidad, que responde a la finalidad transitoria de mantener abierta la posibilidad de que aparezca la resolución expresa o, de lo contrario, su sustitución por la certificación, que es ya la documentación del acto presunto que cierra definitivamente el procedimiento. Por el vencimiento del plazo inicial podrá hablarse, a lo sumo, de «efectos presuntos», pero

aún no de «actos presuntos» hasta que se emita la certificación. Por ello este estudio enfrenta, desde su título, el «electo presunto positivo» a la resolución expresa, bien entendido que para la tesis que se mantiene, ese efecto no es de índole material, positivo o negativo de la solicitud, sino procedimental, lo que conduce a que la resolución tardía pueda dictarse libre e incondicionadamente. *La excepción a la tesis estará en los supuestos en que no se precisa certificación (y, por ello, el efecto del silencio es automático), como es el caso del artículo 111.4 (solicitud de suspensión de la ejecución de un acto recurrido), y, según la interpretación de SAINZ MORENO, en el caso más dudoso de no precisar certificación, de los recursos interpuestos contra la desestimación presunta de la solicitud, casos en los que el legislador, igual que en el artículo 95 LPA, emplea la expresión «se entenderá» en vez de «podrá entenderse».*

## 2. La certificación del acto presunto

Con la emisión de lo que la ley llama «certificación de actos presuntos» (art. 44) se culmina el procedimiento, y se culmina con un acto administrativo cualquiera que sea su efecto, lo que constituye una de las novedades del nuevo régimen. En el anterior era tópico atribuir al silencio negativo el carácter de ficción legal, de efectos meramente procesales (abrir la vía jurisdiccional), negándole el carácter de acto por la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración (a esta misma situación se asemeja ahora el nuevo transcurso del plazo máximo sin resolver). Cosa distinta ocurría con el silencio positivo, al que se ha considerado siempre como un acto administrativo por la inexistencia del deber de resolver expresamente una vez producido legalmente.

El nuevo sistema, y en esto la opinión de la doctrina es unánime, extiende la técnica del acto presunto tanto a los supuestos del silencio positivo como del silencio negativo. Es mayoritaria la crítica adversa que se hace el legislador por extender la necesidad de certificación al acto negativo. Discrepamos de esa crítica porque sólo podía mantenerse olvidando la estrategia legal en la lucha contra el silencio negativo. Creemos que obligar a la Administración a extender una certificación también del acto presunto negativo constituiría la razón práctica más poderosa para desalentarla en su producción. Decíamos al comienzo de este trabajo que el contenido obligado de la certificación hará que en muchos casos su redacción sea tan compleja y dificultosa, sí no más, que el de la correspondiente resolución expresa. CALVO CHARRO (21) nos dice que «dado el detallado contenido que se exige a tal certificación, nos preguntamos si no resultaría incluso más sencillo para la Administración dictar directamente la resolución expresa». Esa es la pregunta que la ley quiere provocar en cada Administración a la hora de tener que emitir una certificación, si la pereza y la comodidad en la conclusión de los expedientes han sido motivos importantes en la producción del silencio; tales motivos resultarán ahora inoperantes en gran medida.

Añádase a ello, por un lado, que la emisión de la certificación, es competencia indelegable, lo que no se explicaría (siendo una competencia menor) si no es vista la cuestión desde el propósito de dificultar por todos los medios el acto presunto, y por otro, que, como dice GARCIA-TREVIJANO GARNICA, «la expedición de la certificación no es más que una declaración de culpabilidad generadora de responsabilidades a tenor de lo dispuesto en el artículo 42.3 de la LAN. Esto no debe conducir, añadimos nosotros, a que la Administración incumpla sistemáticamente el deber de certificar el silencio administrativo, como aventura el citado autor, sino a todo lo contrario.

Ahora bien, si a pesar de todo la Administración se decide por el acto presunto, nuestra tesis es que el acto administrativo como tal, *stricto sensu*, nace con la certificación y no por el mero vencimiento del plazo máximo. Las consideraciones que nos conducen a ello son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La tesis general del acto administrativo nos dice que éste contiene, como elemento primario, una declaración de la Administración (no nos importa ahora su contenido). Y la certificación contiene esa

declaración por determinarse en ella «los efectos generados por ausencia de resolución expresa», determinación que supone, como ya dijimos, una operación de calificación jurídica consistente en subsumir la solicitud inicial en el apartado 2 ó 3 del artículo 43, operación en la que la Administración, como ya se dijo, no parece que se vea vinculada por la apreciación del interesado que al efecto contenga la solicitud de la certificación. Por ello puede considerarse que la certificación contiene una declaración de voluntad, no meramente de conocimiento, como se derivaría del término «certificación» en su acepción tradicional.

