

I. ESPAÑA

EL RETRASO DE LA ADMINISTRACION Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO (*)

SUMARIO: I. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.—II. CAUSAS ORIGINARIAS DE LA LENTITUD RESOLUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN: 1) El exceso de trabajo en los órganos administrativos. 2) La negligencia funcional. 3) La abstención voluntaria. 4) Otros motivos.—III. TRATAMIENTO DEL «RETRASO» EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: 1) El «retraso» imputable al propio administrado. 2) El «retraso» imputable a la Administración: A) La obligación de la Administración de resolver en forma expresa; B) Plazo dentro del cual la Administración debe resolver; C) Medidas adoptadas por la legislación vigente para evitar el retraso en la Administración y paliar sus consecuencias; D) El silencio como «acto-ficción»: a) La presunción y su interpretación; b) Cómo y cuándo se produce el acto presunto; c) La figura del silencio como «mal menor».—IV. MEDIDAS QUE REFORZARÍAN EL CUMPLIMIENTO POR LA ADMINISTRACIÓN DE SU DEBER RESOLUTIVO Y GARANTIZARÍAN, MÁS ADECUADAMENTE, LA POSTURA DEL ADMINISTRADO ANTE SITUACIONES DE INHIBICIÓN: 1) La creación de un «clima» contrario al retraso. 2) Penalización de ciertas conductas de los funcionarios. 3) Ampliación de los plazos dentro de los cuales el administrado pueda recurrir contra los actos presuntos. 4) Imposición de costas a la Administración en los recursos promovidos contra actos presuntos. 5) Responsabilidad de la Administración derivada del retraso.

I. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El tema del silencio ha sido siempre un capítulo apasionante de las relaciones entre el administrado y la Administración. Y como quiera que en nuestros días, y en la generalidad de los Ordenamientos positivos, esas relaciones se han visto progresivamente acrecentadas como consecuencia del cariz, decididamente intervencionista, que la Administración adopta, es obvio que mantenga su interés y palpitante actualidad.

El silencio, *in genere*, y referido a las relaciones interpersonales, es una consecuencia de la abstención en el hablar, y el silencio administrativo es un callar de la Administración, un no decir nada en sus relaciones con el administrado.

(*) Este trabajo constituye el texto de la Conferencia pronunciada en la ciudad de Huesca con motivo de la clausura del curso académico del Instituto Aragonés de Estudios Administrativos (julio 1966).

Ciertamente, el silencio administrativo, considerado en su verdadera acepción abstencionista, carece teóricamente de sentido. Si la legislación positiva exige a la Administración una postura intervencionista creciente en la actividad de los particulares, por entender que ese control es elemento eficaz para garantizar la adecuación de conductas con el interés público, no deja de ser un contrasentido el que aquélla deje de emitir su esperada palabra. Piénsese que normalmente el administrado no entra con la Administración en un diálogo por mero capricho; si lo hace, la mayoría de las veces, es obligado por la propia legislación que le impone esa carga (siquiera esté teóricamente justificada) para evitar una acción al margen del bien común.

Ahora bien, cuando el administrado, en cumplimiento de unas normas concretas, acude a la Administración suscitándole cualquier problema por ser ella precisamente la que según tales preceptos deba resolverlo o intervenir, es claro que el primero no tiene por qué pensar, en principio, en la posibilidad de que no obtendrá respuesta alguna, ni cabe tampoco justificar la conducta de la segunda, que, incumpliendo su obligación específica, adopta una postura silente.

Entendido en estos términos, el silencio administrativo (el silencio de la Administración quizá fuera más correcto decir) no admite justificación alguna y su calificación no puede ser otra que la de un mal —posiblemente endémico— cuyo único tratamiento eficaz sería el de su extirpación definitiva.

En consecuencia, el silencio administrativo, sin asomarnos por ahora a la legislación positiva que lo norma, no admite más definición que la de una abstención de la Administración no contestando a la llamada del administrado que le suscita una cuestión a la que, obligadamente, debía responder.

El silencio administrativo, por tanto, es sólo imputable a la Administración; el administrado es totalmente ajeno a su producción, ya que su intervención se limita a llamar sin obtener respuesta, apareciendo, por tanto, desde este punto de vista, como liberalizado de toda posible responsabilidad derivada de una abstención ajena a su voluntad.

II. CAUSAS ORIGINARIAS DE LA LENTITUD RESOLUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN.

No quiera deducirse de nuestras frases una crítica destructiva hacia el actuar de la Administración. Ciertamente, y como regla general, la Administración resuelve de forma expresa las cuestiones que se le suscitan: Contesta al administrado y éste, conocedor de la respuesta, puede agotar todos los recursos viables cuando entiende que la solución no fué conforme con el Ordenamiento jurídico. Mas tampoco puede olvidarse que el silencio administrativo, siquiera sea como excepción, aparece también como una constante innegable en todas las esferas de la Administración.

En consecuencia, si el silencio administrativo es una realidad y, por añadidura, lo calificamos como algo no deseable ni justificable, debemos

entrar a analizar las razones o causas que lo originan para que, al conocerlas, podamos remediarlas eficazmente.

