

SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD

**CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LOS EFECTOS
DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL
EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS**

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

**DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I DRET PROCESSAL
SECCIÓ DE DRET ADMINISTRATIU
UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO
(RD 185/1985, DE 23 DE ENERO)**

**DIRECTOR
DR. TOMÀS FONT I LLOVET
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

1

**PROGRAMA DE DOCTORADO
DRET ADMINISTRATIU, BIENNI 1990-1991, 1991-1992**

BARCELONA, 1996

1.- La formación del silencio administrativo y su incidencia en el ejercicio de la potestad

1.1.- El silencio positivo y la caducidad

La técnica del silencio positivo supone, esencialmente en el ámbito de la Administración de dirección y control ⁸⁵³, un límite al ejercicio de una potestad administrativa que se somete a un plazo de caducidad, transcurrido el cual el particular se le reconoce un *status*, una situación que la Administración debe respetar ⁸⁵⁴. El objeto inmediato del silencio positivo son las facultades de modificación jurídica que respecto a un determinado supuesto concreto integran la potestad administrativa. Ello sin perjuicio de la existencia de otras potestades administrativas que la Administración pueda ejercitar respecto a aquella situación, como es el caso de la potestad de revisión de oficio. Concebimos al silencio positivo como un límite al poder administrativo y no como una forma de adquisición de derechos por los ciudadanos ⁸⁵⁵, en la que vendría a asimilarse a la prescripción adquisitiva ⁸⁵⁶. Ahora bien, debe advertirse que se producen *ex lege* unos efectos equivalentes a los que produce el acto administrativo por los cuales el particular quedará revestido de una apariencia de legalidad que deberá, en su caso, destruirse a través de los procedimientos legalmente establecidos. Esta apariencia de legalidad permitirá al particular el disfrute y goce de derechos y

⁸⁵³ *Vid.* al respecto las consideraciones realizadas en el capítulo primero de este estudio.

⁸⁵⁴ Así la STS de 6 de mayo de 1987 (ref. Ar. 5.233) señala que una vez producido el silencio positivo "[...] se crea un límite para la actuación de la Administración que ya no podrá desconocer la desestimación de la petición del administrado [...]." Asimismo la STS de 29 de octubre de 1974 (ref. Ar. 4.191) señala que "[...] constituye un límite a la actuación administrativa ulterior [...]."

⁸⁵⁵ Alguna jurisprudencia ha llegado a concluir que "Del silencio deriva a favor del recurrente un derecho que la Administración no puede desconocer dictando un acto posterior contrario a la situación jurídica creada por el silencio positivo" (STS de 19 de junio de 1972, ref. Ar. 3.536). E incluso la STS de 7 de noviembre de 1972 (ref. Ar. 4.699) señalaba que: "El silencio sólo confiere derechos a los administrados a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales que puedan reconocérseles".

⁸⁵⁶ De esta forma el profesor Mariano BAENA DEL ALCÁZAR advierte que: "La diferencia entre prescripción y silencio es clara, en cuanto que la prescripción supone la transformación reconocida por la Ley de un estado de hecho en un estado de derecho, lo que no se da en el silencio de la Administración ya que en éste se pasa de una situación ambigua de por sí, a otra en que por atribución de la Ley se producen unos determinados efectos jurídicos." *Vid.* de este autor "Naturaleza jurídica del silencio de la Administración" en *REVL* 121, enero-febrero 1962, p. 17.

situaciones jurídicas que venían comprimidas por la potestad administrativa, a menos que su actuación comporte una vulneración del ordenamiento jurídico atacable por la Administración, de oficio o a instancia de persona interesada, a través de los correspondientes procedimientos específicos de impugnación. Así se ha señalado que la Administración no puede prescindir de la regla *venire contra factum proprium*⁸⁵⁷, la confianza legítima y la seguridad jurídica, desconociendo, por tanto, la nueva situación generada en relación a la potestad administrativa con el silencio positivo⁸⁵⁸.

El silencio positivo no tiene, por tanto, un mero carácter procesal o procedimental, sino que afecta sustantivamente a las posiciones jurídicas de los diversos sujetos implicados. El plazo de caducidad que establece el silencio positivo no sólo posibilita que la Administración pueda, durante este período, iniciar, tramitar y resolver un procedimiento administrativo, sino sobre todo ejercitar una potestad administrativa. No obsta a todo lo anterior, el hecho que exista una lógica conexión entre silencio positivo y procedimiento, por cuanto coincide el plazo de tramitación del procedimiento con el de producción del silencio.

Por tanto, debe distinguirse el silencio positivo de otro tipo de instituciones, de carácter eminentemente procedimental o procesal, como son el silencio negativo y la denominada caducidad o perención del procedimiento administrativo. Así, el silencio negativo ha sido concebido básicamente como un mero presupuesto al ejercicio de la correspondiente acción procesal ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo. A diferencia del silencio positivo no supone propiamente un límite al ejercicio de una potestad administrativa, aunque

⁸⁵⁷ Según advierte José Ramón RUIZ GARCÍA: "la caducidad aparece conectada al principio general de la buena fe a través de la regla del *venire contra factum proprium* (WIEACKER)". Vid. del primer autor el "Prólogo" a MARTÍN CÁCERES, Adriana Fabiola: *La prescripción del crédito tributario*, Ed. Marcial Pons e Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994, p. 9. Sobre el fundamento de la "irrevocabilidad" de las situaciones obtenidas por silencio vid. las consideraciones que realizamos en el capítulo cuarto de este trabajo, en torno a la teoría del acto administrativo.

⁸⁵⁸ Así, *ad exemplum*, la STS de 5 de diciembre de 1974 (ref. Ar. 5.022) concluye que: "[...] la Administración no puede, en ninguna de sus esferas, desconocer, contradecir, ni alterar, mediante la actuación de un acto posterior expreso, la situación jurídica consolidada al amparo del acto tácito originario." En el mismo sentido vid. la STS de 21 de diciembre de 1979 (ref. Ar. 4.475).

pueda aparentemente parecerlo, puesto que la Administración podrá posteriormente dictar un acto administrativo en que se otorgue lo solicitado por el particular ⁸⁵⁹. Por su parte, la caducidad del procedimiento esencialmente se configura como una forma de terminación del procedimiento, pero no impide necesariamente el ejercicio ulterior a través de nuevos procedimientos de las situaciones jurídicas de las que trae causa, ya sea el derecho del particular (cuando la caducidad es por causa imputable al particular) ya sea la potestad administrativa (cuando la caducidad es por causa imputable a la Administración pública) ⁸⁶⁰. En cambio la producción del silencio positivo imposibilita el ejercicio posterior de aquella potestad administrativa. Se generan determinados efectos sustantivos y no meramente procedimentales, equiparables a los que generaría un acto expreso.

También es necesario examinar las similitudes y diferencias entre el silencio positivo y la caducidad en sentido estricto, es decir cuando la misma tiene carácter sustantivo y no meramente procedimental ⁸⁶¹. La preocupación por distinguir ambas instituciones, surge a partir de algunos supuestos concretos que eran, al parecer de ciertos autores, calificados impropiaamente como de silencio administrativo ⁸⁶². En tales casos se señaló que "la ley parece hacer referencia tan solo al transcurso del tiempo transcurrido" por lo que estaríamos "en presencia de verdaderos y propios hechos de caducidad (*decadenza*) ⁸⁶³." Afirmación

⁸⁵⁹ Lo que sí podrá producir el silencio negativo, de acuerdo con el sistema implantado por la LRJPAC, es efectos sobre la acción procesal del ciudadano afectado por silencio, si se admite con todo su rigor la doctrina del acto consentido, la cual será objeto de estudio en el capítulo cuarto de este trabajo.

⁸⁶⁰ Sobre la caducidad del procedimiento *vid.* el capítulo III de este trabajo.

⁸⁶¹ Como ha señalado BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: "No aparece tan clara en cambio la diferencia existente entre silencio y caducidad o decadenza." *Vid.* de este autor "Naturaleza jurídica del silencio..." *op. cit.* pp. 17-18.

⁸⁶² *Vid.* MONTAGNA, Raffaele: "Il silenzio della pubblica amministrazione" en *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Ed. Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1932, pp. 391-394.

⁸⁶³ En la jurisprudencia civil se define la caducidad o decadenza de un derecho "cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para el ejercicio de un derecho, de modo que transcurrido el término, el interesado queda impedido para el ejercicio de una acción, atendiendo la caducidad sólo al hecho objetivo de la inactividad, dentro del término de rigor prefijado" (STS de 24 de junio de 1968). Uno de los estudios clásicos sobre la caducidad civil puede encontrarse en MODICA, Isidoro: *Teoria della decadenza nel Diritto civile italiano*, Ed. Unione Tipografico, Torino, 1906.

que fue retomada por diversos juristas españoles que negaban en el ámbito de las relaciones interadministrativas o interorgánicas la existencia de verdaderos casos de silencio positivo, pues, en realidad, se consideraba que eran meros plazos de caducidad del ejercicio de potestades administrativas ⁸⁶⁴. La irrelevancia de las condiciones subjetivas de la parte considerada inerte y de las mismas circunstancias objetivas diversas del transcurso del tiempo ponen los casos de caducidad (*decadenza*) fuera del ámbito de la cuestión del silencio, en los cuales aquellas condiciones y circunstancias son en cambio influyentes. Así GARRIDO FALLA en base a esta teoría había llegado a afirmar que hasta el Reglamento de procedimiento del Ministerio de Trabajo de 1954 no podían encontrarse en nuestro Derecho ejemplos de silencio con valor positivo, sino plazos de caducidad en el ejercicio de los poderes de aprobación y control de organismos y autoridades superiores sobre inferiores ⁸⁶⁵. Tales planteamientos no fueron compartidos por toda la doctrina, manifestando algunos autores que incluso en el ámbito de las relaciones interadministrativas e interorgánicas el silencio no se producía de forma meramente automática ⁸⁶⁶. Por su parte la jurisprudencia

⁸⁶⁴ El primero en recoger las tesis de MONTAGNA parece ser ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ CAVADA, Segismundo: "El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal" en *REVL* 48, noviembre-diciembre 1949, p. 839. También *vid.* GARRIDO FALLA, Fernando: "La llamada doctrina del silencio administrativo" en *RAP* 16, 1955, p. 87 y nota 3.

⁸⁶⁵ *Vid.* GARRIDO FALLA, Fernando: "El nuevo reglamento de procedimiento..." *op. cit.* p. 32. Tal afirmación pudiera quizás matizarse a la luz de los datos que disponemos en la actualidad, pues como ya vimos en el capítulo primero de este estudio, el reglamento de procedimiento del Ministerio de Trabajo no fue la primera normativa donde se establecieron supuestos de silencio positivo en las relaciones ciudadano-Administración.

⁸⁶⁶ En sentido contrario se pronuncia BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: "Efecto afirmativo del silencio de la Administración" en *REVL* 123, mayo-junio 1962, p. 331. Los argumentos utilizados por éste último autor son básicamente en que: "En primer lugar, porque, al menos tratándose de la aprobación, ésta es un requisito indispensable para que el acto produzca efectos jurídicos, de tal manera que si no se da, el acto es ineficaz. No juega por tanto un plazo preclusivo para el ejercicio de un derecho (supuesto de caducidad), puesto que lo que se contempla es la necesidad de que se den los efectos de la aprobación y por tanto la Ley atribuye al silencio un efecto determinado. Esto es, no se contempla el supuesto desde el punto de vista del simple transcurso del tiempo, sino de una forma prevalente, desde el punto de vista del interés del órgano inferior en que el acto sea aprobado. Por otra parte estimamos que no hay inconveniente en que se apliquen a estos casos los razonamientos que hace Garrido respecto al silencio, tratándose de la relación Administración-particular. Pues, en efecto, según nuestra opinión, en estos casos los poderes de la Administración no están sometidos a ningún plazo de caducidad, ya que tal plazo o no existe o, cuando existe, tiene la significación de una pauta frente a la desidia o negligencia de los administradores. Esto es precisamente, en la mayoría de los casos, la razón de que se adopte la solución del efecto afirmativo del silencio."

ha venido a matizar la identificación del silencio administrativo con la caducidad, señalando al respecto que "pese a calificarse el plazo de silencio, de plazo de caducidad, ello no debe servir para objetivarlo radicalmente y automatizarlo, desatendiéndose de las especiales circunstancias que en cada caso concurren y que hayan podido influir o coadyuvar en la producción de unas supuestas pasividades" ⁸⁶⁷

Para la caducidad civil "el no ejercicio no es una causa anómala en la extinción del derecho sino algo que ya desde un principio aparece como una posibilidad preestablecida, como una facultad tan normal como la que supone el "ejercicio" ⁸⁶⁸." En cambio, por lo que respecta al ámbito del silencio positivo, la Administración tiene el deber de resolver y, por consiguiente, no es libre de escoger entre dictar la resolución o bien esperar a que se produzca el silencio positivo ⁸⁶⁹. Desde esta perspectiva, el silencio positivo debería ser, de acuerdo con su estricta configuración legal, una situación excepcional en el actuar de las Administraciones públicas. Estaríamos, por tanto, ante un remedio o solución subsidiaria para garantizar la situación del particular afectado por la inactividad administrativa ⁸⁷⁰. Debe notarse que en la caducidad civil "al designio legal le es indiferente la extinción o la subsistencia del derecho afectado, destino que, en definitiva, es dejado por la Ley en manos del titular a quien corresponde" ⁸⁷¹. En cambio, por lo que respecta al silencio positivo, a la Ley no le es indiferente que la Administración pueda ejercitar o no la potestad administrativa, encontrándonos además con la concurrencia de un interés público que a la Administración le corresponde servir de la manera más objetiva y eficaz.

⁸⁶⁷ Vid. la STS de 10 de marzo de 1980 (ref. Ar. 2.141).

⁸⁶⁸ Vid. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo: *La caducidad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990, p. 155.

⁸⁶⁹ En este sentido BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, observaba que la norma establecida por la legislación procesal y de procedimiento según la cual "la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa", "no sería posible en un supuesto de caducidad". Vid. de este autor "Naturaleza jurídica..." *op. cit.* p. 18.

⁸⁷⁰ Así, por ejemplo, la STS de 20 de mayo de 1975 (ref. Ar. 2.739) advierte que en definitiva el silencio positivo es un "[...] remedio supletorio de dicha actividad (la administrativa) [...]."

⁸⁷¹ Vid. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo: *La caducidad ... op. cit.*

Ciertamente, la distinción entre silencio positivo y caducidad se agudiza considerablemente si tomamos como parámetro de referencia a la caducidad civil. Sin embargo, esta separación entre ambas instituciones parece que queda más matizada si el punto de comparación lo constituye la caducidad administrativa. Así se ha puesto de relieve que, en ciertos casos, la caducidad administrativa, a diferencia de la caducidad civil, no opera de forma automática, sino que se introducen en la misma ciertas modulaciones, como consecuencia de la presencia del interés público ⁸⁷². De esta forma, la caducidad administrativa requeriría para su producción la existencia de una advertencia previa y una posterior declaración administrativa. La caducidad administrativa y el silencio positivo coincidirían, por tanto, en que no operan por el mero transcurso del tiempo sino que dependen de un acto formal posterior que será respectivamente la declaración administrativa de caducidad y la certificación de acto presunto. En el silencio positivo la denuncia de la mora ⁸⁷³, en la actualidad substituida con efectos similares por la certificación, vienen a ser conjuntamente con el tiempo uno de los

⁸⁷² Este carácter no automático de la caducidad, en relación a las concesiones, fue puesto singularmente de relieve por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: "El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y de la práctica de las concesiones en cartera" en *RAP* 17, mayo-agosto 1955, p. 271. Recientemente retoma este criterio con un afán generalizador el profesor Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *La caducidad en el Derecho administrativo español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, p. 15. Este autor analiza, fundamentalmente, la caducidad del procedimiento, la de concesiones de servicios públicos, la de concesiones y autorizaciones en el dominio público, la de licencias administrativas y la del recurso contencioso-administrativo. Debe advertirse respecto a este último trabajo que, pese al intento de esta obra de generalizar una teoría general sobre la caducidad en el Derecho administrativo, "el enfoque termina siendo limitado, porque tan sólo se estudian aquellas modalidades de caducidad relativas a las facultades y derechos de los administrados [...]. Y es que las distintas potestades de la Administración, imprescriptibles por definición, pueden caducar en su ejercicio concreto". *Vid.* la recensión que a esta obra realiza Rafael CABALLERO SÁNCHEZ en *RAP* 135, p. 572.

⁸⁷³ Si bien el art. 95 de la LPA de 1958 señalaba que el "silencio se entenderá positivo, sin denuncia de la mora" y así lo proclamó alguna jurisprudencia como la STS de 29 de octubre de 1974 (ref. Ar. 4.194) según la cual los efectos estimatorios del silencio se producen "por el mero transcurso del tiempo, sin denuncia de la mora"; cabe advertir la subsistencia de la denuncia de la mora en el ámbito del silencio positivo sobre todo por lo que respecta a licencias municipales, según proclamaron reiterados pronunciamientos jurisdiccionales. En esta dirección *vid.* la STS de 26 de septiembre de 1975 (ref. Ar. 3.870) donde se advierte que la denuncia de la mora determina el cese de la competencia municipal y el comienzo de la competencia de la Comisión provincial de urbanismo, o también la STS de 19 de enero de 1979 (ref. Ar. 380): "en tal supuesto - denuncia de la mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo - se produce una subrogación o transferencia de competencia en favor de la Comisión Provincial de Urbanismo y queda precluida o caducada la del organismo municipal [...]."

requisitos para su producción ⁸⁷⁴. Este paralelismo entre caducidad administrativa y silencio positivo no puede, sin embargo, generalizarse puesto que hemos tenido la oportunidad de constatar como la caducidad se producía automáticamente, por el mero transcurso del tiempo, en el ejercicio de determinadas potestades administrativas (piénsese por ejemplo en la potestad de revisión de oficio o en la de recuperación de bienes de dominio público). Con el silencio positivo la consideración o no de las circunstancias formales o sustanciales dependerá del grado de automatismo con que el ordenamiento articule tal técnica. Si se quiere potenciar el principio de seguridad jurídica frente a la legalidad, el régimen jurídico del silencio positivo se aproximará en gran medida a la caducidad, operando casi-automáticamente, mientras que si se opta por la solución contraria existirá un mayor distanciamiento y el transcurso del tiempo será uno de los elementos más, pero no el decisivo para resolver la inactividad de la Administración ⁸⁷⁵. En este sentido, según veremos a lo largo de este trabajo, las reformas introducidas por la LRJPAC, parecen inclinarse por dotar de mayor automaticidad al silencio administrativo.

En cualquier caso, y pese a las lógicas diferencias entre caducidad y silencio positivo, se evidencian unas características comunes que serán la apreciación de oficio de su concurrencia, así como el cómputo de los plazos, el cual no admite interrupciones. Ambas

⁸⁷⁴ Sobre este punto volveremos en un momento ulterior de este trabajo, concretamente en el capítulo cuarto, al abordar la problemática de la certificación de acto presunto.

⁸⁷⁵ De esta forma, con anterioridad a la LRJPAC, la jurisprudencia había llegado a afirmar en la STS de 30 de junio de 1979 (ref. Ar. 3.181) que: "[...] la concepción del silencio positivo como institución que opera de forma automática por el simple transcurso de los plazos legales ha sido totalmente superada por la más reciente jurisprudencia [...]." De forma similar se pronuncia la STS de 13 de octubre de 1981 (ref. Ar. 4.138). Por su parte causa cierta perplejidad la STS de 29 de septiembre de 1980 (ref. Ar. 3.825) cuando señala que: "[...] para la entrada en juego del silencio administrativo positivo, como institución que opera de forma automática por el simple transcurso de los plazos legales, es necesario que la licencia solicitada sea plenamente acorde con la normativa aplicable a la actividad de que se trate, ya que no puede estimarse concedido por vía tácita, lo que es ilegal otorgar expresamente." Piénsese que en estos casos la automaticidad del silencio queda plenamente diluida por la exigencia de otros requisitos, especialmente los de carácter sustancial como es la imposibilidad de adquirir por silencio facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Así más rigurosamente la STS de 1 de diciembre de 1982 (ref. Ar. 7.333) establecía como "la teoría del silencio administrativo, contando en exclusiva con el factor tiempo y la inactividad administrativa, se ve en la actualidad minado por la interpretación jurisprudencial de este instituto, resueltamente inclinada a no considerar otorgado por silencio aquello que no lo pueda ser de forma expresa."

serán objeto de estudio seguidamente.

Por lo que respecta a la apreciación de oficio de la concurrencia del silencio positivo creemos que, en este punto, rige el mismo régimen que en la caducidad, ya sea civil ⁸⁷⁶ o administrativa. Por tanto la Administración no puede desconocer que se ha producido un límite de orden público al ejercicio de su potestad en un caso determinado ante la inactividad que ella misma ha provocado. En el caso que ilegalmente haga caso omiso del silencio positivo pueden los tribunales de lo contencioso-administrativo apreciar la concurrencia del silencio positivo, aunque ello no haya sido alegado por los particulares. La consideración como nula de pleno derecho cualquier actuación posterior que contradiga la situación generada por silencio positivo, según hemos visto con anterioridad, abonaría tal tesis. Hasta ahora, cabe decir sin embargo que el carácter absolutamente excepcional con que la jurisprudencia ha visto al silencio positivo ha imposibilitado en la práctica tal planteamiento que no ha llegado a suscitarse en los considerandos de las sentencias ⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ Según la STS de 22 de mayo de 1990: "Tratándose del instituto de la caducidad, una constante doctrina jurisprudencial, viene reconociendo su actuación automática, siempre apreciable de oficio, de tal manera que opera *ex lege* para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley, sin que las partes y los Tribunales puedan contener su inactividad y consecuencias extintivas, que se producen por el mero transcurso del tiempo."