Y a esa declaración precederá la referencia a los hechos determinantes o presupuesto material del acto presunto: pretensión y fechas de iniciación y vencimiento del plazo para dictar resolución, lo que supone una específica motivación del acto presunto.

2.<sup>a</sup> Esa declaración es la propia de un acto resolutorio del procedimiento, y como tal define ejecutoria-mente una situación jurídica individualizada. Y agotará o no, según los casos, la vía administrativa.

3.<sup>a</sup> La declaración administrativa que contiene el acto presunto tiene que producirse necesariamente en forma escrita mediante un documento denominado certificación, que produce y exterioriza la declaración de voluntad administrativa. Ello supone atribuir a la misma no sólo una función *ad probationem* de los efectos del acto, sino algo más, una función *ad solemnitatem* por cuanto la certificación tiene el carácter de condición de la eficacia del acto (SAINZ MORENO), ya que la posibilidad de hacer valer el acto *erga omnes* sólo se realiza mediante la certificación. Obviamente, si no llega ésta a emitirse, *la prueba* del efecto positivo o negativo de la solicitud se desplaza a la «exhibición de la petición de la certificación» (art. 44.3, segundo apartado).

4.<sup>a</sup> La certificación, como todo acto decisorio externo, como acto recepticio, ha de ser notificada, siendo impugnabile el acto que contiene.

En definitiva: la certificación contiene todos los elementos propios de un acto administrativo resolutorio del procedimiento, es notificable e impugnabile. Y todo ello se resalta para contraponerla al «efecto jurídico» que se produce por el mero vencimiento del plazo máximo, efecto que carece de todos esos elementos caracterizadores del acto administrativo definitivo. El «efecto jurídico» derivado del vencimiento del plazo máximo (cualquiera que sea) ni es objeto posible de notificación ni menos de impugnación, por carecer de eficacia frente a terceros y no ser definitivo ni terminal del procedimiento. Y si alguien arguye que el artículo 43 adopta por rúbrica la de «actos presuntos» en vez de «efectos presuntos», que, a nuestro juicio, sería más exacto, recordaremos que el argumento «a rúbrica» carece de eficacia interpretativa plena. PORTALIS nos advirtió que «L'intitulé des lois est son valeur légale». Y nuestro Tribunal Supremo (S de 17 de octubre de 1964) nos dice que «las rúbricas de las divisiones y subdivisiones de los textos legislativos están desprovistos de fuerza vinculante cuando no guardan la debida armonía con los preceptos agrupados». Y esto último puede decirse respecto del artículo 43. 1, pues lo que afirma que se «producirán» no son actos, sino «los efectos jurídicos que se establecen» en él, o sea meramente la atribución al interesado de una posibilidad u opción, la de «poder entender» estimada o no su solicitud, y actuarla mediante otra solicitud (la de la certificación) o esperar la resolución expresa. Y si, en definitiva, quiere calificarse a ese «efecto jurídico» como de «acto presunto», admítase que sería un acto provisional, no terminal, del procedimiento, no notificable ni impugnabile y carente de efectos *erga omnes*.

Esto cede, naturalmente, cuando se trate no de la mera inactividad durante el plazo máximo (art. 43.11), sino del supuesto de excepción de haberse pedido la certificación y no haberse emitido en el plazo de veinte días (art. 43.3, segundo apartado), supuesto en el que el efecto positivo o negativo que el interesado haya previsto en su petición de certificación adquiere, por elevación, categoría de acto definitivo e impugnabile, un acto que me atrevería a calificar de pluscuampresunto, pues la doble inactividad formal de la Administración (en el plazo máximo y en el final de veinte días) conduce a la ley, como medida de castigo, a atribuir directamente a un acto del interesado la petición de certificación, lo que llama «el carácter estimato-

rio o desestimatorio legalmente establecido para el acto presunto».

Concluimos, por consiguiente, con la afirmación de que hasta el momento de producirse la certificación o transcurrido el plazo para emitirla no hay acto definitivo alguno que la resolución expresa, posible y debida hasta ese momento haya de respetar. Y si tal resolución expresa aparece y es contraria al efecto positivo producido por el vencimiento del plazo máximo ello no representaría revocación alguna, ni lícita (como entiende FERNANDEZ PASTRANA) ni ilícita, como entienden los defensores de la tesis contraria a la que defendemos, y no hay revocación porque no hay acto administrativo alguno que revocar, sólo un efecto (la facultad de opción del interesado), sin eficacia material *erga omnes* y en estado de pendencia.