Desde un punto de vista teórico pueden señalarse como posibles causas originadoras del silencio de la Administración las siguientes: 1.^a El exceso de trabajo de los órganos administrativos que impide la rápida y normal resolución de los expedientes que tramiten. 2.^a La negligencia o desidia de los funcionarios encargados de resolverlos. 3.^a La abstención voluntaria del órgano competente. 4.^a La abstención originada por falta de conocimiento suficiente de los funcionarios para adoptar una resolución airosa.

No resistimos a la tentación de dedicar un breve espacio al análisis de estas causas, que incluso pueden ser concausas, en el supuesto de coincidencia concurrente.

1. *El exceso trabajo en los órganos administrativos.*—Es perfectamente imaginable la posibilidad de que un órgano de la Administración tenga pendientes de tramitación y resolución un número de expedientes excesivamente desproporcionado a las posibilidades normales de trabajo de sus funcionarios. En tal supuesto, y aun contando con la buena voluntad de los titulares, será prácticamente imposible el seguir un ritmo normal resolutorio. El retraso en los expedientes irá creciendo progresivamente, se acumularán, como con frase gráfica suele decirse, «montañas de papel», que, insensiblemente, irán produciendo en los funcionarios responsables una pesada sensación de inquietud e impotencia, aneja a un inevitable desorden y a una relajación profesional.

A su vez, el administrado sufrirá directa y especialmente las consecuencias de esta situación. Al ver que «su» asunto no se resuelve, perderá su fe en la Administración, verá en ésta una carga que penosa y forzosamente hay que soportar y, desde luego, no justificará en su fuero interno las razones que en su descargo puedan aducirle los funcionarios actores de una situación ajena a su voluntad y superior a sus fuerzas.

En todo caso habrá un defecto incuestionable. Si la legislación impone la intervención de un órgano en una concreta materia y no se le dota de los necesarios titulares, existirá un desfase del que sólo la Administración puede responsabilizarse por una deficiente organización interna que le impide abarcar todo cuanto desea intervenir.

El administrado es ajeno a todas estas circunstancias y, en buenos principios, debe reconocérsele el derecho a no ser perjudicado por ellas en un sacrificio «personal» más intenso, claro está, que el del resto de los ciudadanos que no las padecen.

Cabe, por tanto, afirmar que el retraso de un órgano, en el supuesto que contemplamos, es consecuencia directa y exclusiva del mal funcionamiento de un servicio público.

2. *La negligencia funcional.*—La negligencia de los funcionarios encargados de tramitar y resolver los expedientes puede ser, teóricamente, otra de las causas que originen situaciones de retraso y silencio.

La realidad nos ha enseñado a todos que, siquiera sea como excepción, hay funcionarios que desempeñan su misión faltos de toda ilusión y entu-

siasmo. Sería curioso, y creo que conveniente, realizar un análisis profundo del porqué de estas situaciones anómalas; la Administración, como cualquier empresa privada, debe conocer el pulso de su personal para mantenerlo siempre en tensión constante de entrega a su trabajo.

La deficiente retribución económica, origen de un pluriempleo (legalmente prohibido, pero prácticamente acentuado, conocido e incluso consentido), pudiera ser el gran origen del mal que apuntamos. El funcionario obligado a trabajar «en otra cosa» acaba por dedicarse más a ésta que a la Administración. Su empleo funcional viene a ser para él como una simple tabla de seguridad parcial, que no le gusta, pero que tampoco quiere abandonar. La «oficina» se convierte en una carga, y todo esfuerzo superior al normal carece para este funcionario de sentido, pues sabe que nada va a perder si no lo realiza ni nada a obtener si lo ejecuta.

Quizá más nefasto que el anterior sea el pluriempleo «directivo», esto es, la ocupación simultánea de varios cargos en la Administración, e incluso en empresas particulares, consecuencia o reflejo de una postura preeminente. El funcionario que se deja seducir por la altura de su cargo puede caer en la tentación de creerse imprescindible, de considerarse capacitado para «más cosas» y, a la postre, de aceptar ofrecimientos que, sin duda, le serán hechos. Aparece así el funcionario relumbrón, pero de eficacia negativa por la descoordinación de sus fuerzas, apegado a unas prebendas de las que, curiosamente, nadie se atreve a despojarle.

La creencia de «postergación» puede ser otra de las causas origen de un rendimiento deficiente. El funcionario que cree ocupar un puesto inferior a sus verdaderas posibilidades se limitará a cumplir sin entusiasmo ni iniciativa.

Sea cual fuere la causa, es lo cierto que la desidia funcional, origen de una actuación poco eficaz, repercute directamente sobre el órgano, ya que éste no es sino un centro de competencias (concepto teórico, estático) servido por unos titulares (elemento dinámico, vivificador).

El órgano aparece así enervado y su debilidad la transmite a la persona de la que forma parte, esto es, a la misma Administración sobre la que, en definitiva, recaen las censuras originadas por el descontento de los administrados que padecen una actuación irregular.

El servicio público queda así deficientemente desempeñado por causa totalmente ajena a los administrados, a quienes tampoco en este supuesto se les puede hacer soportar «en cada uno de ellos» un perjuicio que, en buenos principios, no debieran padecer.

3. *La abstención voluntaria.*—La no resolución de un expediente puede ser también debida a la inhibición «voluntaria» del órgano competente.