⁸⁷⁷ Una excepción lo constituye la STS de 13 de mayo de 1986 (ref. Ar. 4.581) donde la autoridad municipal había incumplido su deber de formalizar la adjudicación definitiva de un contrato administrativo durante el plazo preclusivo fijado por el art. 44.4 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (BOE 44, de 13 de febrero de 1953), debiéndose considerar desierto el concurso. No obstante, tal situación generada por el transcurso del tiempo la corporación decide de forma contraria dictar un acto expreso de adjudicación extemporánea. El TS considera que el acto tardío "[...] desde su origen tiene vocación de ser anulado por opuesto a la norma y a la operatividad del derecho adquirido o de la situación creada al amparo del silencio, habiendo declarado la sentencia de 24 de mayo de 1973 (ref. Ar. 2.631) que, aunque la resolución tardía no es nula *per se*, sí que es anulable a petición de parte legitimada cuando, además, por aquel acuerdo se modifica la anterior resolución, porque dicha parte tiene derecho a que no pueda alterarse aquella situación jurídica, por un acto posterior recaído en forma tardía, con mayor razón cuando, según va dicho, esa situación se engendra por un expreso mandato legal." En este caso entendemos que debe regir la anulabilidad y, por tanto, el principio dispositivo en cuanto a su posible alegación, en cuanto en este caso se produce una caducidad que afecta meramente al procedimiento de selección del contratista, pero que no impide que la Administración al haberse declarado desierto el concurso, vuelva a realizar uno de nuevo. Sobre este tema *vid.* el apartado anterior de este capítulo. En relación al silencio en el ámbito de la contratación puede consultarse el trabajo de MASIP ACEVEDO, Julio: "El silencio en el Derecho administrativo español" ... *op. cit.* pp. 39-42, donde concluía por el carácter negativo del silencio respecto a la aprobación de contratos en base a la existencia de poderes discrecionales.

En cualquier caso debe reafirmarse que el silencio positivo no constituye una mera excepción procesal que el particular pudiera oponer a una actuación administrativa extemporánea ilegal, de carácter normalmente limitador o represivo. Al contrario, pues el silencio positivo constituye un efecto que el tiempo y la inactividad producen en la propia potestad administrativa, impidiendo un ejercicio extemporáneo. Por esta razón obligan a la Administración y a los Tribunales que deben declarar su existencia de oficio, aunque no se haya producido la alegación de parte.

En relación al cómputo de los plazos del silencio, se ha planteado en diversas ocasiones si estamos ante plazos de prescripción o bien plazos de caducidad. La consecuencia que de una opción u otra se deriva son ciertamente importantes a efectos del cómputo del plazo. Así, según hemos visto, mientras que en la plazos de prescripción éstos se interrumpen, con lo que habrán de volverse a contar desde el principio, por lo que respecta a la caducidad no admite interrupción, sino que a lo sumo pueden suspenderse con lo que se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad ⁸⁷⁸.

A pesar de algunas vacilaciones iniciales, puede decirse que predomina la tesis tanto en la jurisprudencia ⁸⁷⁹ como en la doctrina ⁸⁸⁰ de que el silencio positivo está sometido a

⁸⁷⁸ Al respecto es bastante ilustrativo el ejemplo atribuido a ROYO MARTÍNEZ "según el cual la diferencia existente entre prescripción y caducidad es la misma que hay entre un perro y una mariposa: un perro puede aguantar treinta días sin comer ni beber y, tras ellos, moriría, pero si a los veintinueve días se le da agua y comida, se recupera y puede subsistir de nuevo otros treinta días más; sin embargo, la mariposa nace para vivir veinticuatro horas y, tras ese tiempo, por más que antes la mimen, perece sin remedio". La cita la extraemos de GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo: *La caducidad... op. cit.* p. 514, nota 693.

⁸⁷⁹ Vid. las SSTs de 16 de marzo de 1966 (ref. Ar. 2.252), 27 de enero de 1968 (ref. Ar. 435), 12 de marzo de 1968 (ref. Ar. 1.398), 16 de marzo de 1968 (ref. Ar. 1.298), 19 de octubre de 1968 (ref. Ar. 4.494), 16 de enero de 1974 (ref. Ar. 413), 24 de octubre de 1978 (ref. Ar. 3.871), 10 de marzo de 1980 (ref. Ar. 2.141), 13 de octubre de 1981 (ref. Ar. 4.138), 18 de abril de 1983 (ref. Ar. 2.098), 27 de febrero de 1989 (ref. Ar. 1.706). La STS de 22 de noviembre de 1969 (ref. Ar. 5.155) habla de plazo preclusivo.

⁸⁸⁰ Vid. en este sentido a JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: "Silencio administrativo: un análisis de jurisprudencia" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, p. 158; FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis-Carlos: "El silencio positivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, pp. 186 y 184-186; REYES MONTERREAL, José María: "Las resoluciones administrativas tardías" en *RAP* 78, 1975, p. 282; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* pp. 155-160.

plazos de caducidad y, por tanto, éstos se suspenden y no se interrumpen. Es decir, que la suspensión del plazo del silencio positivo "no supone o produce el efecto de tener que iniciar nuevamente el cómputo de la totalidad del plazo" ⁸⁸¹. De tal forma que de la lectura de numerosos pronunciamientos judiciales se puede advertir la existencia de un principio de no interrupción del silencio positivo como partícipe del régimen de la caducidad. Es paradigmático el razonamiento que nos ofrece la STS de 19 de octubre de 1969:

"[...] que el silencio positivo, tal como lo instauran el artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo, en relación con el 32 de la Ley del Suelo, no viene a participar de la naturaleza de la prescripción, pues mientras ésta tiene por objeto y fundamento la sujeción a un término más o menos largo de los actos de ejercicio para poner fin a la incertidumbre de derechos, consolidando por el transcurso del tiempo un estado de hecho al que confiere permanencia jurídica en virtud del abandono del goce de la cosa o del ejercicio de la acción, ya que como ésta, como todo derecho potestativo, es un poder meramente ideal para perseguir determinados efectos de la actuación de la Ley, sino de la naturaleza de la caducidad cuya característica es constituir un hecho jurídico administrativo, y no un acto, y cuya eficacia no está relacionada con la voluntad, sino con el transcurso del plazo legalmente fijado; condición que acentúa su fundamento en el carácter público del procedimiento y en la necesidad de evitar su duración excesiva cuando se trata de las excepcionales aplicaciones del silencio positivo que el ordenamiento administrativo admite con significativa mutación del principio general del silencio administrativo."

⁸⁸¹ Vid. las SSTs de 16 de enero de 1974 (ref. Ar. 413) y 24 de octubre de 1978 (ref. Ar. 3.871). Recientemente la STS de 10 de marzo de 1992 (ref. Ar. 3.256) señala que: "[...] de suerte que producida la notificación de las deficiencias subsanables, deja de correr el plazo y llevada a cabo la subsanación vuelve a correr aquél, teniendo en cuenta el lapso temporal anterior a dicha notificación, hasta completar el plazo necesario: éste se obtiene, pues, sumando los tiempos anteriores a la notificación de las deficiencias subsanables y posterior a la subsanación [...]."

Interesa resaltar a nuestro entender este último extremo que figura en los razonamientos de la sentencia: evitar la excesiva duración de los procedimientos cuya normativa es de orden público. Si bien, según nuestra opinión, cabría profundizar más puesto que la apertura del procedimiento administrativo trae causa en la existencia de una previa potestad. Con el establecimiento del silencio positivo se viene a dar preferencia a los derechos de los particulares que no pueden quedar indefinidamente pendientes, a la expectativa, de si la Administración ejercita sus potestades administrativas como son las que se derivan normalmente de las funciones de control y dirección de la Administración sobre la actividad de los particulares ⁸⁸².

Este criterio coincidente con el régimen jurídico de las caducidades se considera el único congruente con la figura del silencio positivo puesto que:

"[...] cuando la Ley sanciona la inactividad de la Administración con la declaración de derechos que supone el silencio positivo, sería contrario a la propia institución que la Administración dispusiese de facultades de producir sucesivos actos de interrupción del plazo del silencio para comenzar a computar el taxativo plazo fijado por una norma legal una y otra vez hasta el infinito ⁸⁸³."

La legislación, por su parte, acostumbra a utilizar indistintamente las expresiones "interrupción" y "suspensión" para referirse al cómputo de los plazos del silencio. Sin embargo, no cabe deducir de ello una voluntad normativa orientada a establecer regímenes

⁸⁸² Para ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, la caracterización del silencio positivo como plazo de caducidad responde al juego combinado de dos exigencias: a) la necesidad de alzar taxativa y rígidamente un principio de garantía como arbitrio que asegure las posiciones subjetivas que el ordenamiento otorga a los administrados; b) el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, cuya actuación ha de inspirarse en principios de economía, celeridad y eficacia. *Vid.* de este autor "Silencio positivo..." *op. cit.* p. 19.

⁸⁸³ *Vid.* la STS de 16 de enero de 1974 (ref. Ar. 413).

diferenciados ⁸⁸⁴. En realidad, estamos en muchas ocasiones ante una mera utilización terminológica imprecisa, a la cual no debe darse mayor relevancia. Por ello aunque pudieran utilizarse a lo largo de este trabajo tales expresiones, especialmente al aludir a cierta normativa, ello no debe llevar a confusión sobre la verdadera naturaleza de los plazos de cómputo del silencio.

1.2.- La atenuación del carácter automático del silencio positivo: la suspensión del plazo

La previsión por la normativa vigente de casos en los que procede la suspensión del plazo constituye, como acertadamente ha sido puesto de relieve, una atenuación del principio de automatismo en la formación del silencio administrativo positivo ⁸⁸⁵. La Administración puede requerir al interesado para que aporte la documentación esencial que faltaba para poder resolver la solicitud formulada o bien requerir al mismo para que subsane los defectos del proyecto formulado para adecuarlos a la legalidad vigente ⁸⁸⁶. Desde este planteamiento, es perfectamente lógico que en estos casos no corra el plazo para la formación del silencio positivo pues no cabe hablar de una inactividad administrativa sino que la conducta pasiva es imputable, en estos casos, al particular. La jurisprudencia venía a justificar tal postura distinguiendo entre la inactividad de la Administración y la inactividad del particular durante

⁸⁸⁴ Un ejemplo de la utilización indistinta de estas expresiones puede encontrarse en el art. 117.2 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo (BOE 186, de 5 de agosto de 1995): "[...] el requerimiento de éstas por la Consejería competente en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo suspenderá la instrucción del procedimiento y, por tanto, interrumpirá el cómputo del plazo máximo para resolver sobre la calificación; suspensión e interrupción que deberá notificarse al interesado."

⁸⁸⁵ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho...* op. cit. p. 155.

⁸⁸⁶ Así, por ejemplo, lo disponía el antiguo art. 107 del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Gobernación, aprobado por Decreto de 31 de enero de 1947: "Todos los plazos que en este Reglamento se fijan para las actuaciones en el procedimiento dentro de las oficinas del Ramo de Gobernación sólo empezarán a contar desde el momento en que el estado del expediente respectivo permita practicar aquéllas, *considerándose en suspenso mientras los interesados a los organismos o centros oficiales competentes, según los casos, no aporten los documentos, informes o cualesquiera otros elementos de juicio que se les hubiera requerido con tal fin* (la cursiva es nuestra)."

la tramitación del procedimiento ⁸⁸⁷. Hasta tal punto que la inactividad de la Administración constituye, coherentemente con esta postura, un presupuesto básico o elemento constitutivo del silencio positivo ⁸⁸⁸. Por tanto, se exigía para que pudiera entenderse producido el silencio positivo que el expediente estuviera completo o ultimado y la Administración pudiera resolver sobre el mismo ⁸⁸⁹. Alguna jurisprudencia venía a precisar además que no es que se hubiera suspendido el plazo, sino que éste no había llegado siquiera a iniciarse ⁸⁹⁰.

Una forma de superar esta dialéctica sería que en el momento de presentación de la instancia, la Administración señalara en el recibo correspondiente, en el que se acredita la fecha de entrada en el registro, los defectos observados y el plazo en que pudieran subsanarse, con lo que de esta forma se evitarían comunicaciones añadidas. Tal es la práctica que empieza a implantarse en algunas de las denominadas "ventanillas únicas" ⁸⁹¹, según ha advertido el profesor BORRAJO INIESTA, con la ventaja añadida de que se evitaría ciertas prácticas

⁸⁸⁷ Es sintomática en este sentido la STS de 6 de abril de 1970 (ref. Ar. 2.144): "[...] no es ciertamente la pasividad de la Administración que es en el fondo la justificadora de la doctrina que se invoca la causante de la dilación, sino la del solicitante, cuya demora no puede sopena de dejar en sus manos la operatividad del silencio administrativo, traducirse en el otorgamiento *ope lege* de la autorización solicitada."

⁸⁸⁸ Esta afirmación es sostenida por la STS de 29 de septiembre de 1975 (ref. Ar. 4.541) en los siguientes términos: "[...] falta evidentemente el presupuesto básico de la inactividad administrativa - pasividad de la Administración que, reprochable en cuanto injustificado incumplimiento del deber legal de resolver, tiende a prevenir y corregir esa presunción con función de garantía asignable por naturaleza al silencio administrativo - , que es obviamente elemento constitutivo de esta institución sin cuya efectiva concurrencia no puede aplicarse la misma ni, consiguientemente, entenderse producidos sus naturales efectos." Por su parte la STS de 11 de mayo de 1977 (ref. Ar. 3.059) exige como "[...] presupuesto indispensable [...] la total inactividad de la Administración [...]." Asimismo la STS de 21 de marzo de 1980 (ref. Ar. 1.040) considera "[...] que por definición el silencio administrativo exige inactividad de la Administración [...]." Con bastante rigidez se pronuncia la STS de 30 de septiembre de 1981 (ref. Ar. 218) al exigir "[...] la más rigurosa observancia de una total ausencia de actividad en el expediente [...].", así como la STS de 14 de octubre de 1977 (ref. Ar. 3.849): "[...] inactividad que, además, ha de corresponder por entero o ser imputable al Órgano administrativo competente [...]."

⁸⁸⁹ *Vid.* las SSTS de 28 de enero de 1974 (ref. Ar. 653), 21 de noviembre de 1974 (ref. Ar. 4.684); 20 de mayo de 1975 (ref. Ar. 2.739); 30 de marzo de 1976 (ref. Ar. 2.191); 28 de abril de 1978 (ref. Ar. 1.869); STS de 17 de octubre de 1978 (ref. Ar. 3.756); STS de 5 de octubre de 1981 (ref. Ar. 4.063).

⁸⁹⁰ *Vid.* STS de 10 de octubre de 1978 (ref. Ar. 3.325).

⁸⁹¹ Sobre estos instrumentos de simplificación y agilización administrativa volveremos en el capítulo cuarto de este estudio, donde abordaremos su particular problemática.

viciosas como la negativa a recibir instancias incompletas y lo que es más importante se enervarían *ab initio* los plazos del cómputo del silencio ⁸⁹².

Admitida la posibilidad de suspensión de los plazos para el cómputo del silencio, procede examinar los casos en que ésta se lleva a cabo. Cabe advertir que no encontramos en la normativa general sobre el silencio administrativo unos supuestos tasados donde se produzca la suspensión del plazo de caducidad, sino que ha sido la jurisprudencia quien ha ido estableciendo los supuestos en que se producía tal situación ⁸⁹³. Sin embargo, en el ámbito local, encontramos un precepto que ha ido marcando la pauta en esta materia. Nos referimos al art. 9 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (BOE 196, de 16 de julio de 1955), que, en materia de licencias municipales, señala en sus apartados 4 y 6 que: "Si resultasen deficiencias subsanables, se notificarán al peticionario antes de expirar el plazo a que se refiere el número 5º para que dentro de los quince días pueda subsanarlas"; "El cómputo de estos plazos quedará suspendido durante los quince días que señala el número 4º, contados a partir de la notificación de la deficiencia" ⁸⁹⁴. Tales deficiencias no serán meramente formales, de

⁸⁹² Vid. BORRAJO INIESTA, Ignacio: "Las Diputaciones provinciales y el desarrollo económico" en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Ed.): *La provincia en el sistema constitucional*, Ed. Diputació de Barcelona y Civitas, Madrid, 1991, pp. 431-432.

⁸⁹³ Así la STS de 6 de marzo de 1965: "El plazo de seis meses señalado en el número 2 del artículo 32 de la Ley del Suelo supone, como en general todas las hipótesis de aplicación del silencio administrativo positivo, la inactividad de la Administración encargada de resolver; por lo que tal plazo se corta o se interrumpe cuando esta requiere a la persona o entidad iniciadora de la tramitación para que aporte o complete datos o documentos o repare deficiencias subsanables, porque estima que ello es necesario para la resolución del asunto." Asimismo en la STS de 27 de noviembre de 1965 se "considera interrumpido el plazo -y, por tanto, no se produce la aprobación presunta - cuando el Presidente el organismo remite a la Corporación un dictamen del Arquitecto Jefe técnico en el que señala algunos defectos que deben ser subsanados."

⁸⁹⁴ En la actualidad alguna normativa específica también ha recogido algún supuesto de suspensión. Así, por ejemplo, el reglamento de adecuación de procedimientos en materia de derechos de propiedad industrial, aprobado por RD 441/1994, de 11 de marzo (BOE 84, de 8 de abril de 1994) establece para diversos supuestos que en el caso que "un Juez o Tribunal decretara la suspensión de un procedimiento en curso, los plazos anteriormente previstos quedarán interrumpidos hasta que el Tribunal competente notifique el levantamiento de la suspensión". Con mayor detalle debe aludirse al art. 5.3 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de participaciones públicas en determinadas empresas (BOE 72, de 25 de marzo de 1995). Según nos cuenta la Exposición de Motivos de la citada Ley la regulación de los supuestos de caducidad responde a exigencias comunitarias pues el Reglamento CEE 4064/89, de 21 de diciembre, contempla la intervención del

presentación de los documentos exigidos en cada caso, sino también y fundamentalmente de carácter técnico sobre el contenido de los informes y proyectos que deban presentarse.

Respecto a la exigencia de documentos y datos a los particulares debe ponerse de relieve la consagración como derecho de los ciudadanos el de no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante (art. 35.f de la LRJPAC), si bien la efectividad material y temporal de este derecho deberá ser objeto de desarrollo reglamentario ⁸⁹⁵. En estos casos lo que si parece preciso o cuando menos razonable es que el particular identifique el procedimiento en el cual aportó ya aquella documentación o dé las pautas precisas a la Administración para que pueda localizarlo. De igual forma, parece también exigible que no hubiera transcurrido un plazo excesivamente largo desde que finalizó el procedimiento del cual ahora se interesa una determinada aportación documental. En los casos de que la Administración hubiera extraviado o perdido la documentación aportada e identificada correctamente por el interesado, le corresponderá la carga de solicitarla de nuevo al particular, momento hasta el cual el plazo habrá transcurrido.

Por su parte, la jurisprudencia ya había venido apuntando que la Administración no podía realizar requerimientos en los que solicitara cualquier tipo de documentación al interesado con la finalidad de evitar la producción del silencio. Se quería evitar, de esta forma, que la producción del silencio positivo quedara en manos de la Administración con la simple técnica

órgano comunitario-europeo competente por iniciativa propia o del órgano estatal competente.

⁸⁹⁵ Téngase en cuenta la disposición final de la LRJPAC que habilita al Consejo de Ministros a dictar disposiciones de aplicación y desarrollo, en particular, para las que se refieran a la efectividad material y temporal del derecho reconocido en el artículo 35.f). Fruto de esta habilitación legal han sido por ejemplo el art. 4.2 del Reglamento para el procedimiento de subvenciones públicas, aprobado por RD 2.225/1993, de 17 de diciembre y el art. 2 del Reglamento de los procedimientos de autorizaciones, aprobado por RD 1.778/1994, de 5 de agosto. El carácter "revolucionario" que podría derivarse del derecho contenido en el último inciso de este precepto ha impuesto una necesaria cautela al legislador, al remitirse al reglamento. Cautela que deberá atemperarse, de acuerdo con los principios generales del Derecho, en aquellos casos que este desarrollo reglamentario bien no se produjera o bien dejara vacío de contenido este derecho. Cabría desde esta perspectiva realizar la interpretación más favorable a la efectividad del derecho.

de solicitar cualquier tipo de documentos ⁸⁹⁶. Por tanto, en estos casos no cabrá hablar de posibles suspensiones del plazo del silencio pues la Administración no podrá intimar al particular para que aporte tal documentación, quedando a la voluntad del mismo el querer o no aportarlos en el procedimiento.

Cuando nos encontremos ante la falta de documentos y datos de carácter esencial, la Administración deberá requerir al particular para que subsane tal documentación y en caso de no aportarse en el plazo establecido, se declarará la caducidad del procedimiento ⁸⁹⁷, impidiéndose la formación del silencio positivo y extinguiéndose la obligación de resolver que el ordenamiento atribuye a la Administración pública. Desde el requerimiento, y entendiendo que la no aportación de documentos y datos de carácter esencial constituyen deficiencias subsanables por el particular en el período de quince días que establece el 9.6 del RSCL, se habrá producido la suspensión del plazo de caducidad en el ejercicio de la potestad administrativa. Si bien la citada causa de suspensión parece, siguiendo una interpretación estricta del precepto, ceñirse exclusivamente a las licencias o autorizaciones municipales ⁸⁹⁸. Por lo que respecta a las autorizaciones estatales hay que señalar la deficiente técnica normativa seguida por numerosos reglamentos de adecuación, entre los cuales podemos destacar el dictado en materia de autorizaciones que aprueba el RD 1778/1994, de 5 de agosto (BOE 199, de 20 de agosto de 1994), donde las causas de

⁸⁹⁶ Es de resaltar en esta línea la STS de 22 de abril de 1986 (ref. Ar. 2.954): "[...] hay que entender que, en principio, no cabe dejar en manos de la Administración la posibilidad de interrumpir (*sic*) a su arbitrio el cómputo del plazo mediante el cómodo recurso de requerir al beneficiario de esa figura jurídica la aportación de documentos, salvo que se trate de aquéllos cuya aportación sea indispensable para resolver y cuya no aportación podría acarrear la caducidad del procedimiento administrativo."

⁸⁹⁷ Así la STS de 1 de octubre de 1986 (ref. Ar. 6.404) advierte que: "Al silencio positivo no cabe objetarle que su cómputo no pudo iniciarse por no haberse acompañado a la solicitud la documentación preceptiva, ya que si el Ayuntamiento hubiera apreciado algún defecto en este sentido, pudo y debió ponerlo de manifiesto al solicitante para que lo subsanara."