### 3. La prohibición de resolver

Si para enfrentarse al primero de los problemas que aborda la ley (el abuso del silencio negativo) el nuevo régimen arbitra tanto la subsistencia de la obligación de resolver después del plazo inicial -y en ello no hay novedad-, como las dificultades que se ponen para la producción de un acto presunto, para el segundo de los problemas, la inseguridad del beneficiario del silencio positivo, el legislador dispone esta prohibición de resolver «cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el artículo 44» (art. 43.1), lo que refuerza la medida de hacer necesaria la certificación para el acto presunto positivo, pues, evidentemente, tal certificación, como documento que visualiza el derecho, resolverá al beneficiario del silencio los innumerables problemas que antes se le presentaban por falta de documentación.

La prohibición de resolver, que para DE LA NUEZ SANCHEZ-CASCADO es «causa de perplejidad», es para nosotros pieza que encaja perfectamente en la configuración del nuevo sistema del acto presunto, que pone su centro de gravedad en la certificación del mismo, siendo su partida de nacimiento (*conceptus pro iam nato habetur*). Y si con la certificación nace el acto administrativo presunto se van a derivar del mismo unos efectos, ahora ya materiales y definitivos, que no van a poder ser contrariados en perjuicio del beneficiario de los mismos por una resolución que sería extemporánea. Esto ya lo había dicho la jurisprudencia respecto a la resolución contraria del silencio positivo adquirido, considerándose como una revocación nula por no haber seguido el procedimiento de revisión de oficio de los actos declarativos de derechos. Ahora se plasma en el texto legal como una consecuencia necesaria del sistema, de forma que si la Administración productora del acto presunto la considera como contraria a Derecho, no podrá emitir resolución expresa contraria fundada en el principio, primero jurisprudencial y después plasmado en el artículo 178.3 del TR de la Ley del Suelo de 1976, de que en ningún caso se entenderían adquiridas por silencio facultades en contra del Ordenamiento jurídico o que no hubieran podido adquirirse expresamente, principio que tan devaluado e inoperante dejó al silencio positivo. Ahora la Administración tendrá que acudir a la revisión de oficio (arts. 102 y 103, según los casos) si quiere eliminar el acto presunto ilícito, lo que reduce la inseguridad jurídica en que con anterioridad se encontraba al beneficiario del silencio positivo.

La prohibición de resolver expresamente después de la certificación o del plazo para emitirla incide también, como vamos a ver a continuación, en el plazo de impugnación de los actos presuntos.

## VI. EL PLAZO DE IMPUGNACION JUDICIAL DE LOS ACTOS PRESUNTOS

Aun saliéndose esta materia del objeto de este trabajo, nos vamos a referir brevísimamente a ella para exponer nuestra opinión sobre un punto que, a nuestro juicio, está siendo interpretado erróneamente. Nos referimos al plazo del año contenido en el artículo 58.4 LJCA, que para muchos comentaristas sigue vigente (GONZALEZ PEREZ, T. R. FERNANDEZ, entre otros). Creemos, por el contrario, que el referido plazo de un año ya no está vigente por las siguientes consideraciones:



1.<sup>a</sup> El artículo 58.4 se refiere al supuesto «previsto en el apartado c) del artículo 53», precepto éste que ha sido derogado expresamente por la disposición derogatoria 2.c) de la Ley 30/92, a virtud del nuevo régimen del acto presunto. Quiere ello decir, obviamente, que el plazo del año tiene su justificación en el régimen anterior del silencio, y concretamente en el artículo 38 de la Ley jurisdiccional, en cuyo número 2 se dice: «En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada.» Es este deber de la Administración el que permitía razonablemente al interesado la espera de la resolución expresa, espera que, según el texto legal, podía durar al menos un año, y la última jurisprudencia, de forma indefinida, hasta producirse la resolución.

Pero en el nuevo régimen, en el que la certificación (o el transcurso del plazo para emitirla) determina la prohibición de dictar resolución expresa, desaparece la razón de ser del plazo del año durante el que el interesado, como se dijo, podía esperar la resolución. Ahora sería ya una espera sin esperanza, como diría LAIN ENTRALGO. *Cessante ratiō legis, cessat lex ipsa*. Se trata, pues, de un caso de extinción de la norma por caducidad, esto es, por causas internas, no externas (derogación).

2.<sup>a</sup> Por otra parte, en el nuevo régimen del acto presunto éste se equipara al expreso al tener que constar en una certificación, y no parece dudoso que en la notificación de la misma deben expresarse los datos exigidos por el artículo 58.2, al igual que en la notificación de los actos expresos, siendo por ello el plazo de dos meses el que ha de prevalecer sobre el del año, pues no vemos qué utilidad puede alegarse en favor del interesado que deba hacerse primar sobre la inseguridad jurídica derivada en un plazo tan largo como el del año.