Las razones de esta inhibición pueden ser muy varias y, desde luego (y como también acontece con la desviación de poder), de muy difícil prueba.

La enemistad personal de los funcionarios hacia el administrado será, en estos supuestos, la que ocurra con menos frecuencia. Quizá el «olvido» obedecerá a un móvil objetivo: El «asunto» suscitado no parece grato al órgano que debe decidirlo; tal vez su solución podría implicar un pre-

cedente que no se desea ver repetido; o su decisión puede acarrear la posible censura de personas a las que no se desea contrariar...

Pero todas estas motivaciones son meras conjeturas. La realidad advierte que el órgano que no desea resolver un expediente se cuidará muy mucho de manifestar sus razones. Y ante el silencio, el administrado (que está deseando se le diga sí o no) queda en una postura incómoda, sufre personalmente las consecuencias de la inhibición, sin que tampoco existan razones que puedan justificarlas.

Puede ocurrir también, en ocasiones, que la Administración, al enfrentarse con el «asunto», decida, expresamente, no resolverlo. Nuestra experiencia nos enseña, como en más de una ocasión hemos visto resoluciones tan peregrinas como la siguiente: «Reunida la Corporación y sometida a votación la cuestión X, acuerda, por unanimidad, resolverla por silencio administrativo...»

4. *Otros motivos.*—La abstención del órgano decisor puede obedecer, asimismo, a otros motivos; entre ellos cabe destacar el del temor a resolver la cuestión suscitada por falta de conocimientos técnico-jurídicos suficientes para adoptar una decisión airosa.

Quizá el supuesto indicado sólo pueda referirse a las pequeñas entidades territoriales ante las cuales el administrado planteé un problema que desborde las previsiones de sus componentes. Así, por ejemplo, cuando en un pequeño Municipio se pide la demolición de una industria construída e instalada sin licencia..., etc., supuesto en el que, posiblemente, la Corporación preferirá no decir nada antes que resolver una cuestión suscitada por primera vez ante ese Ayuntamiento y promovida, por añadidura, en perjuicio de uno de sus vecinos.

Es obvio que tampoco en este supuesto puede justificarse el silencio de la Administración. Si el administrado plantea un problema ante un órgano competente, éste, ineludiblemente, debe decir su respuesta motivada. La postura de inhibición, ajena también al administrado, no debe, por tanto, repercutirle de forma perjudicial.

III. TRATAMIENTO DEL «RETRASO» EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

1. *El «retraso» imputable al propio administrado.*—La actuación extemporánea del administrado está perfectamente prevista en nuestro Ordenamiento; en todo caso, lógicamente, las consecuencias de su actitud recaen directamente en contra de sus propios intereses.

A veces, el acto inicial del administrado debe necesariamente tener lugar en un plazo determinado; así, por ejemplo, la solicitud para tomar parte en una oposición, o la presentación de proposiciones para optar a la adjudicación de una obra pública... Si su producción tiene lugar fuera del período hábil, automáticamente y sin entrar siquiera a estudiar la posible razón de la cuestión de fondo, la Administración inadmitirá el pedimento.

En materia de recursos administrativos, el Ordenamiento fija unos plazos fatales, dentro de los cuales deben interponerse; pues bien, si el admi-

nistrado, disconforme con una determinada resolución, pretende impugnarla y lo hace de forma extemporánea, verá cómo la Administración (obrando con absoluta corrección) dicta un acuerdo de inadmisión.

En ocasiones, la tramitación normal de un expediente exige la colaboración del particular; si la paralización de un expediente es originada por la inactividad del administrado, la Administración le advierte que, transcurridos tres meses en ese mismo estado, se producirá la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones (art. 99, LPA) (1). En idéntico sentido, y para los procedimientos tramitados ante las Entidades locales, el artículo 291 del ROF.

2. El «retraso» imputable a la Administración.

A) *La obligación de la Administración de resolver en forma expresa.* Los órganos administrativos no se crean caprichosamente. Cuando se les instituye se hace a sabiendas de que la creación es una exigencia del interés público que los demanda. Al órgano se le confieren determinadas competencias, dentro de las cuales, ineludiblemente, debe actuar. Su actuación debe ser constante, rítmica, sin preferencias injustificadas, sin olvidos u omisiones jamás justificables; los titulares deben tener presente, en todo momento, que están desempeñando una función pública, que están actuando sobre intereses ajenos, cuyo trato debe adecuarse al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

Por su parte, las Leyes de procedimiento deben ser lo suficientemente sencillas para que la actuación del órgano responda a los principios de celeridad, economía y eficacia.

El Ordenamiento positivo español ha tratado de plasmar las anteriores ideas. La Administración tiene «el deber» de dictar resolución expresa (arts. 94, LPA; 373, LRL, y 334, ROF) y, en ella, de decidir no sólo «todas» las cuestiones planteadas por los interesados, sino, además, aquellas otras que se deriven del expediente (arts. 93, LPA, y 107, REA). No hay, en cambio, un solo precepto general en nuestra legislación, en el que un órgano administrativo pueda basar la inhibición para resolver.