⁸⁹⁸ En el ámbito municipal de Catalunya el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio (DOGC 2066, de 23 de junio de 1995) si bien no establece supuestos de suspensión parece dar por supuesto en el art. 82 que la corrección de las deficiencias constituye un plazo diferenciado de los establecidos para otorgar o denegar de manera motivada las licencias. En realidad no se tratan de dos plazos diferenciados, sino de un único plazo suspendido por un período que a falta de otra regulación deberá considerarse que es el de quince días establecido por el art. 9.6 del RSCL.

suspensión brillan por su ausencia. Teóricamente la excepcionalidad de las causas de suspensión exigiría su previsión normativa específica ⁸⁹⁹, si bien en ciertos casos la jurisprudencia deberá modular y matizar tal situación, corriendo el riesgo en caso contrario de llegar a situaciones absurdas.

Con relación a este tema puede encontrarse una regulación de interés, por la problemática que plantea, en el art. 115 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo (BOE 186, de 5 de agosto de 1995). Este precepto que hace referencia al juego del silencio administrativo positivo en los procedimientos de aprobación de los instrumentos de planeamiento general establece, en su primer apartado, que el se entiende aprobado el plan "por el solo transcurso de cuatro meses desde el ingreso del expediente completo", disponiéndose en su apartado segundo que el plazo "podrá ser interrumpido por una sola vez mediante requerimiento de subsanación de insuficiencias o deficiencias del expediente remitido." Por tanto, hay que preguntarse si en este caso la falta de aportación de documentos no inicia el procedimiento (se exige el ingreso del expediente completo) o bien si éste ya se ha iniciado y, por tanto, ante la insuficiencia o deficiencia detectada deberá requerirse al interesado para suspender el plazo del cómputo. Para evitar una posible contradicción entre ambos apartados, cabría interpretar que la presentación incompleta del expediente impide el inicio del cómputo y que el requerimiento tan sólo sería aplicable no en caso de defectos meramente formales, sino deficiencias o insuficiencias de carácter sustancial. Ahora bien, debe señalarse que la ley no distingue en este punto, pudiéndose llegar a considerar que el plazo ya se ha iniciado. Y de esta forma, cuando no se produce el ingreso completo del expediente deberá mediar un requerimiento previo de la Administración pública para que se subsanen los defectos observados y evitar la producción

⁸⁹⁹ En la STS de 18 de abril de 1983 (ref. Ar. 2.098) después de calificar el plazo para la producción del silencio positivo como plazo de caducidad, se señala: "Que la imposibilidad de interrumpir el plazo de caducidad mediante actuaciones administrativas concretas, debe en general, rechazarse, como contrario que es a la naturaleza general de la caducidad, de tal manera que dichas interrupciones no deben admitirse más que en aquellos casos o supuestos en que la norma lo establece expresamente, cual sucede con el núm. 6 del párr. 1 del art. 9 del Reglamento de servicios [...]; más no en ningún otro caso, porque de entenderlo así sería colocar la aplicación de esta doctrina en manos de la Administración, que podría, a su antojo, aplicarla o no, valiéndose para desvirtuarla del medio de pedir informe aplazando así indefinidamente la resolución."

del silencio.

Como regla general tampoco es objeto de regulación el contenido del requerimiento y la forma en que éste haya de efectuarse para que cobrar virtualidad suspensiva respecto al plazo de producción del silencio positivo. Un contenido mínimo razonable podría ser: precisar los defectos a subsanar, el plazo otorgado para su subsanación (el cual deberá ser adecuado a la entidad y complejidad de ésta) y contener la advertencia de declaración de caducidad del procedimiento en caso de no cumplirse en debida y suficiente forma ⁹⁰⁰. En cuanto a la forma de realizar el requerimiento no basta, a nuestro entender, con dictar el acto sino que éste debe notificarse al interesado, según ha entendido reiteradamente la jurisprudencia ⁹⁰¹, pues de otra forma la Administración podría evitar su producción recurriendo a la técnica de poner una fecha anterior a la que realmente se produce. Con todo, se han señalado la existencia de determinadas peculiaridades por lo que se refiere al requerimiento en ciertos ámbitos, como la aprobación de planes de urbanismo en los que interviene la iniciativa particular. Tal es la postura del profesor LÓPEZ RAMÓN ⁹⁰² quien partiendo de la distinción entre comunicación y notificación ⁹⁰³, señaló que el destinatario del requerimiento es la Administración que ha realizado la aprobación inicial. Por tanto, argumentaba que para evitar la aprobación definitiva por silencio administrativo bastará comunicar a esta Administración la decisión correspondiente. Esta construcción doctrinal, ha

⁹⁰⁰ En sentido parecido encontramos el art. 118.4 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, citada anteriormente.

⁹⁰¹ La STS de 7 de febrero de 1978 (ref. Ar. 577) establece que: "[...] lo único relevante es la notificación y no la resolución y por ello si la notificación no se ha producido dentro del plazo de 6 meses se entenderá aprobado definitivamente el Plan por silencio administrativo."

⁹⁰² *Vid.* de este autor: "Aprobación de planes de urbanismo por silencio administrativo (el cómputo del plazo)" en *RAP* 82, 1977, pp. 177-210.

⁹⁰³ El art. 78 de la LPA al que alude LÓPEZ RAMÓN parecía reservar el término comunicación cuando ésta se producía entre órganos administrativos, mientras que notificación sería la puesta en conocimiento de las decisiones administrativas a los particulares con los requisitos legalmente establecidos. En la actualidad el antiguo art. 78 de la LPA ha sido sustituido por el art. 19 de la LRJPAC, encontrándose además otros preceptos donde la comunicación se utiliza en relaciones interadministrativas: art. 4.3 ("La negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante) y art. 10 (*Comunicaciones* a las Comunidades Europea).

tomado otros cauces a raíz de la evolución jurisprudencial que se ha venido produciendo desde entonces hasta nuestros días. En efecto, los Tribunales son constantes en señalar en el caso de licencias municipales que si el Ayuntamiento pierde su competencia para resolver a raíz de la comunicación formulada por la Administración superior, ello no afecta a la posible producción del silencio positivo, pues este procedimiento está establecido en garantía del particular. Mientras no se produce la comunicación interadministrativa, en la que la Administración superior reclama el expediente, el Ayuntamiento no pierde su competencia, produciéndose la subrogación municipal. Por tanto, si bien tal comunicación tiene efectos en orden a la pérdida de competencias de una Administración en el seno de unas relaciones interadministrativas, no puede servir, en cambio, para disminuir las garantías de los ciudadanos⁹⁰⁴. Tal doctrina si bien es construida básicamente en el ámbito de las licencias debe extenderse a nuestro entender al planeamiento, pues en el caso de la intervención de particulares en su elaboración, el silencio positivo no juega únicamente como un mecanismo de relaciones interadministrativas, sino también como un instrumento previsto para que la inactividad administrativa en la potestad planificadora no pueda dejar indefinidamente condicionado determinadas facultades del derecho de propiedad, según hemos tenido oportunidad de señalar bajo epígrafes anteriores de este trabajo.

También reviste singular interés la incidencia de los informes en el cómputo de los plazos. Sin perjuicio de que este tema sea objeto de un análisis ulterior en el capítulo tercero de este estudio, pueden anticiparse en este momento algunos de los problemas interpretativos que se suscitan. En el supuesto de los informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento al no poderse obviar en la tramitación por el mero transcurso del tiempo, el art. 83.3 de la LRJPAC señala que "se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos". Podemos preguntarnos en este caso si se está aludiendo exclusivamente a los trámites sucesivos o si la no emisión del informe comporta la suspensión del plazo total para resolver el procedimiento. A nuestro modo de ver esta posible "interrupción" si bien

⁹⁰⁴ Vid. FONT I LLOVET, Tomàs: "Les llicències urbanístiques i l'autonomia municipal" en *Món Jurídic* 119, noviembre-diciembre 1994, pp. 32-34.

puede afectar a la falta de responsabilidad de los sucesivos funcionarios u órganos que deban tramitar el procedimiento no comporta que el particular deba verse sometido a dilaciones que no dependen de él solucionar ⁹⁰⁵. De otro modo, se produciría la paradójica situación que la propia inactividad de la Administración generaría la suspensión del plazo de producción del silencio positivo. Estamos ante una obligación de la Administración que es la de procurarse la obtención de los citados informes durante la tramitación del procedimiento, sin que sea imputable al ciudadano el tener que ir detrás de los órganos administrativos competentes para que realicen su labor ⁹⁰⁶.

Si bien el ordenamiento jurídico-administrativo no regula con carácter general los supuestos de suspensión de los plazos de caducidad en el ejercicio de una potestad administrativa, pudiera pensarse en acudir de forma supletoria a otro tipo de ordenamientos como el civil o penal. Respecto al ordenamiento civil cabe señalar que si bien regula con cierto detalle el régimen jurídico de la prescripción no ocurre lo mismo con la caducidad que tan sólo es objeto de disposiciones dispersas y en las que se atañe a ámbitos muy concretos y específicos. Por lo que respecta al Derecho penal cabe citar el art. 114 de la Ley de enjuiciamiento criminal, según el cual: "Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndose, si le hubiese en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia en firme en la causa criminal". No obstante, si bien en procedimientos como los sancionadores puede ser habitual esta causa de suspensión, no parece que lo sea de igual modo en otro tipo de procedimientos, como son los iniciados a instancia de parte, donde se produce el silencio positivo. Cabe decir, sin

⁹⁰⁵ Para la STS de 2 de noviembre de 1987 (ref. Ar. 7.757): "La entrada en juego del silencio administrativo positivo contemplada en el artículo 6.4 del RD 177/1981, de 16 de enero, regulador de la constitución y registros de los clubs y Federaciones Deportivas, no puede quedar enervada por la circunstancia de que no se contase con el informe favorable de la Federación o Federaciones competentes y la aprobación por el Consejo Superior de Deportes, pues estos trámites, así como los correspondientes a los informes y aprobación de las Federaciones por el Pleno del Consejo Superior de Deportes han de realizarse en el expediente que se instruye, a partir de la correspondiente solicitud [...]."

⁹⁰⁶ En la STS de 10 de octubre de 1978 (ref. Ar. 3.325) se advierte como determinados informes en el correspondiente procedimiento se configuran "[...] como prueba en su seno al señalar que los "recabará el Ayuntamiento de los organismos interesados", con lo cual la obligación de aportarlo queda atribuida a la Administración [...]."

embargo, que es posible que la Administración ante una situación ilegal inicie un procedimiento sancionador y, mientras éste se sustancia, la persona interesada solicite la legalización de esa actividad. En estos casos, si el acto que se pretende obtener a través del silencio positivo depende estrechamente de la resolución de un procedimiento sancionador, la jurisprudencia considera que no transcurre el plazo ⁹⁰⁷.

2.- El silencio administrativo en el ejercicio de potestades de control y autorización sobre actividades privadas

2.1.- El silencio positivo como límite al ejercicio de potestades administrativas

En 1965 el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA define el silencio positivo como "una técnica material de intervención policial o de tutela que viene a hacer más suave las exigencias de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa previa". Según esta interpretación "el silencio positivo viene en rigor a sustituir esta técnica de la autorización o aprobación previas por la de un veto" ⁹⁰⁸. Se distinguía, de esta forma, la diversa naturaleza del silencio administrativo positivo y negativo que acostumbraban a aparecer confundidos por la doctrina y la jurisprudencia, al considerarse como efectos diferentes de una misma institución. La tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA ha sido recogida

⁹⁰⁷ Vid. la STS de 17 de mayo de 1993 (ref. Ar. 3.487): "Aunque ciertamente como alega el actor en supuestos de obras o instalaciones menores, y las de cerramiento han sido calificadas así por conocida y reiterada jurisprudencia, opera el silencio administrativo positivo conforme al art. 9.1.5 y 7 c) del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, habiéndose superado el plazo de un mes, aun con la interrupción por la petición municipal de antecedentes, desde que el actor solicitó en 25-5-1989 la licencia hasta que se le denegó expresamente en 21 de julio siguiente, lo que, en principio conforme a la abundante doctrina del Tribunal Supremo que invoca conduciría a la aceptación de su tesis principal de concesión de licencia, es evidente, sin embargo que en el caso presente, como opone la Corporación demandada, no puede operar esta doctrina en cuanto el procedimiento fue iniciado, de oficio, por el Ayuntamiento de Ballesteros de Calatrava por Decreto de 10-5-1989, ante la denuncia de la ejecución de obras sin licencia y en aplicación del art. 29 del Reglamento de disciplina urbanística. En este sentido el Tribunal Supremo (S. 11-11-1985) y en un supuesto de cierto paralelismo con el presente de obras menores ejecutadas sin licencia declaró que mientras no se resuelva el expediente sancionador no existe término hábil para conceder expresa o por silencio administrativo, una licencia cuya legalidad depende del resultado del mencionado expediente."

⁹⁰⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso" ... *op. cit.* pp. 226 y 227.

acríticamente por parte de la doctrina ⁹⁰⁹, e incluso ha llegado a ser positivizada en los considerandos de algunas sentencias ⁹¹⁰.

Las posiciones de GARCÍA DE ENTERRÍA son llevadas a sus últimas consecuencias en un trabajo de MARTÍN MATEO ⁹¹¹. Según este autor la técnica del silencio positivo es inadecuada en el campo de las autorizaciones administrativas, ya que para este autor el silencio positivo "sólo puede tener el sentido de inejercicio de potestades prohibitorias

⁹⁰⁹ Recogen expresamente la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA los siguientes autores: MARTÍN MATEO, Ramón: "Silencio positivo y actividad autorizante" en *RAP* 48, septiembre-diciembre 1965, p. 209; FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis Carlos: "El silencio positivo en la jurisprudencia del TS..." *op. cit.* p. 165; DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Ed. Civitas y Secretariado de la Universidad de Alicante, 1992, p. 305. En cambio, se muestra crítico con esta tesis GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho...* *op. cit.* pp. 85-86. Según tal autor "[...] esta configuración puede ser válida para los casos de fiscalización interorgánica o interadministrativa, pero no propiamente en los demás casos [...]. No se olvide que, en cualquier caso, no se trata simplemente de que, transcurrido determinado plazo durante el que la Administración no se pronuncia, pueda actuar sin más en el sentido solicitado, sino que deberán concurrir los demás requisitos [...], destacando que lo solicitado tiene que ser acorde con la legalidad (no cabe el silencio positivo contra ley), y que la solicitud deberá haberse formulado acompañada de la documentación precisa, del forma que, si no se dan estos requisitos, no operará el silencio positivo por más que la Administración haya permanecido pasiva durante el plazo previsto al efecto. Por ello, no se trata propiamente de un derecho de veto de la Administración, al menos, como se dice en todos los casos. Además tal solución pugnaría con la configuración del silencio positivo como productor de un acto presunto (o con valor equivalente a un verdadero acto)." Debe advertirse que parte de las afirmaciones transcritas han perdido sentido en la actualidad por obra del legislador (por ejemplo el tema del silencio positivo *contra legem* al tipificarse un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho en el art. 62.1.f de la LRJPAC). Por otro lado la crítica del citado autor no incide, a nuestro entender, en los aspectos más relevantes a los cuáles nos conduce la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA.

⁹¹⁰ *Vid.* la STS de 21 de marzo de 1980 (ref. Ar. 1040): "[...] por definición el silencio administrativo exige inactividad de la Administración, es decir que se parte de la inexistencia del acto [...] para entender concedido el ejercicio de una actividad que la Administración no prohibió ejercer mediante un acto expreso dentro del plazo en que pudo prohibirla [...]; la STS de 22 de febrero de 1983 (ref. Ar. 919): "[...] el silencio positivo puede ser conceptualizado, a la vista de su configuración legal, como una técnica que opera con el carácter de veto susceptible de ser ejercitado durante un plazo limitado, dando lugar una vez transcurrido a un acto de contenido idéntico al que se hubiera producido de haberse pronunciado la Administración de modo afirmativo [...]."; STS de 10 de abril de 1984 (ref. Ar. 1989): "[...] la institución del silencio administrativo positivo es una técnica material que sustituye a la autorización o aprobación por un veto susceptible de ejercitarse en plazo determinado [...]."; STS de 13 de abril de 1993 (ref. Ar. 2675): "El silencio positivo de la Administración, lo configura la doctrina como una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa; en rigor sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado."

⁹¹¹ *Vid.* MARTÍN MATEO, Ramón: "Silencio positivo y actividad autorizante" en *RAP* 48, 1965, p. 209.

durante el período en que se prevé legalmente que puede utilizarse", mientras que las "autorizaciones, propiamente dichas, otorgadas a los particulares, exigen, por el contrario, inexcusablemente la constatación por la Administración de la concurrencia de las circunstancias precisas para el ejercicio de unas determinadas actividades" ⁹¹². La lógica del sistema impone, según este autor, que si se opta por la técnica de la autorización debe llegarse a sus últimas consecuencias.

Ahora bien, para un mejor comprensión del alcance y las consecuencias que se derivan de esta tesis, creemos que debe acudir al debate que enfrentó a dos grandes juristas italianos de principios de siglo sobre las autorizaciones administrativas y el ámbito del silencio.

El objeto de la discusión recaía sobre aquellas situaciones donde el ciudadano tiene la obligación antes de proceder a realizar ciertos actos de comunicárselo a la Administración, la cual tiene solamente la facultad de vetar la actuación que se pretende llevar a cabo. Según RANELLETTI (1894) en estos casos concurrían los elementos de la autorización pues si la Administración no impone su veto "mientras tiene no sólo la facultad, sino el deber de hablar, como protectora de la sociedad, este silencio debe valer como consenso y constituye un acto administrativo de naturaleza perfectamente igual a aquellos hechos por medio de una declaración expresa ⁹¹³." En cambio para DONATI (1903) la facultad de veto no puede encuadrarse en el concepto de autorización ⁹¹⁴. Para este autor es cierto "que en algunos casos también el silencio puede valer como voluntad directa para autorizar, pero ello solo cuando a aquél a quien compete la facultad de autorizar, provocado a hablar, esto es puesto

⁹¹² La jurisprudencia ha advertido "la intrínseca dificultad de adaptar la solución positiva del silencio a la mecánica autorizatoria, en cuanto la delimitación de los derechos, la ponderación y la valoración de los intereses en conflicto no puede en muchas ocasiones ser soslayada sin incurrir en graves consecuencias." *Vid.* SSTS de 28 de enero de 1974 (ref. Ar. 653), 25 de mayo de 1975 (ref. Ar. 2.739) y 4 de diciembre de 1975 (ref. Ar. 4.473).

⁹¹³ *Vid.* de este autor "Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative" en *Rivista italiana per le Scienze giuridiche* 51, 1894, vol. XVIII, p. 369.

⁹¹⁴ *Vid.* de este autor *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Modena, 1903, pp. 45-49. Trabajo publicado también en *Scritti di Diritto pubblico. Raccolti a cura delle università di Modena e di Padova nel XX anniversario della morte dell'autore I*, Ed. CEDAM, Padova, 1966, pp. 431-435.

en la condición de ser obligado a responder calla." Al examinar las hipótesis que RANELLETTI tomaba como ejemplo señala que "la autoridad pública no tiene ninguna obligación jurídica de hablar: ésta tiene sólo una facultad, y la facultad, atiéndose bien, no de remover, sino de oponer con su declaración de voluntad un obstáculo a un desarrollo de actividad, que sin aquella declaración podría legítimamente suceder, y que, quizás, se ha iniciado ya."

La gran aportación de DONATI supone la distinción entre facultad de veto y autorización. Si bien ambas tienen como punto en común la tutela del interés público sitúan al particular y a la Administración, en cada caso, en perspectivas diferentes y sometidas a un distinto régimen jurídico. Así, el acto de autorización supone una condición suspensiva de la cual depende el ejercicio de un poder, mientras que el acto de veto representa una condición resolutive. Para el primer caso, el ejercicio de la actividad no será legítimo hasta que se obtenga la resolución expresa o bien se produzca el silencio positivo al transcurrir el plazo legalmente previsto; en cambio, en el segundo supuesto, el ejercicio de la actividad será legítimo desde que se comunica a la Administración, sólo que al transcurrir además el plazo previsto, se convertirá también en seguro. El ordenamiento atribuye la potestad de veto en aquellos ámbitos en donde se señala que la actividad está sometida a comunicación previa, según la terminología española, o denuncia sustitutiva de autorización, según la expresión italiana.

La distinción realizada por DONATI será recogida por otros autores italianos en los que destacan especialmente TRENTIN (1915)⁹¹⁵, VALLÉS (1917)⁹¹⁶ y RESTA (1929)⁹¹⁷. Según VALLÉS para que pueda hablarse de voluntad, que se manifieste por medio del silencio, es necesario que nos encontremos de frente en una hipótesis en la cual una voluntad,

⁹¹⁵ Vid. *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, p. 488.

⁹¹⁶ Vid. *La validità degli atti amministrativi*, Ed. Athenaeum, Roma, 1917.

⁹¹⁷ Vid. RESTA, Raffaele: "Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa" en *Il Foro Amministrativo*, 1929, vol. V, p. 112.

positiva o negativa, deba necesariamente existir. Si, en cambio, es posible la alternativa entre una voluntad y una no voluntad, una inercia absoluta del sujeto, el silencio no puede adquirir relevancia jurídica, como declaración de querer. Una importancia significativa debe atribuirse a RESTA quien dedicará una notable monografía al estudio del silencio administrativo. De acuerdo con RESTA: "El silencio significa rechazo (rifiuto) siempre que con tal interpretación se quiera aludir a un ejercicio positivo de facultades administrativas; si en cambio en el poder discrecional del órgano hay un ejercicio de funciones negativas, una facultad de veto, entonces la misma presunción general que precedentemente sostiene el rechazo (rifiuto) aquí deberá sostener el asentimiento (assenso)". La influencia que tendrá la doctrina italiana, especialmente la del primer tercio de nuestro siglo, en la dogmática española explica la recepción de estas tesis.