## VII. RECAPITULACION

En materia de silencio administrativo la Ley 30/92 se marca como «verdadero objetivo»: el que «bs ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración» (Exposición de Motivos 9). Para la obtención de esta finalidad esencial dispone una serie de medidas, directas unas e indirectas otras.

A) *Las medidas directas* se resumen en las siguientes:

1) El «deber» de dictar resolución expresa del viejo régimen se convierte en el nuevo en «obligación», lo que supone tanto como ampliar la relación jurídica administrativa iniciada con la incoación de un procedimiento para atribuir al interesado un específico derecho subjetivo (antes inexistente) de exigir que se dicte la resolución expresa, y caso de incumplimiento de la obligación, exigir las responsabilidades correspondientes (art. 44.4). Ello supondrá un radical cambio en la jurisprudencia actual sobre legitimación en el procedimiento disciplinario.

2) La obligación de resolver expresamente se prolonga después de vencido el plazo máximo o ideal hasta el momento mismo de dictar la certificación del acto presunto, lo que evidencia el carácter accesorio que tiene el elemento temporal de su obligación en su primer plazo.

De lo anterior se puede deducir que la capacidad de la Administración para dictar la resolución expresa, como forma ordinaria de terminar el procedimiento administrativo, permanece intacta durante el tiempo en que puede válidamente dictarse, de modo que su contenido no puede verse limitado ni constreñido por los efectos (cualesquiera que sean) derivados del vencimiento del plazo inicial para resolver. Si, por el contrario, la resolución expresa quedara vinculada, después de dicho vencimiento, a constatar o confirmar el efecto positivo deducible del artículo 43.2 (en interpretación que no compartimos), no podría explicarse ni que el texto legal prolongue la obligación de resolver, como se dijo, ni que el interesado pueda optar entre

esperar la resolución y la petición de certificación.

B) *Las medidas indirectas* para la obtención de resolución expresa en los procedimientos inciden en el acto presunto y se resumen en:

1) Retrasar la aparición del acto presunto en la misma medida temporal en que se prolonga la obligación de resolver expresamente, o sea hasta la emisión de la certificación o el transcurso del plazo establecido para ello. Esta marca el momento del nacimiento del acto administrativo presunto, porque sólo ella contiene una manifestación de voluntad de la Administración que decide ejecutoriamente una situación jurídica individualizada con efectos *erga omnes*. Hasta ese momento el vencimiento del plazo máximo o inicial para resolver sólo produjo no un acto administrativo, sino un mero efecto jurídico de carácter procedimental: facultar al interesado para que decida entre esperar la resolución expresa o solicitar la certificación, pero no un efecto material o de estimación o desestimación de la solicitud, pues la apreciación o «entendimiento» que el interesado haga en su solicitud de certificación sobre el efecto positivo o negativo del silencio no vincula a la Administración a la hora de emitir la certificación, en la que expresará libremente, aunque con la técnica operativa de los actos reglados, «los efectos generados por la ausencia de resolución expresa» (art. 44.3).

La prohibición de resolver después de la emisión de la certificación o del transcurso del plazo establecido para ello evidencia que sólo en tales supuestos surge el acto presunto definitivo, y que como tal ha de ser notificado mediante la certificación cuando se emita, y es impugnable (en ambos supuestos).

2) Obligar a la Administración a certificar tanto el acto presunto positivo (para eliminar la inseguridad en que quedaba anteriormente el beneficiario del mismo) como el negativo, debiendo ser para éste una causa desmotivadora de su aparición en razón de la medida siguiente.

3) Dificultar la redacción de las certificaciones de los actos presuntos al exigir en ellas no sólo datos de mera constatación, sino también de calificación jurídica que pueden complicar su correcta redacción tanto o más que la emisión de la resolución expresa del procedimiento, de modo que aquéllas no sean más cómodas que ésta.

4) Prohibir la delegación de la competencia para emitir la certificación, lo que equivale a obligar al órgano que debió resolver expresamente a confesar que no ha resuelto ni está dispuesto a hacerlo, lo que supone, como se ha dicho, una «declaración de culpabilidad, generadora de responsabilidades».

5) Finalmente, en el orden material, la potenciación del silencio positivo, con toda la carga de riesgos que para la Administración representa (entre otros, verse obligada frecuentemente a la revisión de oficio de los actos presuntos positivos disconformes con el Ordenamiento jurídico).