A su vez, la Ley de Procedimiento Administrativo vigente está inspirada por un buen deseo de terminar con los posibles abusos que censura-

(1) En la redacción del presente trabajo se usan las siguientes abreviaturas:

- LPA = Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 julio 1958.
- LRL = Ley de Régimen Local, texto refundido, de 24 junio 1955.
- ROF = Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, de 17 mayo 1952.
- REA = Reglamento económico-administrativo, de 26 noviembre 1959.
- LJ = Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 diciembre 1956.
- LRJ = Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, texto refundido, de 26 julio 1957.
- LEF = Ley de Expropiación Forzosa, de 16 diciembre 1954.
- REF = Reglamento de Expropiación Forzosa, de 26 abril 1957.
- RFAL = Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, de 30 mayo 1952.

mos, concretando que sus «directrices no se conciben como simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración (¿por qué no también al administrado?) *de una vez para siempre* (!) para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios...» (De la Exposición de Motivos de la LPA).

B) *Plazo dentro del cual la Administración debe resolver.*—La Administración no sólo tiene el deber de resolver expresamente; debe hacerlo, además, dentro de un plazo determinado.

En efecto, según el artículo 61 de la LPA, «no podrá exceder de seis meses el tiempo que transcurra desde el día en que se inicie un procedimiento administrativo hasta aquel en que se dicte resolución, a no mediar causas excepcionales, debidamente justificadas, que lo impidieren, las cuales se consignarán en el expediente por medio de diligencia firmada por el Jefe de la Sección correspondiente».

Es de resaltar que a las Entidades locales su legislación específica les exige todavía una mayor celeridad resolutive; en efecto, según el artículo 289 del ROF, «los expedientes serán resueltos en el plazo máximo de treinta días, salvo que exijan trámites especiales».

Si se trata de un recurso de alzada o de reposición, de los artículos 125 de la LPA y 54 de la LJ se deduce, implícitamente, que los plazos dentro de los cuales debe dictarse resolución expresa son, respectivamente, tres meses y un mes.

En algunos procedimientos especiales también el legislador se ha preocupado de determinar unos plazos racionales para resolver los expedientes. Así puede leerse en la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa: «El procedimiento que la Ley adopta comprende los siguientes plazos: veinte días para que la Administración acepte o rehuse, y, en su caso, para que a su vez formule su hoja de aprecio (art. 30), después del plazo de veinte días que para la presentación de la hoja de aprecio tiene el propietario (art. 29); diez días para que el propietario acepte o rehuse la formulada por la Administración, en su caso (art. 30), y finalmente, en caso de controversia, ocho días para la resolución ejecutoria por el órgano al efecto establecido (art. 34). En total, cincuenta y ocho días como duración máxima de los expedientes» (!).

C) *Medidas adoptadas por la legislación vigente para evitar el retraso de la Administración y paliar sus consecuencias.*—La perspicacia del legislador ha previsto que, a pesar de su buen deseo normativo, las garantías que instaura «cuando se instrumentan tan sólo como protecciones formales, no alcanzan ni con mucho el fin perseguido, al ser compatibles con demoras y retrasos, molestias innecesarias y perturbadoras, excesivo coste e ineficacia de los servicios, y, en fin, con una variada gama de verdaderos perjuicios que redundan tanto en el de los particulares como en el de la propia Administración» (De la Exposición de Motivos de la LPA).

Entre las medidas adoptadas por la legislación vigente para evitar el retraso de la Administración o para paliar sus consecuencias pueden citarse las siguientes:

1. La impulsión de oficio del procedimiento administrativo (artículos 81, LPA, y 78, REA).

2. La posibilidad de prescindir de los informes preceptivos cuando éstos no se reciban en el plazo legal (art. 84, LPA) o de reducir a la mitad el tiempo en el que deben emitirse (art. 289, ROF).

3. La aplicación, por razones de interés público, del procedimiento de «urgencia» en el cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario (art. 58, LPA).

4. La comunicación directa del órgano que tramita el expediente con otros órganos administrativos y con los interesados en el procedimiento (art. 78, LPA).

5. La normalización, racionalización y automatización de los trabajos burocráticos (arts. 29 y sigs., LPA, y 257 del ROF).

6. La obligación del Jefe de Sección correspondiente de consignar en los expedientes la «causa excepcional» que impide su resolución dentro de plazo (art. 61, LPA).

7. La posibilidad de que el administrado, al interponer un recurso administrativo, haga constar ante el órgano superior el retraso en que incurrió el inferior (art. 61, LPA).

8. La facultad de la autoridad que conozca de un recurso administrativo de ordenar la incoación del oportuno expediente disciplinario para determinar el funcionario o funcionarios responsables del mismo, a fin de imponerles, si procede, las oportunas sanciones (art. 61, LPA).

9. La tipificación como falta administrativa de la conducta del funcionario responsable de un defectuoso cumplimiento de sus funciones (artículos 101-4.^a y 105 del RFAL).

10. La facultad de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, civiles y laborales, de poner en conocimiento del Ministro correspondiente el retraso que observen en la resolución de los expedientes que revisen (art. 61, LPA).

11. La potestad del administrado, cuando la Administración no dicte en plazo resolución expresa, de deducir reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente (art. 94-3, LPA, según la redacción de la Ley de 2 de diciembre de 1963).