La construcción teórica formulada por GARCÍA DE ENTERRÍA y desarrollada por MARTÍN MATEO nos plantea, en definitiva, el problema de la viabilidad del silencio positivo en el ámbito de las autorizaciones administrativa. En este planteamiento está implícito que el modelo a seguir no es tanto el silencio positivo, sino el establecer alternativas a la misma potestad autorizatoria, como es la implantación de potestades de veto en ciertos ámbitos hoy sujetos a la exigencia de autorización. Al mismo tiempo, tiene el indudable mérito de poner de relieve la incidencia del silencio en relación a las potestades administrativas, pues según veremos el tratamiento tradicional del mismo ha sido encorsetarlo dentro de los rígidos esquemas de la teoría del acto administrativo.

Ahora bien, ¿el silencio positivo transforma realmente la potestad de autorización en una potestad de veto o prohibición? Al respecto debe señalarse que el silencio positivo tal como lo concebimos actualmente pivota, a nuestro entender, no sobre el mismo contenido de la potestad sino precisamente en su ejercicio. En este sentido, la legislación, al prever el silencio positivo en el ámbito de las autorizaciones y aprobaciones administrativas, establece un plazo de caducidad al ejercicio mismo de la potestad administrativa a través de la cual se realiza la función de control, pero deja intacto el poder de la Administración. Por tanto, estamos ante un sistema donde la función administrativa de control debe ejercerse por

imperativos legales, a través de la técnica autorizatoria y donde el silencio positivo aparece como un remedio que la Ley pone al particular frente una inactividad administrativa. En cambio, la potestad de veto supone una alternativa al ejercicio de potestades autorizatorias, pero esta alternativa no se produce a través del silencio positivo, sino porque así lo dispone para aquel caso concreto el ordenamiento jurídico.

Por tanto, el silencio positivo no convierte de forma retroactiva una potestad autorizatoria en una potestad de veto. Cuando se produce el silencio positivo, la inactividad administrativa constituye un comportamiento ilegal de la Administración, pues ésta debía dictar una resolución expresa, ya sea en sentido estimatorio o desestimatorio. En cambio, en la potestad de veto, la inactividad de la Administración puede ser perfectamente legal, ya que entiende que la conducta que pretende realizar el particular está plenamente ajustada al ordenamiento jurídico, así como a las posibles exigencias de interés público que se dieran en aquél caso concreto. Tal inactividad legal no sería irrelevante, sino que produciría determinados efectos jurídicos, por cuanto a partir de un determinado plazo el particular podría realizar la correspondiente actividad.

La aceptación del silencio positivo como una forma de sustitución de la potestad autorizatoria por una potestad de veto, implicaría reconocer a la Administración una potestad discrecional consistente en optar por conceder expresamente la autorización solicitada o por permanecer inactiva y dejar que se produjera el silencio positivo ⁹¹⁸. El silencio positivo sería, por tanto, el proceder normal de las Administraciones públicas, llegando a substituir a las resoluciones expresas estimatorias, pues la Administración no estaría obligada a dictar expresamente el acto autorizatorio. Tales conclusiones contrastan con la obligación de resolver que establece la legislación vigente respecto a las solicitudes presentadas por los particulares. En cambio las conclusiones que podrían derivarse de la tesis expuesta serían que la Administración no estaría obligada a resolver los procedimientos, sino que podría intervenir cuando considerara que las pretensiones del solicitante no son ajustadas a la

⁹¹⁸ Esta situación es puesta de relieve por TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso ed esercizio... op. cit.* p. 237.

legalidad.

Por otra parte la misma existencia de un poder de revisión de oficio, una vez precluido el plazo legal para resolver, presupone la existencia de un poder previo de resolver en sentido favorable o desfavorable a la solicitud del ciudadano. Si aceptáramos que en nuestro ordenamiento positivo la introducción del silencio positivo comporta que la técnica autorizatoria se transforme en un poder de veto no estaríamos propiamente ante un poder de revisión, de replanteamiento del poder administrativo frente a una ilegalidad invalidante, sino ante una medida de limitación que instrumentaría la legislación para conseguir el restablecimiento de la legalidad alterada por el particular ⁹¹⁹.

2.2.- La comunicación previa como alternativa a la existencia de potestades administrativas

El problema de la inactividad administrativa en el ámbito de las potestades de autorización y control sobre actividades privadas puede ser planteado a través de su transformación en potestades prohibitorias o de veto. Ahora bien, y en esto debe insistirse, tal transformación no se consigue, desde el ordenamiento jurídico actual, a través del establecimiento de supuestos de silencio positivo, sino incidiendo en el contenido mismo de la potestad eliminando la obligación que tiene la Administración de resolver todas las solicitudes que pretenden el ejercicio de la actividad. Así parece más adecuado, desde esta perspectiva, substituir a las mismas autorizaciones por un régimen de comunicación previa en el cual transcurrido un plazo sin oposición, el particular pueda iniciar la actividad correspondiente. En este caso la Administración no tiene por qué resolver si considera correcta la solicitud del particular, mientras que si, por el contrario, observa ilegalidades puede ejercer su veto e impedir, para preservar el interés general, la actividad del ciudadano.

⁹¹⁹ Vid. TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso... op. cit.*

Esta propuesta fue formulada en nuestro país por SANTAMARÍA PASTOR (1986)⁹²⁰. Según este autor debe erradicarse al silencio positivo y configurar el ámbito material de éste como "un tipo de actividad privada libre sometida a una carga de comunicación previa y susceptible de ser sujeta a un condicionamiento posterior". Se consigue con ello una serie de ventajas que son dignas de considerar: la misma posibilidad que el particular realice inmediatamente la actividad sin esperar un expreso pronunciamiento administrativo, así como "se elimina un acto posiblemente ilegal y la necesidad de reaccionar contra él". Se pasa de un principio de corte autoritario - donde el ciudadano sólo puede actuar cuando ha obtenido el permiso del poder público - a un principio de autorresponsabilidad - en el que el particular puede empezar su actividad si bien respetando la normativa aplicable⁹²¹.

La propuesta formulada por SANTAMARÍA PASTOR va, sin embargo, un poco más allá recabando decididamente la colaboración con el sector privado para la elaboración de los informes técnicos o jurídicos. En base a los cuales la Administración podría continuar ejerciendo su control pero descargando de un trabajo considerable a su aparato organizativo. Se complementaría el sistema instrumentando un riguroso régimen de responsabilidades que se podría exigir a los profesionales externos en caso de que sus informes fueran claramente parciales o se falsearan datos para encubrir una actividad ilegal del solicitante.

El planteamiento señalado ha sido objeto de crítica por FERNÁNDEZ PASTRANA⁹²², según el cual la solución propugnada por aquél no es tanto una alternativa al silencio, sino

⁹²⁰ Vid. de este autor "Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada" en *Documentación administrativa* núm. 208, pág. 107-119. Recientemente esta solución es acogida por otros autores, vid. en este sentido a FONT I LLOVET, Tomàs: "Examen específico del proyecto de Ley del Estado sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas. Las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos" en AA.VV.: *Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (Seminario celebrado en Barcelona el 5 de marzo de 1992)*, Ed. Institut d'Estudis Autònòmics, Barcelona 1992, pág. 57.

⁹²¹ Vid. CORSO, Guido; TERESI, Francesco: *Procedimiento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Ed. Maggioli, Col. "Strumenti di Diritto pubblico", Rimini, 1992, p. 126.

⁹²² Vid. de este autor "Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas" en *RAP* 127, enero-abril 1992, pág. 103-142.

a la misma intervención autorizante de la Administración. Además, añade, que la decisión de suprimir los controles previos, tiene una naturaleza política que exige una actividad de ponderación de intereses, para ver aquellos supuestos en los que la eliminación de la autorización comportaría menos riesgo. Esto conllevaría la existencia de un sector si bien reducido que todavía quedaría sujeto a controles *ex ante*.

La opción por la que se decanta FERNÁNDEZ PASTRANA es reivindicar la recuperación del silencio positivo en determinados ámbitos de las autorizaciones administrativas. Este autor fundamentándose en que el concepto clásico "derecho preexistente-remoción de límites" continúa siendo vigente para cierto tipo de autorizaciones como son las regladas entiende que "nada se opone, sino al contrario, a que el particular sea autorizado *ministerio legis*, supliendo así la declaración de voluntad de la Administración; puesto que la autorización aparece como un acto debido para posibilitar el ejercicio del derecho preexistente." Considera, por tanto, que es posible adquirir la autorización por silencio positivo pese a que no haya "existido una precedente constatación por la Administración de la concurrencia de los requisitos o circunstancias correspondientes, pues queda visto que es posible que tales constataciones hayan existido". En cambio, no extiende esta misma solución al caso de las autorizaciones discrecionales, pues no hay en este caso un derecho preexistente, sino a lo sumo un interés legítimo o derecho debilitado. Este autor entiende, en definitiva, que todo ello depende de si se tienen en cuenta los elementos causales (preexistencia de un derecho) y finales (remoción de límites) de la noción de autorización.

La solución apuntada en el párrafo precedente si bien quizás pudiera mostrarse efectiva para garantizar los derechos de los particulares no garantiza que la actividad de éstos se ajuste a la legalidad. Cabe decir que la finalidad de la autorización no se ciñe exclusivamente a remover el límite impuesto al derecho de un particular, sino que también es la de realizar un control administrativo sobre la adecuación de la conducta del solicitante. Control que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración pública para que efectivamente lo realice y posibilite de la forma más efectiva posible la actividad del particular ajustada a Derecho. En esta línea parece dirigirse determinada jurisprudencia comunitaria, que examinaremos más

adelante al tratar de los límites al silencio positivo, en la que se declara incompatible el silencio positivo con la exigencia establecida por normas europeas de someter una actividad privada a régimen autorizatorio.

Debe señalarse, además, que la propuesta que propugna en España SANTAMARÍA PASTOR ha sido llevada a la práctica, según veremos, en Italia precisamente en el ámbito de las autorizaciones regladas o con baja tasa de discrecionalidad. Vemos, por tanto, como no se cubren todos los ámbitos posibles sujetos a previa autorización reglada, pero hay que indicar que cuanto menor sean los sectores donde la Administración realice controles previos, más posibilidad hay de que los que realmente son necesarios tengan una verdadera efectividad. Creemos que dependerá del concreto ámbito de intervención de que se trate la necesidad de mantener controles previos, como es la clásica autorización administrativa, o bien introducir la técnica de la comunicación previa ⁹²³.

La notable ampliación de los supuestos de silencio positivo producida por la legislación vigente viene a cuestionar gran parte de la existencia de autorizaciones administrativas previas. Sin duda la gran dimensión que adquiere en nuestro país el problema de la inactividad jurídica viene propiciada por el gran número de autorizaciones administrativas previas existentes, muchas veces sin una justificación adecuada. En gran parte ello es consecuencia inmediata del sistema construido en el régimen político anterior donde la regla general era la prohibición que había de excepcionarse, caso por caso, a través de un pronunciamiento administrativo expreso. El ordenamiento vigente ha mantenido y a veces incluso ha incrementado el número de autorizaciones previas pese a haber cambiado sustancialmente el marco constitucional. Por ello se plantea como propuesta, que debería

⁹²³ Así, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente dada "[...] su relevancia constitucional y el carácter irreversible de algunos de los efectos que puede producir la actividad privada libre, no es de extrañar que se mantenga en muchos de los sectores la técnica de la autorización previa como el instrumento más adecuado y más seguro [...]." *Vid.* FONT I LLOVET, Tomàs: "Instrumentos jurídicos en la protección del medio ambiente" en *RArAP* 5, 1994, p. 46. En sentido parecido *vid.* LIVET, Pierre: *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Ed. LGDJ, París, 1974. Este autor señala en la p. 294 como "[...] es obligado admitir que, en ciertas circunstancias, el uso de la autorización administrativa previa se revela como una absoluta necesidad [...]"

tener en cuenta el legislador, la necesidad de invertir la regla existente, estableciéndose la autorización previa como una exigencia excepcional a través de la correspondiente Ley y con la finalidad de proteger o tutelar un bien o interés jurídico relevante. Ello no supone privar de poderes a la Administración, sino trasladarlos a un momento posterior, esto es durante la realización de la actividad sujeta a control.

En realidad, el régimen de comunicación previa aunque supone más una alternativa al régimen autorizatorio que al propio silencio positivo, puede resultar un remedio más efectivo para paliar el fenómeno de la inactividad administrativa en determinados ámbitos, al mismo tiempo que puede garantizar un seguimiento o control administrativo. La potestad autorizatoria sometida a régimen de silencio positivo, según hemos visto, difícilmente podrá cumplir con este control, pues vendrá a consolidar la situación del particular evitando un ulterior control administrativo, exceptuando el mecanismo más excepcional de la revisión de oficio. Es necesario, por tanto, examinar la técnica de la comunicación previa, planteando su mayor operatividad en nuestro ordenamiento jurídico como instrumento para solucionar el problema de la inactividad y agilizar la dinámica temporal de nuestras Administraciones públicas.

El origen de la técnica de la comunicación previa para el ejercicio de actividades privadas, como mecanismo substitutorio de la autorización, es bastante antiguo en nuestro ordenamiento jurídico. Fundamentalmente su origen puede encontrarse en dos ámbitos bien diferenciados. Por una parte, se encuentra respecto al ejercicio de lo que hoy denominamos derechos fundamentales. En estos casos la propia naturaleza del derecho comporta su incompatibilidad con el mecanismo autorizatorio impuesto durante períodos autoritarios. La comunicación supone, por tanto, una forma de reafirmar la efectividad del derecho fundamental permitiendo al mismo tiempo un cierto control administrativo ⁹²⁴. Cabe decir,

⁹²⁴ *Vid.* al respecto el capítulo primero de este trabajo donde aludimos a su implantación durante el período de la Restauración en los ámbitos de la libertad de imprenta (1879) y el derecho de asociación (1887). Así como también, muy posteriormente, durante el período de la transición democrática a los Pactos de la Moncloa (1977), con la "desadministrativización", en palabras de SALAS HERNÁNDEZ de los derechos de libertad de expresión y los de reunión y de asociación. También *vid.* el capital trabajo del profesor Rafael GÓMEZ-

pero, que tal tipo de comunicaciones presenta una problemática particular, que no será especial objeto de atención en este estudio. Por su parte, el otro ámbito en que surge la técnica de la comunicación se refiere a derechos de estricta configuración legal, en donde el legislador puede optar libremente por establecer la autorización o bien la comunicación. Supuesto que será el objeto fundamental de atención en este trabajo. Se trata en sus inicios de los denominados "enterados" o "assabentats" que recogen diversas Ordenanzas municipales en el siglo pasado ⁹²⁵, ampliándose su ámbito de aplicación en épocas más recientes ⁹²⁶. Estamos, en este momento, ante supuestos que por su poca trascendencia se exceptúan del régimen autorizador considerándose suficiente poner en conocimiento de la Administración la actividad que se pretende realizar. Sin duda, su escasa entidad, ha provocado que hayan sido objeto de escasa o nula atención por nuestra doctrina.

Con todo la técnica de la comunicación, empieza a ir extendiéndose en determinados ámbitos, como es el de la transmisibilidad de licencias. Así en aquellos casos en que no concurrieran circunstancias personales en el otorgamiento de la licencia y se dieran los requisitos establecidos para su transmisión, bastaba con comunicarlo a la Administración competente,

FERRER MORANT: "El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, en especial pp. 90-92, donde señala la incompatibilidad de la técnica autorizatoria y, por tanto, del silencio administrativo, respecto a los derechos constitucional de tipo liberal.

⁹²⁵ Vid. las *Ordenanzas municipales de Barcelona promulgadas como suplemento al Boletín Oficial de esta provincia de 19 de marzo de 1891*, Edición oficial, Imprenta de Eduardo Bosch, pp. 45-46; "Art. 112. Es indispensable permiso previo municipal para toda obra nueva. Exceptúanse las cercas de cerramiento de solares o terrenos que lindan con la vía pública, declaradas obligatorias en estas Ordenanzas. *Bastará poner su construcción en conocimiento de la Municipalidad* a los efectos del art. 189 (la cursiva es nuestra)."

⁹²⁶ Así el art. 468 de las Ordenanzas municipales de la Ciudad de Barcelona, aprobadas por el Excmo. Ayuntamiento en Pleno de 29 de julio de 1947: "[...] Se exceptúan de permiso previo municipal:

1º Las cercas provisionales de cerramiento de solares o terrenos.

2º Todo movimiento de terrenos en el interior de un solar que no comprenda la apertura de cimientos ni la excavación de sótanos.

3º La práctica de obras interiores que no impliquen cambios en las aberturas, paredes, pilares y techos, ni en la distribución interior del edificio.

Para ello bastará, siendo indispensable, poner su ejecución en conocimiento previo de la Municipalidad, cuyo Servicio de Edificación Particular librará el correspondiente enterado. Cuando se tratase de extracción de tierras, al dar conocimiento previo deberá indicarse el destino de las mismas y el itinerario que seguirán los vehículos que las transporten." Vid. Ayuntamiento de Barcelona: *Ordenanzas Municipales de la Ciudad de Barcelona*, Ed. Gráficas Casulleras, Barcelona, 1947, p. 132.

sin necesidad de solicitar de nuevo la autorización (así el art. 13 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales). En caso de no realizarse la comunicación quedan los dos particulares, intervinientes en la transmisión, sujetos a todas las responsabilidades que se derivaren para el titular. Debe remarcarse, sin embargo, que en este caso la actividad ya viene amparada por una previa licencia.

Es sobre todo a partir de las medidas liberalizadoras, realizadas en plena transición democrática durante los gobiernos de la UCD, que se opta por esta técnica en relación a determinados ámbitos como la industria. Así bastaba la mera comunicación de un proyecto redactado por técnicos competentes y el transcurso de un plazo para iniciar la correspondiente actividad ⁹²⁷. Desde entonces la legislación sectorial ha venido recogiendo cada vez más diversos supuestos donde se ha optado por establecer tal técnica. Así como advierte TORNOS MAS ⁹²⁸ un supuesto de comunicación obligatoria para ejercitar las ventas en liquidaciones lo constituye el art. 26 de la Ley catalana 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales ⁹²⁹. La legislación catalana ha previsto también para la implantación y modificación de los precios de bienes y servicios a nivel autonómica este régimen ⁹³⁰.

En el mismo sentido, esta tendencia parece estar presente en la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (BOE 262, de 31 de octubre de 1992). Según esta normativa para la creación de ficheros

⁹²⁷ Vid. las referencias que al tema realizamos en el capítulo primero de este trabajo al hablar del período de la transición a la democracia, en especial al trabajo que citamos entonces del profesor FERNÁNDEZ FARRERES.

⁹²⁸ Vid. "Comercio"... *op. cit.* p. 635.

⁹²⁹ "Las liquidaciones podrán realizarse en cualquier época del año, previa comunicación al Departamento de Comercio y Turismo. La citada comunicación deberá presentarse, como mínimo, un mes antes de la fecha solicitada para el inicio de la liquidación y se harán constar en ella las causas que la motivan, con sujeción a lo previsto en el artículo 25. Transcurrido este plazo sin indicación contraria del Departamento de Comercio y Turismo, el comerciante podrá iniciar la liquidación."

⁹³⁰ Vid. el Decreto 149/1988, de 28 de abril, sobre el régimen procedimental de los precios autorizados y comunicados (DOGC 1.022, de 25 de julio de 1988).

automatizados de datos de carácter personal no será necesario la previa obtención de una autorización, sino que bastará notificar esta intención a la Agencia de Protección de Datos. Este ente de Derecho público procederá a verificar que la notificación se ajusta a los requisitos legalmente establecidos procediendo en caso afirmativo a su inscripción, si transurre un mes sin que se haya resuelto al respecto, se entenderá inscrito el fichero a todos los efectos. Así la Exposición de Motivos de la Ley afirma: "Con la pretensión de evitar una perniciosa burocratización, la Ley ha desechado el establecimiento de supuestos como la autorización previa o la inscripción constitutiva en un registro."

Particular mención se puede realizar de la Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente (BOE 133, de 4 de junio de 1994). En esta normativa se viene a trasponer determinadas directivas comunitarias en las que se establece un régimen de autorización previa para liberación y comercialización de determinados organismos. El Parlamento español al trasponer la directiva, no solamente establece potestades de control en los ámbitos señalados por la Unión europea, sino que además establece un régimen de comunicación previa para las actividades de utilización confinada de tales organismos. Estas actividades podrán ser realizadas una vez hayan transcurrido unos determinados plazos. Cabe con todo, que si la Administración lo considera conveniente resuelva expresamente, posibilidad que aparece como meramente facultativa sin que exista en este caso una obligación de resolver.

Nuestro ordenamiento no desconoce, por tanto, la técnica de la comunicación previa, ni esta supone ninguna novedad. Lo que sí que debe destacarse es su reciente incorporación en regulaciones de carácter general. En este sentido es recogida expresamente por la LRJPAC quien en su art. 42.1 segundo párrafo exceptúa de la obligación de resolver a los procedimientos "relativos al ejercicio de derechos que sólo deba ser objeto de comunicación".

La posibilidad de generalizar esta técnica se ha introducido respecto a las Administraciones

locales de Cataluña con los arts. 96 y 97 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio (DOGC 2066, de 23 de junio de 1995) (en adelante ROAS). El art. 96 del ROAS habilita a las citadas Administraciones a dictar ordenanzas en las que se sustituya la licencia por una comunicación previa en los casos en que sea para la ejecución de obras que no requieren la presentación de un proyecto o para actividades no clasificadas, así como otras actuaciones que prevean las citadas ordenanzas. Precepto que debe complementarse con el art. 92.2 de la misma normativa donde se alude respecto a la apertura de establecimientos al ejercicio de actividades no clasificadas o inocuas y a los traspasos y las novaciones subjetivas de las actividades en general. En realidad, se viene a positivizar y asumir una realidad que hasta este momento ya habían llevado a cabo numerosos municipios a través de sus correspondientes ordenanzas locales ⁹³¹, respecto a actuaciones de escasa entidad técnica y poco impacto urbanístico ⁹³². Por tanto, la eventual "novedad" que supondría esta normativa queda enormemente condicionada por su ámbito de aplicación. Además, parece que se requiere para la implantación de esta técnica "que se sustituya la licencia", por lo cual parece que la Corporación municipal no podría implantarlas *ex novo* en ámbitos hasta entonces no sujetos a autorización.