En definitiva, el legislador, sea facilitando la resolución expresa, sea dificultando la aparición del acto presunto, va a conseguir su propósito formal de erradicar el silencio administrativo, ya que en forma de resolución o en forma de certificación el interesado obtendrá una respuesta expresa con la categoría de acto administrativo, salvo el supuesto, que vemos como excepcional, de la no emisión de certificación.

Para llegar a la meta propuesta el nuevo texto ha sustituido la sobriedad herreriana de la anterior construcción por otra de fachada churrigueresca, que deja innumerables «zonas aleáticas» en las que el intérprete se perderá vacilando entre lo cierto y lo probable, entre lo verosímil y lo verdadero, entre lo razonable y lo apodíctico.

Y es que la Ley 30/92 LRJ-PAC constituye, vista en general, una importante contribución española a que el Derecho administrativo siga siendo «la *première des sciences inexactes et la dernière des Beaux Arts*».

NOTAS:

(1) *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, obra colectiva, Libros jurídicos Carperi, 1993, pág. 169.

(2) *Op. cit.*, pág. 168.

(3) *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas 11 del Procedimiento Administrativo Común*, obra colectiva dirigida por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, Tecnos, 1993, pág. 131.

(4) Cuando digo abuso del silencio no me refiero a casos como el que nos cuenta don Federico SAINZ LIL ROBLES («El llamado silencio administrativo un escándalo en el Estado de Derecho», artículo incluido en el libro jubilar de GONZALEZ PEREZ, t. 1, pág. 622), referido al acuerdo tomado por unanimidad por el Ayuntamiento de Tierra de Campos, que resolvió un recurso de reposición acordando «contestar con el silencio administrativo». O el no menos insólito acuerdo del Ayuntamiento de Cualedro de «no pronunciarse sobre el tema» (petición de derribo de una obra sin licencia), anulado por STS de 23 de diciembre de 1985, RA 868 de 1986.

(5) *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, en coautoría con GONZALEZ PEREZ (Cívitas, 1993), pág. 595.

(6) En el prestigioso y conocido *Curso de Derecho Administrativo* que escribe con GARCIA DE ENTERRIA, I, 6ª ed., 1993, págs. 574 y sigs.

(7) *Principios de Derecho Administrativo*, II, 1993, págs. 78 s, sig.

(8) *Administración Pública y Ciudadanos*, Praxis, 1993, págs. 353 y sigs.

(9) *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común*, obra colectiva del Ministerio de Justicia, BOE, 1993, t. I, pág. 253.

(10) *Lecciones de Derecho Administrativo*, DM 1993, t. I, pág. 369.

(11) Obra citada en la nota 3, pág. 182.

(12) *Régimen jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas* (un estudio de la Ley 30/1992), en coautoría con Fernando GARRIDO FALLA, Cívitas, 1993, pág. 204.

(13) Obra citada en la nota 1.

(14) Obra citada en la nota 3

(15) Obra citada en la nota 5.

(16) *Manual de Derecha Administrativo*, Cívitas, 1993, pág. 319,

(17) Obra citada en nota 3, pág. 303, al estudiar el silencio en la vía de revisión.

(18) Buen testimonio de ello son los informes del Defensor del Pueblo desde 1983 denunciando machaconamente, año tras año, la abusiva utilización del silencio administrativo y propugnando una «severa restricción del silencio administrativo negativo y una paralela potenciación del silencio positivo» (Informe de 1990) y respecto de la inseguridad en el régimen del silencio positivo, los des últimos estudios que conozco, el artículo de FERNANDO PASTRANA «La reivindicación del silencio positivo: reflexiones para la recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas», en JUP, núm. 127, págs. 103 y sigs., y el de María CALVO CHARRO sobre «Silencio positivo y acciones declarativas en RAP, núm. 128, págs. 357 y sigs.

(19) STS de 13 de marzo de 1991 (RA 1792) y demás que en ella se citan y comentan en el trabajo de REBOLLO PUIG, «Interesados y denunciadores en el procedimiento sancionador», publicado en *Poder Judicial*, núm. 29, 2.ª época, pág. 59.

(20) *La protección jurídica del ciudadano*, Cívitas, 1993.

(21) RAP, núm. 128, pág. 409.

ADDENDA. Concluido este trabajo, ha aparecido el RD 2225/1993, de 17 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), aprobando el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, en

cuyo artículo 6.6, párrafo segundo, se dispone: En el transcurso del plazo para la emisión de la certificación (prevista en el art. 44 de la Ley 30/92) se podrá resolver expresamente sobre el fondo, de acuerdo con la norma reguladora de la subvención, y sin *vinculación con los efectos atribuidos a la resolución presunta cuya certificación se ha solicitado.*»