12. La declaración formal de que la demora puede ser origen de responsabilidad para el funcionario causante (art. 49, LPA). En la legislación local incumbe al Secretario la obligación de prestar la debida vigilancia para evitar demoras injustificadas (art. 260, ROF).

13. La declaración de que las actuaciones realizadas «fuera de tiempo» sólo implican la anulación del acto si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo (art. 49, LPA).

14. Según el artículo 280 del ROF, «en ningún caso podrán los funcionarios, Ponencias o Comisiones abstenerse de proponer, ni la Corporación de resolver, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de preceptos legales aplicables al caso». En términos similares está redactado el artículo 194 del REA, al decir que los Tribunales Económicos-administrativos no podrán abstenerse de resolver ninguna reclamación sometida a su conocimiento, «ni aún a pretexto de duda racional ni deficiencia en los preceptos legales».

15. El artículo 81 de la vigente Ley articulada de funcionarios del Estado, de 7 de febrero de 1964, concreta que éstos «son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo».

16. Se da estado legal a la figura del *acto presunto*, originado por el «silencio administrativo», con el fin de evitar al administrado situaciones de indefensión. Su importancia nos obliga a dedicarle un epígrafe propio.

D) *El silencio como «acto-ficción».*

a) *La presunción y su interpretación.*—Ya hemos visto cómo la Administración tiene la obligación de resolver expresamente las peticiones del administrado dentro de un cierto plazo. Pero todos estamos de acuerdo en que la Administración puede incumplir —y de hecho lo hace, en ocasiones— este deber. Su postura de abstención, en un caso concreto, puede imaginarse ilimitadamente prolongada en el tiempo, quedando así el interesado en una postura de perplejidad sin fin.

Para evitar estas situaciones anómalas y lograr que los particulares no queden en permanente indefensión, el legislador ha acudido a una ficción: Por el transcurso de un cierto plazo sin que la Administración resuelva, se presume que ha actuado. Nace así, paradójicamente, un «acto» derivado, no de una acción, sino de una omisión; se trata de un acto «presunto», que, admitido en convivencia con el acto expreso y el tácito, viene a completar la trilogía de los actos administrativos.

Aceptada la existencia de este acto-ficción se plantea un primer problema interpretativo: El del sentido que deba darse a esta presunción. Y como quiera que el acto presunto se admite para solucionar, artificialmente, desde luego, una petición del administrado, es claro que la presunción sólo puede reconducirse a dos posibilidades: La de entender que la Administración ha dicho «sí» o, contrariamente, suponer que ha dicho «no». Según sea el sentido que se acepte aparecerá el acto presunto positivo o negativo.

La presunción positiva es, incuestionablemente, la que beneficia de forma más directa al administrado, ya que con ella habrá quedado plenamente satisfecha su pretensión. Es más, desde un punto de vista personal, máxime si los plazos de producción de la figura del silencio positivo no son largos, el administrado deseará vivamente que «su asunto» se solucione por esta vía tan cómoda; sabe de antemano que logra su deseo, mientras que si la Administración se decide a resolver expresamente el expediente, corre el peligro de verlo desestimado.

Ahora bien, desde el punto de vista del interés público, la solución del silencio positivo es a todas luces peligrosa. Si el Ordenamiento exige, justificadamente, la intervención de la Administración para contrastar la adecuación y corrección de una determinada conducta del particular, aquel fin lógico habrá quedado desvirtuado si el portillo, siempre abierto, del acto presunto deja pasar a su través, sin control alguno, toda clase de peticiones, sean o no ilegales o perjudiciales para el bien común. Además, podría ser una tentación, excesivamente cómoda, para el funcionario poco escrupuloso: Bastaría con «olvidarse» voluntariamente de un expediente para que el simple transcurso del tiempo viniera a dar la razón a quien quizá no la tuviera...

La *presunción negativa* del silencio obvia los inconvenientes que hemos apuntado. Pero, contrariamente, ocasiona al administrado un perjuicio incuestionable. Sin que la Administración se haya pronunciado sobre su petición, la ficción legal le dice que no tiene razón, a pesar de que, posiblemente, la tenga y de que incluso el propio órgano se la daría si se decidiese a resolver. El particular queda así insatisfecho *a priori*, sin que ninguna razón intrínseca pueda justificar su situación, y si, como es de suponer, el interesado no acepta su sino, se verá obligado a interponer una serie de recursos, administrativos e incluso contencioso-administrativos, en busca de la razón que cree asistirle.

Al tener que elegir el legislador entre la anterior disyuntiva, es lógico que haya optado por dar preferencia (a pesar de sus inconvenientes) a la interpretación negativa del silencio. Como regla general se presume que la petición del administrado ha sido desestimada (arts. 94 y 125, LPA; 374, LRL; 334, ROF; 38 y 54, LJ), y, como excepción, el silencio sólo se entenderá positivo (arts. 95, LPA, y 334, ROF) cuando así se establezca por disposición expresa (posibilidad reducida en la práctica a supuestos de escasa entidad) o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores (ya que aquí ha habido un control inicial de la Administración).

b) *Cómo y cuándo se produce el acto presunto*.—Siguiendo la línea de las ideas que ha de llevarnos a la adopción de conclusiones constructivas, nos falta todavía saber cómo y cuándo se produce la figura del silencio administrativo. Y forzosamente hemos de referirnos, siquiera sea con brevedad, a la solución adoptada por el Ordenamiento positivo español, que distingue dos supuestos, según nos refiramos a la vía de petición o a la vía de los recursos administrativos.