La generalización del régimen de la comunicación previa en determinados sectores del ámbito local queda, además, enormemente dificultada por el régimen tributario establecido. Piénsese

⁹³¹ A título de ejemplo pueden citarse el art. 11 de la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Torelló, de 30 de marzo de 1993, reguladora de las licencias urbanísticas y el control de las obras (*BOP* de Barcelona 134, de 5 de junio de 1993) y el art. 11 de la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Manresa de 21 de abril de 1992, de las licencias urbanísticas y el control de las obras (*BOP* de Barcelona 242, de 8 de octubre de 1992). En los citados preceptos se observa, con todo cierta confusión con la autorización, por cuanto se acostumbra a señalar que "Las actuaciones relacionadas en este artículo [...] únicamente han de ser comunicadas al Ayuntamiento, antes de iniciarse su ejecución, y el mismo día de la comunicación se obtiene la autorización (*sic*)."

⁹³² Entre estos supuestos pueden encontrarse: "a) los trabajos de limpieza, desbrozamiento y jardinería en el interior de un solar, siempre que no supongan la destrucción de jardines existentes, ni la tala de árboles; b) las obras que no supongan cambios en las aperturas, paredes, pilares y forjas, ni en la estructura ni en la distribución interior del edificio; c) el arreglo de fachadas, voladeros y/o modificaciones en el aspecto exterior de las edificaciones, salvo de aquellas que afecten al patrimonio protegido; d) la reparación no estructural de humedades en cubiertos y terrazas siempre que no se afecte su totalidad."

en la repercusión que representan para los municipios determinados tipos de impuesto como el de construcciones, instalaciones y obras. En efecto, el art. 101 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, establece como hecho imponible:

"[...] la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra *para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras u urbanística*, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al Ayuntamiento de la imposición."

Aunque lo que se grava es la actividad en sí, con independencia de que se obtenga o no la autorización, se requiere que la misma esté sujeta a régimen autorizatorio. Por ello, la eventual conversión de una autorización en una comunicación previa, aunque no exime en principio de las correspondientes obligaciones tributarias ⁹³³, implicaría que la Administración no podría liquidar y exigir determinados tipos de impuestos. Cabría, por tanto, una redacción más amplia de la norma en que se eliminara la referencia a la exigencia de licencia o bien que se incluyera además expresamente a la técnica de la comunicación previa. Por tanto, para conseguir una mayor implantación de este régimen substitutivo de autorización no basta con su mera previsión normativa, sino que debe acompañarse de medidas que estimulen su adopción, entre las cuales como hemos visto sería una modificación de la actual legislación tributaria.

En el ámbito del Derecho comparado tampoco es desconocida esta técnica, debiendo destacarse la previsión que realiza al respecto el ordenamiento jurídico italiano. De esta forma, debe citarse el art. 19 de la Ley de 7 de agosto de 1990, n. 241, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos, con la modificación realizada por el art. 2 de la Ley de 24 de diciembre de 1993, n. 537, "Interventi correttivi di finanza pubblica". En esta normativa se establece lo

⁹³³ Ya las propias Ordenanzas acostumbran a prever que "El régimen procedimental abreviado de estas actuaciones no exonera a los titulares de las obligaciones fiscales o civiles establecidas por la normativa vigente."

que viene a denominarse "denuncia substitutiva de autorización" o "denuncia de inicio de actividad" ⁹³⁴, aplicable en aquellos ámbitos donde existían autorizaciones que dependieran exclusivamente de la verificación de los presupuestos y de los requisitos prescritos. Ciertamente no todo supuesto de autorización reglada puede quedar sujeto a este régimen, pues quedan excluidos *ex lege* los siguientes supuestos:

- cuando el acto administrativo presupone, para su otorgamiento, la realización de prueba.
- cuando sea previsto un límite o contingente general, es decir que haya un *numerus clausus* de autorizaciones que se puedan otorgar.
- cuando no incidan sobre las autorizaciones urbanísticas (*concessioni edilizie*) y determinadas autorizaciones de las que se señala la legislación aplicable ⁹³⁵.

Todo este conjunto normativo en el ámbito del ordenamiento español, así como las referencias del Derecho italiano, nos permiten forjarnos una idea de las características y el mecánica de esta institución. En cuanto a la funcionamiento procedimental de la técnica de la comunicación previa se estructura fundamentalmente de la siguiente forma. La persona

⁹³⁴ La redacción originaria del art. 19 establecía que el ámbito de aplicación del régimen de denuncia de inicio de actividad sería determinado por vía reglamentaria. En desarrollo de este precepto se dictó el Decreto del Presidente de la República (DPR) 300/1992 de 26 de abril de 1992, por el que se aprueba el reglamento relativo a la actividad privada sujeta a la disciplina de los artículos 19 y 20 de la Ley 241/1990, de 7 de agosto. Esta disposición se compone de un articulado y de tres tablas anexas. Sobre el contenido de este Decreto puede consultarse el dictamen de la *Adunanza Generale* del Consejo de Estado de 3 de febrero de 1992, publicado en *Diritto processuale amministrativo* 3/1992, año X-fascículo III, septiembre de 1992. Con la Ley 537/1993, de 24 de diciembre, se suprime la remisión al reglamento por lo que los supuestos de comunicación previa serán directamente aplicables si cumplen los requisitos establecidos directamente por la Ley. Debiéndose entender derogado el Decreto 300/1992, en lo que hace referencia a la denuncia substitutiva de autorización, teniendo tan sólo alguna utilidad en cuanto a reconocer en una primera aproximación cual puede ser el ámbito de aplicación de la Ley. En realidad, tal y como se ha apuntado, se vuelve a la redacción originaria formulada en el Proyecto NIGRO que fue abandonada sucesivamente por el Gobierno y el Parlamento, al aprobarse la primera versión de la Ley 241/1990. *Vid.* en este sentido *L'attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241 e la semplificazione dei procedimenti amministrativi*, Ed. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica, Roma, 1994, p. 42.

⁹³⁵ La legislación excluida del ámbito de la denuncia substitutiva de autorización es la siguiente: la Ley de 8 de agosto de 1985, n. 431, por la que se convierte en Ley con modificaciones el Decreto-ley 312/1985, de 27 de junio, por el que se dictan disposiciones urgentes para la tutela de las zonas de especial interés ambiental; la Ley de 1 de junio de 1939, n. 1.089, sobre la tutela de las cosas de interés histórico-artístico; y la Ley de 29 de junio de 1939, n. 1.497, de protección de las bellezas naturales.

interesada al formular la comunicación insta la apertura de un procedimiento administrativo de verificación o de comprobación. Este procedimiento puede acabar fundamentalmente de dos maneras: bien con un resultado positivo (subsisten los presupuestos y requisitos que ha declarado el solicitante), bien con un resultado negativo (no subsisten tales presupuestos y requisitos). En el primer caso, la Administración archivará las actuaciones, no produciéndose por tanto una resolución administrativa que deba notificarse a los interesados ⁹³⁶. En el segundo, en cambio, la finalización del procedimiento de verificación o de comprobación, comportará la apertura de otro procedimiento de limitación de la actividad que realice o pretenda realizar el comunicante.

Cabe decir que el procedimiento de verificación o comprobación puede ser muy simple o bien revestir una mayor complejidad en atención al tipo de actividad sujeto a comunicación. Así, durante el mismo se puede solicitar información adicional al comunicante, se puede consultar a personas, instituciones o Administraciones expertas en la materia o, incluso en determinados casos, puede ser objeto de información pública ⁹³⁷.

También se plantea la problemática de en qué instante puede el ciudadano iniciar la obra o la actividad sometida a comunicación previa. En estos casos suelen distinguirse dos períodos diferenciados: en primer lugar el lapso temporal que va desde que realiza la comunicación hasta que transcurre un período preestablecido (en el ROAS es de un mes ⁹³⁸) en el cual la Administración ha de verificar y comprobar la documentación presentada y en segundo lugar el momento posterior al transcurso de este plazo. Parece que para realizar la obra o la

⁹³⁶ Cabe decir que alguna legislación faculta a la Administración para que discrecionalmente pueda autorizar de forma expresa la actividad. *Vid.* en este sentido el art. 9.2 de la Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente (citada anteriormente al inicio de este epígrafe).

⁹³⁷ *Vid.* en este sentido el art. 8.2 de la citada Ley 15/1994, de 3 de junio.

⁹³⁸ El plazo de un mes establecido por el art. 97.1 del ROAS parece, de acuerdo con su redacción, de aplicación directa y no supletoria, dejando apenas margen de maniobra a las ordenanzas locales. En cualquier caso, lo que sí parece es un plazo máximo que las ordenanzas locales no podrán superar, pero sí acortar en beneficio del particular.

actividad habría que esperar al momento en que por el transcurso del plazo sin disconformidad la actividad queda legitimada, si bien es posible que la misma normativa que la establezca en cada supuesto, en el caso de los municipios a través de la correspondiente Ordenanza, prevea cuando se puede iniciar. En la antigua redacción del art. 19 de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, se distinguían en el apartado segundo de tal precepto, unos supuestos donde la actividad podía iniciarse inmediatamente después de la presentación de la denuncia, o bien después del transcurso del plazo fijado por categoría de actos.

Ahora bien, se plantea cuál es la situación del ciudadano en el caso en que, pese a todo, éste iniciara la actividad después de realizarse la comunicación sin que hubieran transcurrido aún el plazo legalmente previsto. Lógicamente la Administración puede articular las medidas necesarias para paralizar la obra o la actividad mientras no se haya efectuado la comprobación, e incluso exigirle la reparación y la restitución de los eventuales daños que hubiere podido ocasionar. Más dudoso, en cambio, sería la posibilidad de sancionar al particular por anticiparse al transcurso del plazo. Para ello, debería tipificarse expresamente tal posibilidad, siendo discutible que las propias ordenanzas locales pudieran establecer tal infracción con la correspondiente sanción administrativa ⁹³⁹.

Si bien se regula con cierto detalle el procedimiento que ha de seguir el particular para que su actuación quede legitimada y los requerimiento que durante este período puede realizarle la Administración, no se alude a qué garantías tiene el particular una vez ha transcurrido el plazo. Se señala simplemente que la actuación quedará legitimada y podrá realizarse "siempre que sea conforme con la normativa aplicable". ¿Qué sucederá en aquellos casos en que se produzca la comunicación pero una vez transcurrido el plazo hayan discrepancias en torno

⁹³⁹ Si bien tal posibilidad ha sido la solución histórica, defendida en la actualidad por algunos autores (NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Ed, Tecnos, Madrid, 1994), en la actualidad el art. 129.3 de la LRJPAC da un muy estrecho margen de maniobra sobre el tema a las ordenanzas locales, precepto que es reproducido por el art. 110.1 del ROAS. Tal mandato legal constituye quizás una interpretación muy rigorista de la jurisprudencia constitucional que si bien había declarado la nulidad de remisiones a disposiciones reglamentarias del Estado o de las CCAA para configurar *ex novo* infracciones y sanciones administrativas (por ejemplo STC 341/1993, de 18 de noviembre) no se había pronunciado todavía respecto a las ordenanzas locales.

a si el particular cumple o no la normativa aplicable? Parece ciertamente que la Administración mantendrá una serie de potestades contra las que reaccionar contra el ciudadano que incumple tal normativa. Por tanto la Administración podrá reaccionar contra la actividad del particular si considera que incumple la normativa aplicable, aunque haya transcurrido el plazo legalmente establecido. En este supuesto no tenemos acto administrativo que habilite al particular, sino que este asume su propia responsabilidad en la adecuación del ejercicio de su actividad al cumplimiento de la normativa aplicable. Ahora bien, la infracción de los plazo si bien mantiene íntegras las potestades administrativas, que no se ven vinculadas por la inactividad, puede generar, en cambio, otro tipo de consecuencias jurídicas, como es la posible existencia de responsabilidad patrimonial. Un importante sector de la doctrina italiana viene sosteniendo al referirse al art. 19 de la Ley 241/1990, que una vez ha transcurrido el tiempo fijado en el régimen de la denuncia de inicio de actividad, debe considerarse "consumido" el poder de verificación de la norma y, por tanto, las eventuales ilegalidades cometidas por el particular en el ejercicio de la actividad deberán quedar sujetas exclusivamente a los controles y a las sanciones de Derecho común (por ejemplo, el control de policía administrativa sobre la licitud de la actividad) ⁹⁴⁰.

Por tanto, en este punto debemos remitirnos a los principios y reglas generales que rigen la denominada actividad de limitación. En este sentido un importante punto de referencia en el estudio de las comunicaciones previas substitutivas de autorización puede encontrarse en determinada jurisprudencia constitucional relativa al ejercicio de derechos fundamentales, así por ejemplo el derecho de reunión (art. 21 de la CE). Como ya hemos advertido, en estos casos la existencia de la comunicación previa viene dada por la propia naturaleza del derecho incompatible con el sometimiento del mismo a un régimen autorizatorio ⁹⁴¹. De cualquier

⁹⁴⁰ Vid. *L'attuazione della legge 7 agosto 1990... op. cit.* p. 43.

⁹⁴¹ Así la STC 66/1995, de 8 de mayo, advierte con claridad meridiana que: "[...] el deber de comunicación previsto en el art. 8 de la Ley orgánica 9/1983 no constituye una solicitud de autorización - pues el ejercicio de ese derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa, sin que pueda conceptuarse como un derecho de configuración legal -, sino tan sólo una declaración de conocimiento a fin que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros, estando legitimada en

modo, lo que si que puede ponerse de relieve son para ambos casos ciertas características comunes. En este sentido las normas que establece el régimen de comunicación previa pueden fijar un plazo a la Administración para que adopte las medidas necesarias ya para preservar los derechos del propio comunicante, ya para salvaguardar el interés público o de terceros que puede verse implicado por la realización de la concreta actividad. De esta forma, será controlable por los tribunales la actuación administrativa por la que se prohíba o limite la actividad comunicada por el particular, cuando ésta sea extemporánea o responda meramente a un ánimo dilatorio con el objetivo de impedir o entorpecer el ejercicio del derecho. Será un factor fundamental en la adopción de estas medidas de limitación la motivación. Es por ello que deberán acreditarse razones fundadas, y no meras sospechas o posibilidades, de que la actividad que se lleva a cabo resulta incompatible con la normativa y la defensa del interés general. Asimismo otro parámetro importante de referencia, al ejercitar el control jurisdiccional, será sin duda la proporcionalidad exigible a toda actuación administrativa, particularmente la de limitación ⁹⁴².

La adopción de medidas represivas comportará lógicamente la apertura del correspondiente procedimiento. En el mismo habrá que requerir previamente al particular antes de adoptar tales medidas para que exponga las alegaciones que estime pertinentes, y en su caso acceda al expediente ⁹⁴³. Ahora bien, será posible cuando existan motivos de urgencia que así lo

orden a alcanzar tales objetivos a modificar las condiciones del ejercicio del derecho de reunión e incluso prohibirlo, siempre que concurran los motivos que la Constitución exige y previa la realización del oportuno juicio de proporcionalidad."

⁹⁴² En la STC 66/1995, de 8 de mayo, el juicio de proporcionalidad se realiza a través de la constatación de tres objetivos o condiciones: "si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto [...] si además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto."

⁹⁴³ Así, por ejemplo, el art. 99.2 del ROAS.

justifiquen la adopción inmediata, e incluso *inaudita parte*⁹⁴⁴, de medidas provisionales o cautelares⁹⁴⁵. En todo caso, siempre que ello sea posible, cabrá ofrecer al particular la posibilidad de enmendar las deficiencias observadas en la documentación presentada o bien de que pueda adaptarse a los requisitos y presupuestos establecidos legalmente, antes de proceder imperativamente a través de medios represivos y limitativos.

Cabe aludir también a cuáles son las posibles garantías que el ordenamiento jurídico establece para los terceros afectados por la actividad sometida a régimen de comunicación previa o denuncia de inicio de actividad. En el caso de la comunicación previa el tercero que se vea perjudicado por el desarrollo de una actividad tiene como único instrumento de reacción la posibilidad de solicitar a la Administración que intervenga: en consecuencia éste puede acudir ante el juez administrativo sólo en los casos de rechazo a intervenir de la Administración, ya sea de forma expresa ya sea a través del silencio negativo. En cambio, en el caso del silencio positivo el tercero puede acudir directamente al juez administrativo para hacer invalidar los efectos ilegales del acto administrativo. De esta forma, la introducción del modelo de la comunicación previa perjudica gravemente (hasta reducirlas prácticamente a bien poco) la posibilidad de tutela jurisdiccional del tercero, a diferencia de lo que acontece con el silencio positivo. Por ello algunos autores deducen que el modelo de la comunicación previa o denuncia de inicio de actividad debe encontrar aplicación sólo cuando estén en juego actividades que de por sí no sean idóneas para perjudicar intereses de terceros. Se piensa en el caso de las resoluciones autorizatorias que agotan sus efectos en el ámbito individual, como en relación a aquellos actos que atienden a requisitos de persona o cosa, con exclusión

⁹⁴⁴ Vid. en este sentido la STS de 18 de septiembre de 1990 (ref. Ar. 7.091) donde se entiende que tal posibilidad no genera indefensión: "Dada, pues, la sumariedad de este tipo de expedientes, lo limitado de su contenido y el interés público protegido, no es exigible el trámite de audiencia previsto para el ordenamiento ordinario en el art. 93 LPA." Ahora bien, como advierte la STS de 4 de febrero de 1991 (ref. Ar. 718) deberá acreditarse para ello "la existencia de elementos de juicio suficientes para ello."

⁹⁴⁵ Sobre el tema vid. el importante trabajo de REBOLLO PUIG, Manuel: "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo" a *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

de todos los actos con una *Doppelwirkung* ⁹⁴⁶.

Tales observaciones son ciertas, evidentemente, desde una concepción clásica de los medios de tutela jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, ceñida en torno a la revisión del acto administrativo. Pero debe señalarse, en primer lugar la posibilidad de obtener ante el juez medidas cautelares positivas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia y ofrecer la tutela jurisdiccional adecuada, según viene reconociendo la jurisprudencia en aplicación del art. 24 de la CE. Entre tales medidas podría pensarse en la de prohibir temporalmente el ejercicio de la actividad hasta que haya recaído el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional. Asimismo, al dictar sentencia, la legislación procesal del orden contencioso-administrativo, establece la posibilidad de que cuando la pretensión fuera de reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individual, el Tribunal reconocerá dicha situación jurídica y *adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma* ⁹⁴⁷. Por tanto, debiera pensarse seriamente en la posibilidad de que el juez pudiera dictar sentencias en que el fallo no sólo fuera de condena a la Administración por su inactividad en el ejercicio de sus potestades prohibitorias, sino que contuviera también la prohibición dirigida al particular de realizar tal actividad, cuando no fuera por ejemplo legalizable.

2.3.- Recapitulación: La eventual viabilidad del silencio administrativo como mecanismo alternativo al ejercicio de potestades administrativas

A lo largo de los dos epígrafes anteriores hemos visto que las técnicas del silencio positivo y la comunicación previa se diferencian, básicamente, en que el primero supone un límite al ejercicio de la potestad que se produce como consecuencia del incumplimiento de la

⁹⁴⁶ Vid. en este sentido Aldo TRAVI: "Silenzio-assenso e legittimazione *ex lege* nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992 n. 300" en *Foro amministrativo* 1993, p. 610; y Vincenzo CERULLI IRELLI: "'Liberalizzazione' di attività soggette a regime autorizzatorio e 'semplificazione' dell'azione amministrativa" en *Mondo economico* suplemento 9 de 7 de febrero de 1993 "La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990 n. 241", pp. 18-19.

⁹⁴⁷ Vid. el art. 84.c) de la LJCA y el art. 70.b) del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996.

obligación legal de resolver, mientras que la segunda suponía que la Administración podía alternativamente ejercer potestades de prohibición o bien permanecer inactiva. El silencio positivo venía además a equipararse con un acto declarativo de derechos por lo que se requeriría para su erradicación acudir a las potestades de revisión de oficio, mientras que de la comunicación previa no se producía una situación equiparable, si bien podían derivarse determinados efectos jurídicos de la infracción de los plazos establecidos.

Este planteamiento puede llevarnos a la reflexión de si el silencio positivo podría configurarse de *lege ferenda* como un mecanismo alternativo al ejercicio de las potestades autorizatorias. Es decir, valorar la posibilidad de que la Administración puede discrecionalmente optar entre dictar resolución expresa o bien acogerse voluntaria y conscientemente al régimen del silencio administrativo. En este caso, la Administración dejaría de ejercitar la potestad y optaría, alternativamente, por la producción del silencio administrativo. Si bien, en estos casos, y a diferencia de la comunicación previa ostentaría una situación más beneficiosa para el particular, al equipararse el silencio a un acto expreso declarativo de derecho, con las consecuencias que de ello se derivan.

Según hemos visto anteriormente, la obligación de resolver de la Administración constituiría un poderoso argumento en contra de esta posibilidad. En este sentido prevalece una visión tradicional del silencio administrativo: un "fármaco" destinado a paliar una patología crónica que el ordenamiento se ve impotente para su erradicación. A pesar de ello en la *praxis* administrativa no siempre ha venido a interpretarse de esta forma. Y no hace falta remontarnos varias décadas en el tiempo ⁹⁴⁸, sino que en épocas bien recientes podemos

⁹⁴⁸ Es bastante gráfica la anécdota que cuenta Carmelo SANZ SAINZ en "El concepto silencioso" en *RMAL*, 1949, pp. 138-139: "Tenía yo un Alcalde, persona de gran talento aunque poca ilustración, político viejo, muy dado a intervenir en mítines y reuniones de propaganda electoral, en las que empezaba todos sus discursos con la muletilla de "en primer concepto he de deciros..." Le llamaba la gente "Don concepto". Celebrábamos las reuniones de la Comisión Municipal Permanente sin asistencia de público y como en familia o "petit comité". Y dando en una sesión cuenta de los asuntos de la orden del día, le llegó el turno a la solicitud de un vecino, que, por el derecho que le asistía, no podía ser desestimada; no había razones legales en que fundar su desestimación; pero que el Ayuntamiento no quería atender, por estimar que acceder a lo que se solicitaba era contrario a los intereses de la población. El alcalde a que aludo, me pidió entonces una fórmula de resolver el caso. Yo indiqué, como más adecuada, la de aplicación de la doctrina del silencio administrativo, doctrina que

encontrar varios testimonios donde se resuelve un recurso de reposición acordando "contestar con el silencio administrativo", o bien acuerdos donde la Administración decide "no pronunciarse sobre el tema" ⁹⁴⁹. Al margen de la legalidad de estas actuaciones deben subrayarse las consecuencias gravosas que se generan para el particular con éste tipo de actuaciones: dilatar en el tiempo el ejercicio de su legítimo derecho y proyectarlo a un costoso "vía crucis" de recursos administrativos y procesos judiciales. Ahora bien, debemos precisar que tales perjuicios se producen particularmente en relación al silencio negativo, mientras que el silencio positivo, por sus características particulares, responde a otra problemática ⁹⁵⁰.

El fenómeno de la inactividad administrativa ha sido visto de forma mayoritaria como una patología que necesariamente debía combatirse por constituir una flagrante ilegalidad,

expliqué, refiriéndome a su establecimiento en el Estatuto Municipal, recogida por la legislación francesa, y su regulación en la Ley municipal de 1935, conforme a la enmienda al proyecto, presentada por el señor Serrano Suñer, de orientación italiana. Parecióles bien la fórmula a los reunidos y aquella instancia fue tácitamente desestimada. Pasó algún tiempo y se produjo otra petición; otro vecino que solicitaba algo a que también tenía legalmente derecho y que el Ayuntamiento tampoco quería otorgar. Y no había yo terminado de dar cuenta de la solicitud, cuando mi Alcalde, hombre de buena memoria, se adelantó a decirme: "Mira, Secretario, a esa petición hay que aplicarle el concepto silencioso".

⁹⁴⁹ Vid. SAINZ DE ROBLES, Federico: "El llamado silencio administrativo: un escándalo en el Estado de Derecho" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Ed.): *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Homenaje al profesor Jesús González Pérez I (Consideraciones generales. El procedimiento administrativo)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 622, donde cita estos casos, extraído el último de la STS de 23 de diciembre de 1985 (ref. Ar. 868 de 1986). También vid. sobre el tema a GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho español*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1990, pp. 93-96 en el epígrafe que titula "El denominado silencio expreso" donde examina esta problemática, refiriéndose básicamente a la que se suscita en relación al silencio negativo. Vid. BOLEA FORADADA, Juan Antonio: "El retraso de la Administración y el silencio administrativo" en *RAP* 51, 1966, p. 307: "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..."

⁹⁵⁰ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 1990 (AA ref. 757) llega de esta forma a señalar que: "[...] el silencio administrativo positivo, a diferencia del negativo, constituye una forma legítima de resolver [...]." En este caso se trataba de la aprobación por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del contrato de arrendamiento de local de una mutua patronal de accidentes de trabajo, según lo dispuesto en la Orden de 22 de abril de 1984. Esta afirmación que se realiza en la sentencia únicamente cabría justificarse en el caso de considerar que estamos ante una mera comunicación y no con una autorización.

incompatible con una Administración sometida a la Ley y al Derecho. No obstante, quizás sería necesario replantear si en algunos casos la inactividad administrativa puede ser, como ordinariamente ocurre con la inactividad en el Derecho privado, un hecho lícito ⁹⁵¹. Tal vez, la Administración habría de seleccionar cuando debe resolver de forma expresa, eso sí dentro de unos determinados límites (si se da o no la razón al solicitante, si existen terceros interesados, atendiendo a la importancia del asunto, etc.). La cuestión no es tan baladí por cuanto hay que preguntarse que tiene mayor importancia: que la Administración actúe eficazmente en casos realmente importantes o que se dedique de forma sistemática a atender cualquier solicitud ciudadana, por descabellada que sea, con el correspondiente gasto público que ello genera y con la disminución de energía y rendimiento de la maquinaria administrativa, quedándose los asuntos más necesitados de actuación camuflados entre multitud de otros que por imperativo legal debe atender.

Por ello, en la actualidad aparece una tendencia según la cual el silencio positivo constituiría una medida de simplificación de la actividad procedimentalizada de la Administración pública ⁹⁵². Así algunos autores han defendido que en los supuestos de silencio positivo no podría configurarse un deber o una obligación de resolver, sino que en todo caso estaríamos ante una carga que tendría la Administración de rechazar la solicitud del interesado si el interés público lo exige ⁹⁵³. Esta posición ha sido criticada por otros autores los cuales conciben al silencio positivo no como una forma de agilizar la actividad resolutoria de la

⁹⁵¹ La "inattività come fatto lecito" es una expresión que la tomamos de GUARINO, Giuseppe: *Atti e poteri amministrativi*, Ed. Giuffrè, 1994, p. 152.

⁹⁵² Así *vid.* la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas 90/246/CEE, de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros (DOCE 141, de 2 de junio de 1990) donde entre los puntos en los que se recomienda a los Estados prestar una atención particular encontramos: "d) sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la Administración, transcurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud." También es significativo el título que encabeza la regulación del silencio positivo en la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto (*Gazzeta Ufficiale* 192, de 18 de agosto de 1992): "Simplificación de la acción administrativa".

⁹⁵³ *Vid.* particularmente a SCOCA, Franco Gaetano: *Il silenzio della... op. cit.* p. 192.

Administración sino de poner remedio a su desarrollo irregular ⁹⁵⁴.

Lo cierto es que en la regulación realizada por la LRJPAC la obligación de resolver se generaliza estableciendo como excepciones unos supuestos tasados. Debe decirse que en aquellos procedimientos susceptibles de producirse el silencio positivo, la obligación de resolver subsiste hasta que se emite certificación de acto presunto o hasta que transcurre el plazo de veinte días para expedirla. De esta forma, puede afirmarse que la LRJPAC no está concibiendo el silencio positivo como una forma de simplificación del procedimiento, puesto que su objetivo claro es que todos los procedimientos obtengan una resolución administrativa, considerada la forma habitual de terminación del procedimiento.

Por tanto, paradójicamente, el silencio positivo está conceptuado en nuestro Derecho como el resultado de una actividad administrativa ilegal, esto es cuando la Administración incumple los plazos predeterminados por el ordenamiento, fijados bien por el legislador o incluso por ella misma a través de la potestad reglamentaria. Lo cierto es que el establecimiento de plazos preclusivos para el ejercicio de una potestad que requiere un comportamiento activo, puede llegar a convertir por la vía de los hechos en una potestad cuyo ejercicio sea meramente discrecional. Por tanto, caben dos opciones o bien se articulan otras consecuencias jurídicas al incumplimiento de la obligación de resolver o bien se configura de forma discrecional la potestad correspondiente. Si no se opta por la última solución el legislador sitúa consciente o inconscientemente a la mayoría de las actuaciones administrativas fuera de la ley, si bien las consecuencias jurídicas de tal incumplimiento no tendrá ninguna trascendencia en el aparato administrativo, según la interpretación jurisprudencial que viene derivándose de la misma. En cualquier caso las consecuencias de la ilegalidad administrativa las soportará quizás la ciudadanía y el interés general.

Otra problemática que puede plantear la aceptación del silencio administrativo como mecanismo alternativo al ejercicio de potestades es la siguiente: la eventual elusión de la

⁹⁵⁴ Vid. TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso ed esercizio...* op. cit. p. 241.

obligación de motivar que respecto a determinados actos administrativos ⁹⁵⁵ establece la legislación aplicable ⁹⁵⁶. Esta exigencia de motivación se plantea además dentro de un contexto constitucional: la necesidad de justificación de los actos del poder público, impuesta por el principio de interdicción a la arbitrariedad (art. 9.3 CE) ⁹⁵⁷. Si la Administración opta por permanecer en silencio, además de incumplir su obligación de resolver, puede estar incurriendo en una arbitrariedad proscrita por nuestro Texto constitucional.

A nuestro entender no es incompatible en todos los casos el silencio positivo y la obligación de motivar, aún cuando se conciba a éste como un remedio y no como una opción de la Administración pública ⁹⁵⁸. En efecto, en aquellos procedimientos en los que exista un único interesado el silencio positivo produce exclusivamente efectos favorables que se proyectan sobre la persona "beneficiada" por tal institución. El acto administrativo que se dictara, al no limitar derechos o intereses legítimos, podría no requerir la motivación al no encuadrarse dentro del supuesto contemplado en el art. 54.1.a) de la LRJPAC, así como en cualquier otro de los contenidos en el citado precepto. Por tanto, el incumplimiento de la

⁹⁵⁵ El clásico tema de la motivación de los actos administrativos ha sido objeto de particular atención por la doctrina italiana de la que destacamos el pionero estudio de IACCARINO, Carlo Maria: *Studi sulla motivazione (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Ed. Foro Italiano, Roma, 1993; así como el más reciente de ROMANO-TASSONE, Antonio: *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Ed. Giuffrè, Milán, 1987. En nuestro país carecíamos hasta fechas recientes de un estudio detenido de la materia, salvo quizás la monografía DE LA VALLINA, José Luis: *La motivación del acto administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 1967. En la actualidad y respecto a nuestro ordenamiento es de obligada consulta el trabajo de FERNANDO PABLO, Marcos M.: *La motivación del acto administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

⁹⁵⁶ La obligación de motivar los actos administrativos se ha generalizado a todos los actos resolutorios de la Administración autonómica catalana a través de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. En el ámbito estatal si bien se continúa con un sistema de lista tasada, como el modelo de la LPA de 1958, se ha ampliado considerablemente con la LRJPAC al extenderla, entre otros supuestos, a los actos en ejercicio de potestades discrecionales y aquellos que limiten no sólo derechos subjetivos sino también intereses legítimos.

⁹⁵⁷ Vid. sobre el tema el trabajo de Marcos-Matías FERNANDO PABLO: *La motivación...* op. cit. pp. 129-166. Esta conexión de la motivación con los principios constitucionales ya fue apuntada por el profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, pp. 106-108.

⁹⁵⁸ Para Arnaldo de VALLÉS: "No se podría, en cambio, hablar de declaración tácita en todos los casos en los cuales la ley impone la obligación de la motivación". Vid. de este autor *La validità...* op. cit. p. 246.

obligación de motivar se produciría fundamentalmente en aquellos procedimientos en los que diera la existencia de terceros que pudieran ver limitados sus derechos o intereses legítimos por los efectos que despliega el silencio positivo.

Con todo pueden distinguirse varias situaciones. Bien que la Administración se limite a recibir la solicitud del particular, sin examinar su contenido (o al menos no haber constancia documental de tal actuación) ni efectuar ningún tipo de trámite. Otro caso, bien diferente, sería cuando la Administración examina la solicitud, comprueba su adecuación a la legalidad, realiza unos trámites básicos, pero no exterioriza su decisión a través de un acto administrativo resolutorio. ¿Puede decirse en este caso que se está incumpliendo su función de control y además la exigencia de justificación de los actos del poder público que proclama nuestra CE y que se encuentra en la legislación administrativa? Debe señalarse que la jurisprudencia ha venido salvando la falta de motivación en la resolución del procedimiento si del expediente podían deducirse los motivos que han llevado a la Administración a adoptar tal decisión, es la llamada motivación *in aliunde* o *per relationem* ⁹⁵⁹. Por tanto, desde esta interpretación jurisprudencial podría llegar a concluirse que en estos casos el silencio positivo no causaría incumplimiento de la obligación de motivar, pues tal motivación ya ha queda reflejada en el expediente administrativo.

Una posibilidad interesante es la señalada por FERNANDO PABLO ⁹⁶⁰ donde se señala que la certificación de acto presunto funciona como motivación del mismo. Según este autor

⁹⁵⁹ Con todo, el art. 89.5 de la LRJPAC señala que: "La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución *cuando se incorporen al texto de la misma*". Por tanto, parece que habría que reproducir el informe o dictamen o al menos hacer constar en la resolución los datos que permitan identificar tales documentos en el expediente. No obstante, la jurisprudencia se ha mostrado bastante flexible en la interpretación de esta regla, bastando una "captación de informes implícita, existiese o no llamada e identificación del informe en el acto resolutorio". En este sentido *vid.* la STS de 3 de junio de 1990 (ref. Ar. 6.009): "[...] la jurisprudencia se muestra cada vez más liberal y flexible estimando que los razonamientos que pueden faltar en el acto que remite al expediente pueden ser salvados con los informes técnicos que les preceden y con los demás datos incorporados al expediente [...] entre los que se establece un principio de unidad y complementariedad, lo que da lugar a la motivación *in aliunde*." Por su parte Marcos-Matías FERNANDO PABLO se muestra bastante crítico con esta doctrina a la que considera en realidad una "no motivación". *Vid.* al respecto *La motivación... op. cit.* p. 213.

⁹⁶⁰ *Vid.* de este autor *La motivación... op. cit.* pp. 234-236.

el contenido de la certificación, que exige el art. 44.3 de la LRJPAC, "está prefigurando *una suerte de motivación expresa del acto presunto*, consistente en constatar la existencia de *determinados hechos [...] y los efectos legales* que se siguen de tales hechos" (la cursiva es del citado autor). De aquí FERNANDO PABLO extrae que esta equiparación tendrá cierto interés en relación a la revisión de oficio del acto favorable obtenido por silencio. Señalando que es "la certificación la que delimita por su referencia a la solicitud y su fundamentación y al objeto del procedimiento, en su conexión con los efectos generados por la falta de resolución, los datos clave respecto de la procedencia o no de la revocación".

No obstante, tal suerte de "motivación" no nos da las razones por las cuales la Administración ha decidido permanecer inactiva. Esto es, difícilmente a través de la certificación sabremos si la inactividad es consecuencia de la negligencia de un funcionario o bien responde a una decisión consciente de la Administración que opta por dejar producirse el silencio positivo. Es perfectamente lógico que los funcionarios se cuiden de que trasciendan las verdaderas razones que han llevado a esta situación, pues de otra forma podría entrar en juego el mecanismo de la responsabilidad disciplinaria. La superación de esta dinámica pasa, a nuestro entender, por no considerar *ab initio* como ilegal toda inactividad administrativa que genere el silencio positivo. Si la Administración cuenta con la realización de alguna actividad administrativa, por ejemplo un informe técnico emitido durante el plazo de resolución, que avala los efectos que producirá el silencio positivo, podría pensarse seriamente en que la Administración no ha obrado necesariamente con negligencia, susceptible de ser castigada o generar la correspondiente responsabilidad. De otra forma, se corre el riesgo de poner demasiado énfasis en el acto resolutorio y en su notificación, cuando parece que lo que realmente importante es que se haya formado una voluntad administrativa a través de un procedimiento. Ciertamente, tal opción puede representar una cierta renuncia a las garantías formales con que se ha ido revistiendo a la resolución expresa administrativa⁹⁶¹, pero quizás podría representar una mayor agilización del tiempo de la Administración

⁹⁶¹ Es bastante ilustrativo al respecto el título del trabajo de Vera PARISIO: *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Ed. Giuffrè, Milán, 1996.

pública y del particular.

3.- El silencio administrativo y ejercicio de potestades de control en el ámbito de las relaciones interadministrativas e interorgánicas

3.1.- Las relaciones interadministrativas e interorgánicas como ámbito tradicional e histórico del silencio positivo

Las particularidades y el grado de complejidad que han adquirido las relaciones interadministrativas e interorgánicas justifican un análisis diferenciado de las relaciones ciudadano-Administración en el tema de la inactividad administrativa. Mientras que en estos últimos supuestos se está pensando fundamentalmente en derechos e intereses que se pretende reconozca la Administración pública, en el caso de las relaciones interadministrativas e interorgánicas se ventila una relación entre diversos poderes que traen tras de sí el estandarte de diversos niveles de intereses públicos que entran necesariamente en contacto. No estamos, por tanto, ante un esquema de limitación de poder, sino fundamentalmente de armonización de intereses públicos.

Hemos podido constatar al examinar los orígenes históricos del silencio administrativo en las relaciones Administración-particular como no solamente estamos ante una lucha constante para garantizar la posición del ciudadano. Como ya hemos tenido oportunidad de aclarar el silencio administrativo se muestra realmente en muchas ocasiones como un instrumento jurídico con el cual la Administración pretende hacer más soportable al particular sus formidables potestades de control e intervención, cuando no, para dejar cerradas decisiones cuya tramitación administrativa lenta y farragosa deviene ciertamente gravosa para la Administración y los caudales públicos.

Por lo que respecta al ámbito de las relaciones interadministrativas e interorgánicas tendremos ocasión de demostrar como la vigencia o no de la técnica del silencio administrativo, fundamentalmente positivo, responde a la misma concepción del modelo de

Estado y Administración vigente en cada momento: más o menos centralizado, más o menos desconcentrado. Por tanto, en este caso se agudizan aún más la concepción del silencio positivo como un mecanismo de control sobre Administraciones y sobre órganos. El elemento garantizador del silencio en el ámbito de las relaciones interadministrativas e interorgánicas no es el necesario punto de atención, tal como sucede cuando es el particular el afectado por la inactividad administrativa. Contrariamente aquí prima la eficacia de determinados intereses generales, entendiéndose que éstos no pueden quedar indefinidamente pospuestos al ejercicio de determinados controles. No se trata por tanto de que una Administración haga valer derechos preexistentes frente a otra, sino de analizar las mismas características de los controles establecidos. Tales controles adquieren justificación en la medida que existan ciertos intereses públicos superiores que puedan quedar condicionados por algunas decisiones administrativas. La actividad sujeta a control ya es portadora de un interés público determinado por la Administración en el ejercicio de sus funciones y potestades.

El proceso de evolución del silencio entre órganos y Administraciones públicas corre parejo, por tanto, a la misma transformación que han ido experimentado los controles administrativos. Este proceso ha sido en definitiva el tránsito de un Estado fundamentalmente centralista, regido por las relaciones de tutela, hacia un modelo descentralizado en que diversos entes públicos son portadores de una autonomía que constitucionalmente les garantiza una determinada posición respecto a las demás Administraciones.

El esquema de relaciones ha sido alterado no sólo por esta garantía constitucional respecto a algunas de las Administraciones, sino también fundamentalmente por la espectacular eclosión de una verdadera "galaxia" de Administraciones públicas. Durante el siglo XIX el modelo estaba centrado fundamentalmente en una Administración por excelencia, la central, a la que estaba subordinada jerárquicamente el Alcalde y el Ayuntamiento. En este contexto

Una de las formulaciones más antiguas que conocemos del silencio administrativo en nuestro país no llegó a plasmarse como norma jurídica, sino que tan sólo se formuló en vía de proyecto. Corría el año 1838, estando el Gobierno OFALIA en el poder, el ministro de

Gobernación, presentó en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley sobre las atribuciones de los Ayuntamientos. En su art. 3 preveía que determinados acuerdos de los ayuntamientos habían de ser comunicados al jefe político de la provincia para su examen. Si transcurría un mes desde la comunicación sin que fueran anulados adquirirían el carácter de ejecutorios ⁹⁶². No obstante la legislación sobre régimen local que se inspiró en este proyecto no llega a recoger esta fórmula ya que los acuerdos son ejecutorios de por sí. No es necesario, por tanto, la aprobación del jefe político si bien éste puede intervenir acordando la suspensión de aquellos que fueren contrarios a las leyes, reglamentos o Reales órdenes vigentes (art. 62 *in fine* de la Ley de 14 de julio de 1840 de organización y atribuciones de los Ayuntamientos). De esta forma, se plasman en la legislación unos mecanismos de tutela mucho más suaves que el inicialmente proyectado. Se articula un control *ex post* de la actuación municipal, en vez de una intervención previa en que la ejecutoriedad solamente se alcanzase a través de una inactividad administrativa del ente tutelante. Sin duda, prevaleció una línea más favorable a una mayor independencia de los ayuntamientos respecto al Estado.

El silencio positivo como mecanismo de tutela administrativa se manifiesta en los textos normativos más tardíamente, concretamente hacia los años sesenta y setenta del pasado siglo, y de forma especial en materia presupuestaria ⁹⁶³. No obstante, según hemos advertido anteriormente, en el capítulo primero de este trabajo, es durante el régimen del dictador PRIMO DE RIVERA cuando realmente el silencio administrativo se va introduciendo con un carácter más general, al menos en el ámbito local, en nuestro ordenamiento jurídico. El régimen local es el objeto de las reformas administrativas más profundas para intentar erradicar el mal crónico del caciquismo, el cual venía determinando la vida política de la

⁹⁶² Este proyecto es citado por BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés: *El acto ejecutivo... op. cit. pág. 196 nota 300.*

⁹⁶³ Así el art 150 de Ley municipal, insertada en la Gaceta de Madrid por Real Decreto de 2 de octubre de 1877: "Art. 150. El día 15 de marzo comunicarán los Ayuntamientos al Gobernador el presupuesto aprobado para el sólo efecto de que corrijan las extralimitaciones legales si las hubiere. De los acuerdos del Gobernador en materia de presupuestos podrán alzarse las Juntas municipales en el término de ocho días ante el Gobierno de S.M., que resolverá en el de sesenta, oyendo al Consejo de Estado. Si llegase el 15 de junio, sin resolución del Gobierno, regirán los presupuestos aprobados por las Juntas. [...]."

monarquía alfonsina. En efecto, encontramos la supresión de numerosos controles, así como el establecimiento de diversos supuestos de silencio positivo en gran parte de los preceptos de los estatutos municipal y provincial de CALVO SOTELLO de 1924 ⁹⁶⁴ y 1925 ⁹⁶⁵. No obstante, pese a la letra de tales estatutos, en realidad estamos ante una época con un gran contenido centralista, donde la autonomía local era un mero "nominalismo descentralizador" ⁹⁶⁶. No obstante, lo cierto es que este sistema influyó en ciertas disposiciones posteriores ⁹⁶⁷. De esta forma, el art. 95 de la LPA de 1958, actualmente derogado, estableció como supuesto de directa aplicación "las autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores". Supuesto que se consideró también de aplicación al ámbito de las relaciones interadministrativas.