En vía de petición, esto es, cuando el administrado suscita ante cualquier órgano de la Administración un asunto por vez primera, la aparición del acto presunto depende de la concurrencia de su propia voluntad y del transcurso de un determinado plazo. En efecto, según los artículos 94, LPA, y 38, LJ, cuando se formule alguna petición ante la Administración, y ésta no notificare su decisión en el plazo de tres meses, el interesado puede denunciar la mora, y transcurridos otros tres sin respuesta, puede considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denega-

ción presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda.

En vía de recurso, por el contrario, el silencio se produce «automáticamente», sin necesidad de la cooperación del administrado, por el simple transcurso de un determinado plazo sin que la resolución del mismo se haya notificado, plazo que es de un mes si se trata de un recurso de reposición (art. 54, LJ) y de tres meses cuando lo sea de alzada (art. 125, LPA).

c) *La figura del silencio como «mal menor»*.—La circunstancia de que la figura del silencio administrativo esté, en definitiva, arbitrada como una medida en favor del administrado, como una más con la que luchar contra la inhibición en el actuar de la Administración, tiene la entidad suficiente para justificar su pervivencia.

Ciertamente que el ideal sería que nunca el administrado tuviera que refugiarse tras esta débil empalizada levantada en su defensa, lo cual implicaría la aceptación de que siempre la Administración había cumplido su deber de resolver dentro de plazo.

Más, como quiera que la anterior suposición es meramente utópica, queda claro que ha sido un acierto del legislador la ficción del acto presunto y, en consecuencia, debe mantenerse esta figura a todo trance, aun cuando, como seguidamente veremos, parezca aconsejable la adopción de medidas complementarias para evitar que en la práctica se produzca.

La eficacia del actuar administrativo no podrá predicarse plenamente de un órgano que «deja escapar» asuntos a su control porque el administrado, haciendo uso de un legítimo medio de defensa, ha tenido que asirse, como a una última tabla salvadora, a la quimera del acto presunto.

IV. MEDIDAS QUE REFORZARÍAN EL CUMPLIMIENTO POR LA ADMINISTRACIÓN DE SU DEBER RESOLUTIVO Y GARANTIZARÍAN, MÁS ADECUADAMENTE, LA POSTURA DEL ADMINISTRADO ANTE SITUACIONES DE INHIBICIÓN.

Hemos analizado las posibles causas originarias del retraso resolutivo de la Administración y visto las medidas que nuestro Ordenamiento arbitra para evitar que se produzca. Y sin embargo, tras un análisis desapasionado y objetivo, quedamos insatisfechos del sistema, insatisfacción que se acrecienta si, contrastando la realidad, observamos que «el mal» tiene todavía entidad suficiente para inducirnos a la búsqueda de remedios más eficaces hasta dar con el tratamiento capaz de acabar con él.

Digamos, en primer lugar, que todas las medidas arbitradas por el legislador nos parecen teóricamente mantenibles, si bien perfeccionables, y algunas, tales como la de la ficción del acto presunto, absolutamente necesarias.

Pero quizá el tratamiento de la cuestión suscitada admite una estructuración más fuerte. A mi juicio podrían adoptarse, como medidas complementarias de las ya estructuradas, las siguientes:

1.^a *Creación de un «clima» contrario al retraso*.—Ocurre, en medicina, que cuando se quiere extirpar un tumor, junto a la medida drástica del

corte, se procura crear un clima o ambiente de asepsia que impida el acceso de gérmenes nocivos al organismo.

Y aun cuando quizá la imagen sea extrema, se nos antoja que si entendemos que el retraso en el actuar de la Administración es un mal y, lógicamente, todos debemos colaborar para cortarlo, nada conseguiremos con la estructuración de medidas adecuadas si, juntamente, no existe ese clima aséptico que impida la nueva contaminación.

Creo imprescindible para terminar —o por lo menos reducir— el retraso en el actuar de la Administración, la creación de un «ambiente» hostil al mismo.

Conviene, en primer lugar, inculcar en el funcionario (sobre todo en aquellos que ocupan cargos directivos) la conciencia de que, cuando un órgano de la Administración funciona a un ritmo de rendimiento moroso, se está perjudicando al interés público, y al propio tiempo se está lesionando, directamente, el interés de los particulares. No debe admitirse —como no se comprendería en el seno de una empresa privada— un «estatuto artificial» para la Administración, dentro del cual el retraso pueda verse como un fenómeno normal. Si faltan funcionarios, aumentense, pero si el servicio está suficientemente dotado debe exigirse a todos un cumplimiento riguroso.

Las Escuelas de formación de funcionarios pueden desempeñar aquí un papel importante; de ellas deben salir quienes van a desempeñar cargos públicos, con la conciencia clara de que, cuando un órgano funciona arrítmicamente, puede ponerse en entredicho el cumplimiento de su deber. El funcionario público no debe ver en el «silencio administrativo» una figura más; cuando un administrado tiene que acogerse a la ficción del acto presunto debe, correlativamente, esperarse de la reacción funcional una íntima convicción de que algo ha funcionado mal, acompañada del firme propósito de que ese algo no debe repetirse.