Este instrumento de control es, por lo demás, común en otros países de nuestro entorno jurídico y cultural, como es el caso italiano ⁹⁶⁸. Así el art. 220 de la Ley municipal y provincial de 20 de marzo de 1865, núm. 2.248, al. A., que vino a recoger una normativa ya presente en la legislación administrativa de los estados italianos existentes antes de la unidad de este país. Norma que, si al parecer fue de rara aplicación, se consideraba de

⁹⁶⁴ Vid. los arts. 21 (acuerdos de fusión constitución y alteración de términos municipales cuando haya de alterarse los límites de una provincia o región), 149 (acuerdos sobre regímenes de carta, Comisión, gerencia, etc. sometidos a la aprobación del Gobierno), 182 (acuerdos municipales relativos a obras de ensanche, saneamiento y urbanización, por la demora de las Comisiones sanitarias en su revisión), 302 (reclamaciones contra el presupuesto, o en su caso, el presupuesto que tuviese entrada en la Delegación de Hacienda), 323 (Ordenanzas de exacciones) del Estatuto municipal, aprobado por Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924 (Gaceta de Madrid de 9 de marzo de 1924).

⁹⁶⁵ Vid. los arts. 202 (presupuestos provinciales), 212 (acuerdos sobre imposición de exacciones), 217 c) (ordenanzas sobre exacciones provinciales), 305 e) (proyecto de Estatuto regional) del Estatuto provincial, aprobado por Real Decreto-Ley de 20 de marzo de 1925 (Gaceta de Madrid de 21 de marzo de 1925).

⁹⁶⁶ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; ARGULLOL MURGADAS, Enric: "Aproximación histórica al tema de la descentralización: 1821-1931" en *Descentralización administrativa y organización política*, tomo I, Ed. Alfaguara, Col. "Hombres, hechos e ideas", Madrid, 1973.

⁹⁶⁷ Vid. los arts. 142 (tarifas de servicios municipalizados), 118 (proyectos de ensanche, extensión, mejora y saneamiento interior de las poblaciones) de la Ley municipal promulgada por Decreto de 31 de octubre de 1935 (Gaceta de Madrid de 1 de noviembre de 1935).

⁹⁶⁸ Vid. TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso ed esercizio... op. cit.* pp. 27 a 29, especialmente la nota 1.

extensiva a otros supuestos.

Solución parecida se adopta también en Francia, pero de forma parcial. En este país, cuna de la justicia administrativa, la Ley municipal de 5 de abril de 1884 distinguía las deliberaciones definitivas de las deliberaciones sometidas a aprobación. Las definitivas adquirirían fuerza ejecutoria un mes después de depositarse a la prefectura o la subprefectura. En cambio las segundas necesitaban de una decisión previa para tener fuerza ejecutoria por sí mismas, no preveyéndose nada en caso de silencio de la Administración tutelante. Regía, en este último supuesto, la consideración que el silencio de la Administración equivalía a un rechazo de la aprobación, permitiéndose en ciertos casos apelar ante el Ministro del Interior. No es hasta épocas más modernas que va generalizándose esta técnica.

Ante toda esta tradición histórica en el ordenamiento español y en otros ordenamientos próximos, llama la atención como desaparece una regulación general sobre los efectos de la inactividad y el transcurso del tiempo en el ámbito de las relaciones interadministrativas e interorgánicas, a diferencia de lo que acontecía durante la vigencia del régimen de la LPA⁹⁶⁹. Prevalece en los redactores de la Ley una visión del silencio desde la perspectiva Administración-ciudadano, omitiéndose cualquier alusión al silencio en el ámbito de las relaciones entre administraciones públicas o entre órganos de éstas. Esta mentalidad aparece

⁹⁶⁹ Según el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña 104/1994, de 19 de mayo, sobre el proyecto de Decreto de adecuación en materia de régimen local, juego, espectáculos, actividades recreativas, policía autonómica y local y personal al servicio de la Generalidad: "Las intervenciones autorizatorias de tipo tutelar sobre la actividad de las corporaciones locales han sido siempre el supuesto típico de silencio administrativo de carácter positivo, que ha encontrado su expresión general en el artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958. La actual configuración de la posición jurídica de los municipios obliga a que las eventuales intervenciones autorizatorias por parte de las Administraciones superiores hayan de ser fundamentadas, y muy especialmente si tienen carácter denegatorio de las pretensiones municipales. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional, desde la STC de 2 de febrero de 1981, señala que los controles serán admisibles en la medida que sean puntuales y no sean de oportunidad. En definitiva, puede ser conveniente reconsiderar la atribución de efectos desestimatorios a la inactividad de la Administración de la Generalidad en estos casos, especialmente en relación a la autorización previa regulada en el art. 86 del Proyecto." En este caso se hacía referencia a los arts. 84 (creación de cuerpos de policía en municipios de menos de 10.000 habitantes) y 86 (suscripción de acuerdos de cooperación entre policías de municipios limítrofes). El Gobierno catalán siguió parcialmente las observaciones de su Alto órgano consultivo pues mantuvo para el primer caso el silencio negativo, mientras que para el segundo acabó dando efectos estimatorios.

claramente en la Exposición de Motivos de la LRJPAC cuando se proclama que: "La Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo." Piénsese en la vigencia e importancia de esta técnica en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico, según ya hemos tenido oportunidad de comprobar en apartados anteriores de este trabajo.

3.2.- Silencio administrativo y distribución de poder sobre el territorio: Las relaciones interadministrativas

En 1986 el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT ponía de relieve como la configuración del Estado español desde unas nuevas coordenadas descentralizadoras establecidas por la vigente Constitución, cuestionaba la existencia del silencio positivo - en cuanto manifestación de una técnica de tutela - en el ámbito de las relaciones entre entes territoriales ⁹⁷⁰. En efecto, el nuevo modelo territorial, basado en el régimen de la autonomía de municipios, provincias y comunidades autónomas, ha comportado unas profundas transformaciones en el ámbito de las relaciones interadministrativas, y consecuentemente el papel que debe jugar el silencio administrativo no puede ser el mismo que durante la vigencia de un régimen de corte centralizador. La pluralidad de Administraciones públicas existentes en el Estado español y las necesarias relaciones entre las mismas puede enfocarse desde distintas perspectivas a los efectos de nuestro estudio. De esta forma, debe señalarse que las relaciones interadministrativas no se agotan sencillamente en los mecanismos de control de una Administración sobre otra, sino que nuestro ordenamiento y la misma realidad contemplan una distinta gama de situaciones.

La función de control entre Administraciones públicas se ha instrumentado tradicionalmente a través de diversos mecanismos jurídicos como son las autorizaciones, las aprobaciones y los informes. Doctrinalmente ha sido objeto de larga controversia la distinción entre aprobación (control sobre un acto definitivo o perfecto) y autorización administrativa (control

⁹⁷⁰ Vid. de este autor "El silencio administrativo desde la perspectiva..." *op. cit.* p. 85.

sobre un acto que no es ejecutivo) ⁹⁷¹, si bien en la actualidad parece que algunos autores optan por señalar que estamos ante técnicas absolutamente equivalentes, siendo intercambiables desde el punto de vista jurídico ⁹⁷². Por tanto ambas figuras estarían afectando a la eficacia del acto sujeto a control y no, en cambio, a su misma validez. En estos casos en un procedimiento ya finalizado interviene otra Administración distinta para aprobar o autorizar la decisión adoptándola para conferirle la correspondiente eficacia.

De las categorías anteriormente aludidas deben diferenciarse los procedimientos administrativos bifásicos, según la feliz formulación que realizó en su día GARCÍA-TREVIJANO FOS ⁹⁷³. Por procedimientos bifásicos nosotros entendemos aquellos procedimientos en los que corresponde a una Administración dictar actos de trámite sustantivizados que resuelven parte de las cuestiones planteadas, mientras que es competencia

⁹⁷¹ Así la STS de 13 de septiembre de 1983 (ref. Ar. 5.719) se ha cuidado en precisar que: "[...] en Derecho administrativo las aprobaciones y las autorizaciones administrativas son requisitos que subordinan la validez o eficacia de otros actos jurídicos anteriores válidos; la autorización hace que por su ausencia el acto sea nulo y sin posibilidad de subsanación posterior y la aprobación condiciona o confiere eficacia *ex post* a los actos aprobados; aquéllas representan controles preventivos en defensa del interés público (y) condicionan la validez de los actos, mientras que las aprobaciones condicionan la eficacia de los mismos a que se obtenga posteriormente la aprobación del órgano administrativo correspondiente [...]." En el ordenamiento francés algunos autores si bien coinciden en cuanto a la distinción apuntada se añade la circunstancia de que la aprobación es propia de las relaciones interadministrativas, mientras que la autorización alude a las relaciones Administración con los ciudadanos. Vid. MONNIER, Mireille: *Les décisions implicites d'acceptation de l'Administration*, Ed. LGDJ, París, 1992, pp. 23-24. También LAVIALLE, C.: *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif française*, Tesis, Toulouse, 1973, p. 40.

⁹⁷² En este sentido *vid.* el capital trabajo de SALAS HERNÁNDEZ, Javier: "El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la Administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed.): *Descentralización administrativa y organización política*, tomo II (La centralización española vigente), Ed. Alfaguara, Col. "Hombres, hechos e ideas", Madrid, 1973, pp. 456-464. Recientemente retoma este criterio SEVILLA MERINO, Ignacio: *La responsabilidad patrimonial de la Administración por la aprobación de planes urbanísticos municipales*, Ed. Federació Valenciana de Municipis i Províncies, Valencia, 1994, pp. 29-30. Por su parte otros autores continúan distinguiendo entre ambas categorías. En este último sentido *vid.* TORNOS I MAS, Joaquim: "La actividad de control sobre los entes locales" en FONT I LLOVET, Tomàs (Ed.): *Informe sobre el Gobierno local*, Ed. MAP y Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, Madrid, 1992, p. 111. En la misma línea FANLO LORAS, Antonio: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 438, si bien curiosamente se remite en este tema a SALAS HERNÁNDEZ.

⁹⁷³ *Vid.* de este autor "La autonomía municipal: aprobaciones y procedimientos bifásicos en el ordenamiento español" en *Revista de Derecho privado* 1966, pp. 747-775.

de una Administración distinta dictar el acto resolutorio. Este acto no es meramente un control de legalidad, sino que puede versar sobre aspectos discrecionales que afecten a un interés superior, distinto del que sirve la Administración a la que se atribuyen las fases iniciales del procedimiento. El ejemplo claro lo constituyen los planes de urbanismo donde el municipio realiza la aprobación inicial y provisional en las que se resuelven cuestiones de interés puramente local, mientras que a la Comunidad autónoma le compete, a través de la aprobación final, el control de legalidad sobre las actuaciones municipales precedentes, así como la decisión, discrecional o de oportunidad, sobre aquellos asuntos de interés supralocal abordados por el plan. En tales procedimientos bifásicos el control que realiza la Administración superior es más intenso pues interviene en el mismo procedimiento y determina la misma resolución en base a todas las actuaciones anteriormente realizadas. En definitiva en los procedimientos bifásicos se está en realidad ante un ejercicio compartido de competencias.

Conviene extremar las cautelas en la depuración de la terminología utilizada, pues en caso contrario puede desbordarse la utilización del concepto de procedimiento bifásico ⁹⁷⁴. Si

⁹⁷⁴ El concepto "procedimiento bifásico" que utilizamos en este trabajo es distinto del que emplea José María GIMENO FELIU en su estudio: "Seguridad jurídica y silencio positivo en los procedimientos bifásicos de elaboración de normas: las elecciones en la Universidad de Zaragoza" en *REDA* 75, julio-septiembre 1992, p. 441. Según este autor: "Nos encontramos, por tanto, con que el procedimiento para la elaboración de las citadas "Normas" es un procedimiento bifásico, en el que un órgano - la Junta de Centro - elabora el proyecto de disposición normativa, y otro órgano - la Junta de Gobierno - aprueba las disposiciones reglamentarias encaminadas a la regulación del funcionamiento interno de las Facultades y Escuelas Universitarias de la Universidad. [...] En este último caso, a la Junta de Gobierno sólo le compete la aprobación definitiva, consistiendo ésta en una mera comprobación o constatación que de las mismas se adecúan a la legalidad vigente." Nosotros consideramos que si nos encontramos ante un mero control de legalidad, cuestión realmente discutible en el supuesto planteado por GIMENO FELIU, no cabe hablar de "procedimiento bifásico" sino a lo sumo de una mera aprobación. Como hemos visto anteriormente en los procedimientos bifásicos la aprobación definitiva comporta unas facultades más intensas de control que la mera comprobación de la legalidad. Por su parte creemos que podría cuestionarse el que la Junta de Gobierno ejercite un mero control de legalidad respecto a las normas propuestas por la Junta de Facultad o Centro. En este caso habría que deducirse de los estatutos de la universidad correspondiente un régimen de verdadera autonomía por parte de las juntas de centro, pues constitucionalmente como es sabido la autonomía universitaria se predica de la universidad en su conjunto y no sólo de uno de los órganos de la misma. Por tanto, consideramos que no pueden equipararse sin más el supuesto planteado por GIMENO FELIU con la aprobación de los estatutos de una universidad por la Comunidad autónoma que como supuesto de silencio positivo recoge expresamente el art. 12 de la Ley de reforma universitaria de 1983. Sobre el control que se realiza a través de la aprobación de los estatutos de las universidades *vid.* LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja: *La autonomía de las Universidades*

atendemos exclusivamente a la terminología utilizada cualquier procedimiento se podría dividir en dos grandes fases: una de iniciación-instrucción (donde se prepara la voluntad administrativa) y otra de resolución (donde se decide el contenido de tal voluntad). Por lo que es necesario de dotar a los actos de trámite de cierto contenido sustantivador, donde se vincule en determinados aspectos a quien competa decidir. Ahora bien, tampoco debe llevarse a su último extremo la aludida sustantivación, pues en rigor no cabría hablar de un procedimiento donde dos decidieran, sino de uno único procedimiento donde uno decide y el otro meramente controla. Estos casos son más propios de lo que podríamos considerar meras aprobaciones, donde la decisión no está compartida atendiendo a diversos intereses en juego, sino una única decisión adoptada y en su caso sometida a un control.

¿En qué medida puede jugar el silencio positivo en los diversos tipos de controles analizados: autorizaciones, aprobaciones, informes vinculantes y procedimientos bifásicos?

Con la proclamación constitucional de la autonomía de ciertos entes (CCAA, municipios, provincias y universidades) si bien han desaparecido los controles meramente genéricos y de oportunidad, no puede decirse que en la actualidad no continúen vigentes determinados tipos de controles. Ahora bien, quizás en determinadas ocasiones debemos cuestionarnos la existencia de algunos de ellos y aún más su configuración como supuestos de silencio negativo en casos de inactividad. Así ocurre, por ejemplo, con la declaración de urgencia en el procedimiento expropiatorio cuya declaración corresponde al Consejo de Ministros por imperativo del art. 52 de la LEF ⁹⁷⁵. Tras la entrada en vigor de la CE puede ponerse en

como derecho fundamental: La construcción del Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, 1991, pp. 59-64. Cabe decir, que tampoco se ve en la Junta de Centro una especialidad técnica respecto al Rectorado a la hora de redactar las correspondientes normas electorales, lo que quizás justificaría la existencia de un mero control de legalidad. Otra cosa distinta es, como bien apunta GIMENO FELIU, que tratándose de un supuesto de relación interorgánica fuera aplicable el silencio positivo entonces, al regir el art. 95 de la LPA.

⁹⁷⁵ Curiosamente el art. 3.4 del REF dispone que: "Cuando expropie la Provincia o el Municipio, corresponde, respectivamente a la Diputación Provincial o al Ayuntamiento en Pleno, adoptar los acuerdos en materia de expropiación que conforme a la Ley o a este Reglamento tengan carácter de recurribles en vía administrativa o contenciosa. En los demás casos, la representación de estas Entidades corresponde al Presidente de la Diputación y al Alcalde, sin perjuicio de la competencia del Gobernador civil en el supuesto regulado por el artículo 18 de la Ley general."

tela de juicio que la urgencia en los procedimientos expropiatorios de las CCAA, de las provincias y municipios deban ser objeto de un acuerdo por el Consejo de Ministros. Si bien la jurisprudencia lo ha entendido así en el primer caso (las CCAA) con unos razonamientos impecables ⁹⁷⁶, no ha considerado desde unas argumentaciones más discutibles que pudiera extenderse tal posición al ámbito de las expropiaciones municipales y provinciales ⁹⁷⁷. Lo más grave es, además, que en algunos procedimientos de adecuación se establezca el silencio negativo en caso de inactividad de la CA respecto a la urgencia ⁹⁷⁸, quedando la presta satisfacción de los intereses locales en una situación comprometida. En efecto, como el mismo TS ha reconocido:

"[...] no nos hallamos ante una intervención del Consejo de Ministros en que se atribuya a este órgano una función garantizadora o arbitral, para preservar intereses públicos supracomunitarios, cual pudiera predicarse *ad exemplum*, de las facultades que se le confieren en cuanto a modificación o revisión de planes de ordenación urbana por el artículo 180.2 de la vigente Ley del Suelo - supuesto en que podría hablarse razonablemente de una atribución indeclinable y como tal retenida en cualquier caso - sino de un concreto y específico trámite expropiatorio que debe seguir la suerte de los restantes."

Si este argumento es válido para las CCAA no se ve como puede haber obstáculo para los municipios y provincias. Máxime cuando la propia LBRL, posterior a la LEF, otorga la potestad expropiatoria a los municipios ⁹⁷⁹. Por las razones aludidas consideramos que la

⁹⁷⁶ Es sin duda la STS de 6 de marzo de 1985 (ref. Ar. 724) quien más detalladamente examina esta cuestión. Por su parte la STS de 29 de diciembre de 1987 (ref. Ar. 9.619) si bien se reafirma en esta línea jurisprudencial no abunda en los argumentos anteriormente expuestos.

⁹⁷⁷ *Vid.* la STS de 29 de diciembre de 1987 (ref. Ar. 9.619).

⁹⁷⁸ *Vid.* el anexo I del Decreto gallego 273/1994, de 29 de julio, de adecuación de procedimientos de la Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales.

⁹⁷⁹ Si bien es cierto que el control ejercido respecto a la declaración de urgencia no priva a los entes locales de la potestad expropiatoria, si que condiciona gravemente a nuestro entender una de las modalidades de su ejercicio.

atribución de la declaración de urgencia al Consejo de ministros respecto a las expropiaciones de municipios y provincias difícilmente encaja en el régimen de autonomía establecido constitucionalmente. Pero aún es menos compatible con la autonomía local es, a nuestro entender, que en casos de inactividad se obligue a la Administración local a acudir a los tribunales, a través de la técnica del silencio negativo. La remisión de los entes locales hacia un proceso judicial comportaría en la práctica la desaparición de cualquier atisbo de urgencia, dada la larga duración que tienen en la actualidad los pleitos contencioso-administrativos.

La jurisprudencia no sólo ha aplicado una interpretación restrictiva sobre el silencio positivo en las relaciones ciudadano-Administración pública, sino que también ha trasladado esta estrecha visión al campo de las relaciones interadministrativas e interorgánicas que contemplaba el antiguo art. 95 de la LPA. Esta jurisprudencia llega en ocasiones, no sólo por su decisión sino por los razonamientos contenidos en los considerandos, a suscitar verdadero estupor. En este sentido la constitucionalización de la autonomía tanto la de las CCAA como la de los municipios se ha venido a utilizar para negar que concurría el supuesto del art. 95 de la LPA al no existir subordinación o jerarquización de una Administración sobre otra

980.

En otros casos, en cambio, la jurisprudencia ha venido a afinar más. En efecto, así se entendía pacíficamente que el silencio positivo contemplado en el art. 95 de la LPA no se ceñía exclusivamente al ámbito de las relaciones interorgánicas, como parecería deducirse de su mera interpretación literal, sino que también incluye las interadministrativas, es decir

⁹⁸⁰ Según la STS de 12 de julio de 1985 (ref. Ar. 4.213) referente a la desafectación de unos bienes municipales dedicados a casa-habitación de maestros: "tal artículo (95 LPA) no es aplicable al caso de autos pues el silencio positivo es admisible "cuando así se establezca por disposiciones legales o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de la fiscalización o tutela de órganos superiores sobre los inferiores..." y en el presente caso ni el Ministerio de Educación y Ciencia es órgano superior de la Corporación Municipal, debido a la autonomía municipal proclamada en la Constitución, ni se establece así por disposiciones legales [...]." En cambio, con buen criterio la STS de 29 de septiembre de 1986 (ref. Ar. 6.097) referida a una aprobación de tarifas: "[...] relación de superior a inferior que si no se daba entre el Gobierno Civil y el Ayuntamiento de Bilbao por razón de la incardinación en la Administración Local del Ayuntamiento y en la periférica del Estado del Gobierno Civil, sí debe entenderse establecida en este supuesto en que por mandato legal el acto de la corporación debía someterse a la fiscalización del órgano de la Administración del Estado."

entre diversos sujetos públicos con personalidad jurídica propia ⁹⁸¹. Pero por otra parte, con buen criterio, excluía de las relaciones de fiscalización y tutela contempladas por el art. 95 de la LPA aquellos casos en que varias Administraciones tuvieran atribuidas competencias distintas de autorización sobre una actividad ⁹⁸². También en aquellos casos en que pese a hablarse de aprobación definitiva, como es el caso de la reparcelación por la Comisión provincial de urbanismo, no es tanto una función de fiscalización o tutela, sino de carácter arbitral que no puede ser asumida por la Corporación municipal ⁹⁸³.

3.3.- Silencio administrativo y relaciones interorgánicas: Un mecanismo de control jerárquico

De acuerdo con un planteamiento ya clásico, descentralización y jerarquía son dos fórmulas alternativas y por tanto incompatibles, de forma que ambas se excluyen recíprocamente. Así, mientras la descentralización supone la creación o existencia de varios entes o Administraciones, produciendo relaciones interadministrativas; en cambio la jerarquía implica relaciones entre diversos órganos de un mismo ente o Administración ⁹⁸⁴. Por tanto, cada uno de estos ámbitos, las relaciones interadministrativas y las interorgánicas, están regidos por principios y reglas distintas. Tal afirmación, aunque obvia, es necesaria pues, según veremos a continuación, la dinámica del silencio administrativo en cada uno de estos ámbitos viene condicionada por el diverso juego que ocasiona en cada caso tales principios y reglas. En efecto, en el mundo interadministrativo los controles tienden a ser más tenues, sobre todo en aquellas situaciones en que está garantizada una esfera de autonomía, mientras que en la

⁹⁸¹ Vid. las SSTs de 27 de septiembre de 1975 (ref. Ar. 4.540), 11 de febrero de 1977 (ref. Ar. 1.033) y 28 de abril de 1978 (ref. Ar. 1.869). En esta última se apuntaba como el término tutela que recogía el art. 95 de la LPA de 1958 "es usado habitualmente entre Entes y no entre órganos".