Al propio tiempo, el administrado debe tener conciencia exacta del retraso que observe en la resolución de su asunto; debe admitirse, como justificada, su reacción (el recurso), e incluso su crítica (deseablemente constructiva), como también la que otros sectores de la opinión (Prensa, Instituciones, Corporaciones, etc.) puedan hacer en aquellos expedientes que afecten a un concreto interés general.

2.^a *Penalización de ciertas conductas de los funcionarios.*—Es curioso observar cómo en el título VII del libro II del Código penal se sancionan (bajo el epígrafe genérico de «Prevaricación») las conductas de los Jueces que a sabiendas, o por negligencia o ignorancia inexcusables, dictaren sentencia injusta, y, paralelamente, se tipifican también las conductas de los funcionarios públicos que, concurriendo esas mismas circunstancias, dictaren resolución administrativa.

Pero un análisis completo de ese mismo título pone de relieve la consecuencia de considerar delictiva la conducta del Juez «que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley» o que aparezca «culpable de retardo malicioso en la administración de justicia»,

sin que, en cambio, esté tipificado el proceder del funcionario público que adopte idéntica postura ante un asunto administrativo.

¿Qué razón existe para considerar delincuente al Juez que se niega a dictar sentencia o que «maliciosamente» retrasa su pronunciamiento y, en cambio, liberar de esa responsabilidad al funcionario público que no decide un asunto que tiene, obligadamente, que resolver o, voluntariamente, dolosamente, retarda el momento de pronunciarse sobre el mismo? ¿Es que acaso no están —el Juez y el funcionario— desempeñando una función pública cuya mala gestión puede acarrear las mismas perniciosas consecuencias?

La inconsecuencia se acentúa si tenemos en cuenta que en las figuras apuntadas pueden incurrir los Jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por el contrario, están exentos de tal peligro los funcionarios que tramitaron el mismo asunto que aquéllos han de revisar. ¿Qué conseguimos con procurar la pronta decisión de un pleito contencioso si previamente la Administración, sin peligro para sus funcionarios, ha podido dilatar, desmesuradamente, la resolución de ese mismo asunto?

Creemos, en conclusión, que debe modificarse el contenido del artículo 357 del Código penal e incluir en su texto, como nuevas figuras delictivas, las conductas de los funcionarios públicos que se nieguen a resolver los asuntos administrativos o retrasen, maliciosamente, su solución.

3.^a *Ampliación de los plazos dentro de los cuales el administrado pueda recurrir contra los actos presuntos.*—Quede claro que la Administración tiene siempre la obligación de resolver expresamente los asuntos que tramita y que su resolución, aun cuando sea manifiestamente extemporánea, es siempre impugnabile en vía administrativa y jurisdiccional (esta última posibilidad no puede hoy siquiera ponerse en duda después de la redacción dada al artículo 94 de la LPA por la Ley de 2 de diciembre de 1963).

Recordemos también que la figura del acto presunto está arbitrada como garantía del particular para que, cuando su interpretación sea negativa, pueda interponer los recursos procedentes.

Pero existe en la actual ordenación positiva una contracción manifiesta a la indicada garantía: La de la limitación de los plazos para recurrir contra los actos presuntos cuando todavía la Administración no haya cumplido su obligación de resolver en forma expresa.

En efecto, si el acto «presunto» se produce en vía de petición la vía administrativa no quedará agotada normalmente (sobre todo si se trata de un órgano de la Administración del Estado) y el particular, transcurridos tres meses, a contar de la denuncia de la mora, habrá de recurrir en alzada, ante el órgano superior, en el limitado plazo de quince días (artículo 122, LPA). Si, en cambio, con el acto presunto se agota ya la vía administrativa, el particular no tendrá necesidad de recurrir en reposición (art. 53, LJ) y podrá, directamente, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, el recurso contencioso-administrativo contra el acto pre-

sunto también habrá de interponerse en un plazo determinado, un año (arts. 54 y 58, LJ).

Pero, claro está, que con tal limitación y suponiendo que ni el administrado ha deducido el oportuno recurso (administrativo o jurisdiccional contra el acto presunto, ni la Administración, dictado su obligada resolución expresa, existe una «zona en blanco» durante la cual no hay correlación entre el deber (de la Administración para resolver) y el correspondiente y normal derecho del administrado (para defenderse contra aquella inhibición).

Para obviar tales inconvenientes creemos habrían de reformarse determinados artículos de la Ley de Procedimiento Administrativo y de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en el siguiente sentido:

REDACCIÓN ACTUAL.

TEXTO QUE PROPONEMOS.

Artículo 122-4), LPA.

«El plazo para la interposición del recurso de alzada será de quince días».

«El plazo para la interposición de recurso de alzada será de quince días.

No obstante, cuando el acto impugnado fuera presunto, el interesado podrá deducir este recurso en tanto en cuanto la Administración incumpla su obligación de dictar resolución expresa».

Artículo 58-1-2), LJ.

1. El plazo para interponer el recurso contencioso - administrativo será de dos meses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición si es expreso.

1. Idem. que el correlativo.

2. Si no lo fuere, el plazo será de un año a contar de la fecha de interposición del recurso de reposición».

2. Si no lo fuere, el plazo no caducará hasta tanto la Administración dicte la resolución expresa contra la cual cabrá, asimismo, el recurso contencioso en el plazo de dos meses a contar desde su notificación».

Artículo 58-4), LJ.

«En el supuesto previsto en el apartado c) del artículo 53 [actos

«En el supuesto previsto en el apartado c) del artículo 53, el plazo

presuntos exceptuados del recurso de reposición], el plazo será de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, salvo si con posterioridad recae acuerdo expreso, en cuyo caso será el del párrafo uno».

para recurrir se iniciará el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, y no caducará hasta que la Administración dicte su obligado acto expreso, que también podrá impugnarse en el plazo de dos meses al que alude el párrafo uno».

Con análogo criterio habrían de modificarse los plazos para interponer reclamaciones económico-administrativas y demás recursos especiales y extraordinarios.

4.^a *Imposición de costas a la Administración en los recursos promovidos contra actos presuntos.*—Cuando el administrado se refugia en la figura del acto presunto negativo sólo está seguro de una cosa: De que, por presunción legal, debe entender que su petición o recurso han sido desestimados.

Pero, en cambio, lo que ya no sabe es el porqué intrínseco de esta desestimación. Como la Administración ha callado, ignora qué razones puedan estar en su contra. Y como nadie le ha advertido de nada, tendrá la duda racional correspondiente al tratar de buscar el camino por el que seguir defendiendo su posible derecho; ¿qué recurso será el que debe interponer, ante qué órgano y en qué plazo?

Puede acontecer que el administrado esté lo suficientemente ilustrado para acertar con el camino recto. Pero no con ello habrán terminado sus zozobras. El tiempo pasará, perjudicándole en sus intereses; posiblemente tenga que acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, asistido de Procurador, de Abogado... Y todo ello no por mero capricho, sino impulsado por el silencio de la Administración, que ha incumplido su deber de resolver.

Estas razones nos mueven a sostener que el administrado puede argumentar el derecho a resarcirse de estos perjuicios. Si la jurisdicción contencioso-administrativa, al resolver un recurso interpuesto contra un acto presunto, da la razón al demandante, pone de manifiesto que éste ha tenido que correr una serie de peripecias de las que hubiera quedado libre si la Administración le hubiese decidido expresamente su asunto.

Sería, por tanto, conveniente modificar el artículo 131 de la LJ, añadiéndole un nuevo párrafo, diciendo que: «La Administración será condenada siempre en costas en los recursos deducidos por el administrado contra los actos presuntos producidos por el silencio de aquélla». Quizá, como excepción, podría eximirse a la Administración de esta sanción cuando el retraso al resolver se debiera a causas realmente excepcionales, siempre que las mismas (tal como prevé el artículo 61 de la LPA) se hubiesen consignado en el expediente.

5.^a *Responsabilidad de la Administración derivada del retraso.*—Al señalar las posibles causas originadoras del retraso de la Administración vimos cómo éstas eran siempre extrañas a la voluntad del administrado.

Quede claro también que en muchas de las ocasiones en las que la Administración incumpla su obligación de resolver en plazo producirá un perjuicio directo y evaluable al administrado: El conductor que aprobado en los ejercicios espera el carnet de conducir para iniciar un empleo más ventajoso; el contratista que pide una cantidad que, en realidad, la Administración le adeuda; el ciudadano que espera la concesión de una licencia para la apertura de un comercio, cuyo proyecto se adapta escrupulosamente a las Ordenanzas, etc., pueden ser ejemplos que confirmen nuestra afirmación.

¿Pueden ser reclamables los perjuicios derivados del retraso resolutivo de la Administración?

Pudiera sustentarse, a la vista del artículo 40 de la LRJ, que ello está incluso previsto positivamente, ya que, según el indicado precepto, los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos cuando aquélla sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. Y, en los supuestos a los que aludimos, está claro que el servicio público ha funcionado mal (no se ha cumplido un deber) y, por tanto, las consecuencias de esa deficiencia bien pudieran imputarse a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en vía de regreso, la exija o repercuta después al funcionario verdaderamente responsable...

Es de advertir que en nuestra legislación existen algunos supuestos concretos en los que se permite, de forma expresa, exigir responsabilidad a la Administración derivada del retraso resolutivo de sus órganos. Así, el artículo 56 de la LEF, en el que expresa y significativamente se dice lo siguiente: «Cuando hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio sin haberse determinado... el justo precio..., la Administración expropiante *culpable* de la demora estará *obligada* a abonar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado...» En análogo sentido, los artículos 57, 58, 105, LEF, y 71 a 74, REF.

También es de resaltar el artículo 94 del Reglamento de contratación de las Entidades locales en el que se prevé la obligación de la Administración de abonar el interés legal por demora en los pagos al contratista.

No obstante, creemos conveniente se hiciera una modificación aclaratoria (en la LRJ, LRL, etc.) en la que quedase expresamente recogida la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto de retraso resolutivo originario de perjuicios evaluables. O que, por distinto camino, la doctrina jurisprudencial llegase a idéntica conclusión.

JUAN ANTONIO BOLEA FORADADA,

Magistrado de lo Contencioso-administrativo.