⁹⁸² De esta forma la STS de 22 de diciembre de 1969 (ref. Ar. 6.095) negaba que las facultades de autorización en materia de patrimonio artístico supusiera una fiscalización o tutela sobre la licencia municipal de obras.

⁹⁸³ Vid. la STS de 28 de octubre de 1977 (ref. Ar. 4.009).

⁹⁸⁴ Pese a esta manifiesta incompatibilidad el art. 103 de la CE ha recogido cumulativamente ambos principios. Incongruencia que ha sido denunciada en diversos trabajos por el profesor Alejandro NIETO GARCÍA. Vid. de este autor "La jerarquía administrativa" en DA 229, enero-marzo 1992, monográfico "III. Administración y Constitución: el principio de jerarquía".

interorgánica éstos tienden a ser más intensos, debido a que cada Administración pública actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

La jerarquía es un principio de carácter organizativo que ha sido recogido en diversas normas jurídicas. Así nuestro Texto constitucional lo incluye entre la enumeración o listado de principios referidos a la Administración pública del art. 103 y también está presente en las principales leyes sobre la materia (art. 3 de la LRJPAC). Por tanto, la jerarquía administrativa tiene una dimensión jurídica que se expresa a través de reglas y mandatos, de los que se desprenden a su vez unas determinadas consecuencias jurídicas. Cabe decir, sin embargo, que la legislación se limita a enumerarlo, sin dotarle de un contenido preciso y sistemático, por lo cual debe deducirse a través de otras normas contenidas en nuestro ordenamiento. Así, podemos señalar como diversas manifestaciones del principio de jerarquía: a) la dirección política sobre la actuación de la Administración pública (art. 97 de la CE y 3.3 de la LRJPAC); la dirección a través de instrucciones y órdenes de servicio (art. 21 de la LRJPAC); la delegación y la avocación de competencias (arts. 13 y 14 de la LRJPAC); las decisiones sobre competencias (art. 20 de la LRJPAC); el demorar la eficacia de los actos a la aprobación superior (art. 57.2 de la LRJPAC); la convalidación de actos anulables (art. 67 de la LRJPAC); la revisión de oficio y los recursos administrativos (arts. 102 a 119 de la LRJPAC); la inspección de los órganos inferiores y la aplicación de las sanciones disciplinarias correspondientes, etc ⁹⁸⁵.

Esta dimensión y contenido jurídico de la jerarquía administrativa implica la existencia de unos límites. Tales límites giran a nuestro entender en torno al concepto de competencia administrativa. Así, un órgano superior no puede determinar el contenido concreto del acto dictado por un inferior, pues rige la regla o mandato de la irrenunciabilidad de la competencia. Por tanto, el superior debe utilizar las potestades, técnicas y procedimientos

⁹⁸⁵ Una relación algo similar de estas técnicas ha sido formulada por Manuel BEATO ESPEJO: "Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos" en DA 229, enero-marzo 1992, monográfico "III. Administración y Constitución: el principio de jerarquía".

a las que hemos venido aludiendo, como por ejemplo la avocación de la competencia o la revisión a través de un recurso administrativo. Algunas de ellas ya hemos tenido ocasión de aludir en apartados anteriores de este trabajo, respecto a otras aludiremos posteriormente. Este es el caso, por ejemplo, del recurso administrativo que no sólo constituye una manifestación de la jerarquía administrativa, sino que a la vez constituye un remedio o garantía del administrado frente a las actuaciones ilegales de la Administración pública.

Como regla general parece que cuanto más intensas sean las relaciones de jerarquía, los supuestos de inactividad puede resultar más conveniente la técnica del silencio negativo, mientras que cuando en estas relaciones la jerarquía queda más atenuada, debido a la propia especialidad del órgano que detenta la titularidad de la competencia pueden ser más susceptibles de aplicar el silencio positivo.

La competencia como límite de la jerarquía administrativa se refuerza considerablemente en aquellos casos en que pese a la posición de superioridad, las competencias no son materialmente idénticas ni son atribuidas a personas que por razón de su cargo tienen capacitaciones distintas. Es el caso de la presencia de técnicos o especialistas en las organizaciones jerárquicas. Así como magistralmente ejemplifica el profesor NIETO GARCÍA: "El superior jerárquico no puede ordenar al inferior que, si es cirujano, cauterice las heridas con polvos de talco o, si es interventor, que multiplique con los dedos: en materia técnica no es superior del técnico el superior jerárquico y, por ende, todo lo que en este ámbito decida está fuera de su competencia ⁹⁸⁶." Estamos ante el problema de lo que ha venido a denominarse discrecionalidad técnica que ha venido a suscitar numerosos pronunciamientos jurisprudenciales especialmente en el ámbito de las resoluciones de los tribunales de oposiciones y concursos, así como en las decisiones de las mesas de contratación ⁹⁸⁷. ¿Qué sucede si el órgano superior no emite la aprobación de la propuesta

⁹⁸⁶ *Vid.* de este autor "La jerarquía administrativa"... *op. cit.* p. 40.

⁹⁸⁷ Otro supuesto similar sería la propuesta de contratación que la mesa eleva al órgano superior. Como hemos visto anteriormente MASIP ACEVEDO descartaba el silencio en base a la posible existencia de discrecionalidad.

presentada por el órgano técnico? ¿Estamos, en este caso, ante un mero control de legalidad o el superior jerárquico como los tribunales puede alterar en base a otros juicios calificados la propuesta emitida por la comisión? ¿Puede jugar, por tanto, en este caso el silencio positivo?

En el caso que entendamos que la discrecionalidad técnica no vincula a los tribunales, debe trasladarse en coherencia este mismo criterio a los órganos administrativos que resuelven tal procedimiento ⁹⁸⁸. Si bien entendemos que para decidir deben basarse en otros elementos de juicio que permitan disentir razonadamente de los utilizados por el órgano técnico que realiza la propuesta. En todo caso, parece oportuno que el ordenamiento jurídico prevea expresamente tales posibilidades. Así, por citar un ejemplo, véase el art. 145.3 del Reglamento catalán de obras actividades y servicios que en relación a los procedimientos para el ejercicio de actividades económicas por los entes locales en régimen de libre concurrencia, prevé que el incumplimiento del plazo para la redacción de la correspondiente memoria comporta el cese automático de los miembros de la comisión, pudiendo la corporación municipal nombrar otra con la misma finalidad. La posibilidad de acudir, en casos de inactividad, a órganos técnicos distintos de los inicialmente competentes, será analizada especialmente en el capítulo tercero de este trabajo al aludir a la inactividad en la tramitación del procedimiento.

Por tanto, de admitir esta posibilidad el control administrativo realizado no es de mera legalidad. La posibilidad de introducción de elementos de discrecionalidad en la decisión final quizás debería replantear la aceptación sin más en estos casos del silencio positivo.

Debe señalarse, por último, que la jerarquía administrativa encuentra, según hemos visto, una manifestación muy relevante en las potestades de revisión de actos y de resolución de

⁹⁸⁸ La doctrina mayoritaria ha criticado sistemáticamente el dogma de la soberanía de las comisiones calificadoras de concursos en base al pleno control jurisdiccional que sobre la actividad administrativa realizan los tribunales. *Vid.* por todos a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1994, pp. 34-46.

recursos. Se ha preferido, sin embargo, realizar en este trabajo un tratamiento específico de tales instituciones. La razón de ello reside en cuanto el ámbito de aplicación de las mismas no se ciñe exclusivamente al ámbito de las relaciones interorgánicas, si bien en las mismas pueden adquirir un relevante papel, sino que asumen una vertiente *ad extra* muy importante que incide en las situaciones jurídicas de los ciudadanos afectados.

4.- El silencio administrativo en el ejercicio de potestades relativas a la validez y eficacia de los actos administrativos

La potestades que se atribuyen a la Administración sobre la validez y eficacia de sus actos ha sido considerada como una manifestación de la autotutela administrativa ⁹⁸⁹, por cuanto la capacitan para proteger o tutelar por sí misma, sin auxilio del juez, sus situaciones jurídicas. Por lo que respecta a las potestades de revisión y revocación de actos, entendidas en sentido amplio, estamos ante lo que se ha calificado como "autotutela decisoria", esto es, aquella que "habilita para resolver los conflictos con otros sujetos en relación a sus actos o pretensiones mediante la reconsideración y, en su caso, modificación de los actos por ella dictada" ⁹⁹⁰. En lo que hace referencia a las potestades sobre la eficacia de los actos, nos encontraríamos ante la autotutela en sus manifestaciones declarativa y ejecutiva. Esto es, el poder de configurar sus actos como de cumplimiento necesario, llegándolos a imponer por la fuerza si no son aceptados voluntariamente.

Si bien ambas manifestaciones de lo que ha sido considerado como autotutela operan en un plano distinto, están estrechamente interrelacionadas entre sí y por ello se procede a su examen conjunto en este apartado. Esta estrecha conexión se constata ya al observar que la

⁹⁸⁹ Por todos *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 486-512. Así como el trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: "La formación histórica del principio de autotutela de la Administración" en *Moneda y Crédito* 128 (Homenaje a Rubio Sacristán), 1974.

⁹⁹⁰ *Vid.* CUCHILLO I FOIX, Montserrat: "La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC" en TORNOS MAS, Joaquín (Ed.): *Administración pública y procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 30/1992)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 348-349.

suspensión de los actos administrativos encuentra su principal regulación en el art. 111 de la LRJPAC que se encuentra ubicado en el capítulo II "Recursos administrativos" del título VII "De la revisión de los actos en vía administrativa". Además ello se corrobora por cuanto la nulidad de pleno derecho de los actos se configura como una de los supuestos de suspensión de la eficacia del acto administrativo [art. 111.2.b)].

La ubicación de estas potestades sobre la validez y eficacia del acto administrativo como manifestaciones de la autotutela administrativa, parten de la premisa que tales atribuciones corresponden originariamente a jueces y tribunales (art. 117.3 de la CE) en el esquema de separación (distribución) de poderes. Estamos, por tanto, ante potestades "materialmente jurisdiccionales" o "cuasi jurisdiccionales", siendo razones de carácter eminentemente práctico las que llevan a que el ordenamiento acabe atribuyéndolas a la Administración. Cabe señalar, sin embargo, que estamos ante un sujeto - la Administración - que se integra en un Poder público - el Ejecutivo - y que, como tal, una de sus características esenciales es, según ha señalado el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, la posición jurídica de desigualdad en que le coloca el ordenamiento jurídico ⁹⁹¹.

En las potestades sobre la eficacia de los actos administrativos esta desigualdad se justifica esencialmente en cuanto la consecución del interés general no puede quedar demorado de forma sistemática a un pronunciamiento expreso por parte de los tribunales de justicia. El tiempo forma parte del propio interés público que se persigue. Por lo que respecta a las potestades sobre la validez de los actos administrativos resulta más difícil justificar esta desigualdad, por cuanto parece que su finalidad inmediata no es tanto la consecución de un interés general concreto, sino el pronunciarse sobre la corrección - legalidad - de los medios utilizados para conseguirlo. Para el profesor GÓMEZ-FERRER MORANT la justificación de este tipo de potestades debe buscarse en el hecho que el sometimiento de los poderes públicos a la Ley y al Derecho constituye una de las propias característica definitorias del

⁹⁹¹ Vid. de este autor "Derecho a la tutela judicial efectiva y posición jurídico peculiar de los poderes públicos" en *REDA* 33, abril-junio 1982.

Estado de Derecho, de tal forma que consecución de fines de interés general al margen del Derecho no es un interés propio del Estado. De ahí puede buscarse el interés general que justifica que la Administración pueda pronunciarse sobre sus propios actos ⁹⁹².

Las potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración en torno a la validez y eficacia de los actos administrativos se forjaron en un marco constitucional distinto del actualmente existente. En este nuevo marco la suspensión de los actos administrativos no puede concebirse como una facultad excepcional que quiebra únicamente en supuestos contados, sino que las medidas cautelares deben ser un instituto que pueda ser utilizado indistintamente para poder tutelar los diversos intereses públicos y privados en presencia ⁹⁹³. En este contexto, la técnica del silencio positivo puede llegar a ser un límite a tales potestades, pudiéndose llegar a suspender por el transcurso del tiempo la eficacia de los actos administrativos ⁹⁹⁴. Por tanto, el tiempo puede jugar, en estos casos, como de hecho lo hace, un papel relevante en cuanto límite a su ejercicio. La Administración habría de valorar los intereses en juego antes de proceder indiscriminadamente a imponer sus actuaciones. Ante la omisión o ausencia de esta valoración administrativa el ordenamiento debe reaccionar,

⁹⁹² Vid. de este autor "La revisión de oficio" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 284-285.

⁹⁹³ La Exposición de Motivos del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996 señala que la suspensión y demás medidas cautelares no pueden configurarse como una situación excepcional: "Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario. Pero su decisión debe ponderar en todo caso los intereses en juego, incluidos los intereses generales y de terceros, como es lógico, a fin de evitar situaciones irreversibles o difíciles de reparar en perjuicio de cualquiera de ellos. El equilibrio que la Ley pretende conseguir entre todos esos intereses determina que no pueda mantenerse la regla general según la cual la interposición del recurso no suspende la eficacia de la decisión recurrida. Pero tampoco puede acogerse como regla general la regla contraria, atribuyendo al recurso automáticamente carácter suspensivo."

⁹⁹⁴ Así el magistrado Ángel AROZAMENA LASO señala que: "Una muestra de la tendencia progresiva a romper aquel principio general de no suspensión de la ejecución de los actos administrativos haciendo prevalecer la regla contraria, esto es la de la suspensión cautelar, lo encontramos en la nueva Ley cuando construye una suerte de silencio positivo para la solicitud de suspensión [...]." Vid. de este autor: "Recursos administrativos (artículos 107 a 119)" en PENDÁS GARCÍA, Benigno (Ed.): *Administraciones públicas y ciudadanos*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 727.

impidiendo que pueda mantenerse abusivamente el ejercicio de esta potestad.

Asimismo desde estas coordenadas constitucionales, las potestades de revisión de los actos plantean una constante tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica. Por tanto, se debe facilitar que tanto a instancias de la Administración como de los particulares se puedan depurar las actuaciones contrarias a la legalidad, ahora bien ello debe mantenerse dentro de unos límites temporales, impidiendo que el ejercicio de tales facultades puedan ejercitarse *sine die* de forma indiscriminada. En tal situación el silencio negativo ha contribuido significativamente a construir a través de las potestades de revisión una auténtica "acción de nulidad". La asimilación del silencio negativo al acto administrativo, con el retorno a la teoría del acto consentido, puede erigirse curiosamente no sólo como un límite a las pretensiones de los particulares, sino como veremos a la propia revisión de oficio iniciada por la Administración.

4.1.- El silencio administrativo en las potestades de revisión y revocación de actos

Los procedimientos en que se ejerciten poderes de revisión de actos administrativos pueden ser iniciados de oficio o a solicitud de persona interesada (arts. 102.1 y 103.1 de la LRJPAC). La legislación dispone expresamente que transcurrido el plazo sin que se hubiera dictado resolución, se podrá entender que ésta es contraria a la revisión del acto (arts. 102.4 y 103.6 de la LRJPAC). La opción del silencio negativo está plenamente justificada dada la intervención en este tipo de procedimientos del Consejo de Estado u órgano equivalente de la CA, siendo el silencio positivo inadecuado para obtener la nulidad o anulabilidad de actos administrativos, cuya declaración exige una ponderación y un estudio detenido. De esta forma, la implantación del silencio positivo en el ámbito de la revisión de oficio supondría la destrucción de la presunción de validez de los actos administrativos por el mero transcurso del tiempo, solución difícilmente compatible con el interés público ⁹⁹⁵.

⁹⁹⁵ Si parece más aceptable, según veremos más adelante, obtener a través del silencio positivo la suspensión de la eficacia del acto administrativo (art. 111.4 de la LRJPAC). La suspensión como mera medida cautelar y provisional desaparecerá cuando se resuelva el conflicto entre particular y Administración. En cambio obtener

En el caso de los procedimientos de revisión iniciados a instancia de persona interesada, la operatividad del silencio negativo parece que no presenta mayores consideraciones. En cambio, la situación no parece tan clara cuando la inactividad se produce en una revisión de oficio cuya iniciación se ha realizado por iniciativa propia de la Administración pública. Cuando el procedimiento de revisión de oficio sea susceptible de no producir efectos favorables para el ciudadano a quien afecta la inactividad, parece que debiera ser aplicable la caducidad del procedimiento, tal como establece el art. 43.4 de la LRJPAC ⁹⁹⁶. Sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos en el capítulo tercero sobre este tipo de caducidad, cabe decir que esta solución, si bien perfectamente lógica desde la interpretación de este precepto legal, no es plenamente satisfactoria para el ciudadano, que durante el plazo de cuatro años para el ejercicio de la potestad, puede verse expuesto en cualquier momento a un nuevo procedimiento de revisión de oficio. En cambio, la operatividad del silencio administrativo negativo en estos procedimientos parece más favorable para el ciudadano beneficiado por el acto del cual se pretende la nulidad, pues implica precisamente la confirmación de ese acto. De esta forma, una vez se ha producido el silencio la Administración debe abstenerse de resolver y, por tanto, de ejercitar sus poderes de revisión. Debe hacerse notar que los arts. 102.4 y 103.6 de la LRJPAC no hablan de efectos desestimatorios de la solicitud de un interesado, sino disponen que transcurrido el plazo sin resolución, ésta podrá entenderse *contraria* a la revisión del acto. Por tanto, parece que estos preceptos no limitan sus efectos a una forma concreta de iniciación del procedimiento y por

la invalidez por el mero transcurso de unos plazos perentorios tiene un carácter de anticipar la solución del conflicto entre Administración y particular que requiere un análisis ponderado y expreso.

⁹⁹⁶ En este sentido se ha pronunciado el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat* 207/1996, de 4 de julio, sobre la revisión de oficio de unas subvenciones en materia de viviendas para jóvenes menores de 30 años otorgadas por la Secretaría General de Juventud: "El procedimiento que ahora nos ocupa tiene como objeto la revisión de unas subvenciones otorgadas por la Generalidad de Cataluña, por lo cual s'incluye dentro del ámbito de aplicabilidad de la figura de la perención o caducidad del procedimiento". Cabe decir que anteriormente este mismo Alto órgano consultivo había mantenido el criterio opuesto en el Dictamen 144/1995, de 20 de julio, sobre la modificación del Plan especial de reforma interior del Raval, reordenación del Plan central de Barcelona, donde se señalaba que: "Aunque la norma citada se refiera a las solicitudes de los interesados, y por tanto parece concernir solamente a las actuaciones a instancia de parte, la remisión de los actos presuntos en materia de revisión de oficio lleva a entender que en estos casos no se produce la caducidad sino el silencio negativo y se han de tener en cuenta las disposiciones reguladoras de los actos a instancia de parte."

ello, serían aplicables tanto si se ha iniciado de oficio como si se ha hecho a instancia de persona interesada. Por su parte, parece que el art. 43.4 de la LRJPAC está pensando más en los procedimientos ordinarios de gestión y no tanto en los procedimientos de revisión de actos.

Ahora bien, la solución del silencio negativo plantea ciertos problemas, por cuanto la eventual aplicación de la doctrina del acto consentido podría implicar en la práctica que en los casos de nulidad de pleno derecho donde no existen plazos de impugnación, la revisión de oficio no pudiera realizarse transcurridos los plazos de producción del silencio. Asimismo por lo que respecta a los supuestos de anulabilidad o nulidad relativa, la reducción del plazo de caducidad para el ejercicio de la potestad de cuatro años, al establecido para resolver el procedimiento. Por ello, desde la perspectiva de la Administración y la defensa de la legalidad de los actos parece como la solución menos mala la aplicación de la caducidad⁹⁹⁷. Si bien debe señalarse que sería conveniente que la declaración de caducidad permitiera al mismo tiempo al ciudadano acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, instrumentándose al respecto alguna acción de carácter declarativo.

No obstante, la intensidad de las potestades que se están ejercitando y la situación claudicante en que se encuentra el interesado, expuesto a nuevos procedimientos de revisión, todo ello unido a las argumentaciones que hemos expuesto anteriormente, parece que se aconsejaría que en estos casos se diera mayor prevalencia al principio de seguridad jurídica, y acabara imponiéndose la aplicación del silencio negativo. En realidad, la acción sigue manteniéndose ya sea de forma indefinida como sucede en los casos de nulidad de pleno derecho, ya sea en el período de cuatro años en los supuestos de anulabilidad. Ahora bien, una vez se inicie el correspondiente procedimiento, éste deberá realizarse en los plazos fijados legalmente.

⁹⁹⁷ La opción por la caducidad parece ser la solución que propugna el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, si bien la limita a los procedimientos en los que el único afectado es el favorecido por el acto que se pretende revisar. Así según este autor: "Puede suceder, sin embargo, que el único interés privado en presencia sea el del primitivo destinatario del acto, al que la revisión va a producirle un efecto desfavorable, por lo que el procedimiento de revisión se habrá iniciado de oficio. Pues bien, en tal supuesto puede ser de aplicación la caducidad del procedimiento, por no haber resuelto en tiempo determinado [...]." *Vid.* de este autor "La revisión de oficio" ... *op. cit.* p. 304.

La cuestión se complica más cuando existen diversos interesados que defienden posiciones contrapuestas en el procedimiento de revisión de oficio. Así después de haberse iniciado de oficio por la Administración, podría personarse un tercero a quien el mantenimiento del acto viciado de nulidad podría afectar de forma negativa a sus intereses. Estaríamos por tanto ante un procedimiento iniciado de oficio susceptible de producir actos favorables para algunos de los interesados. Debe señalarse que la legislación sobre procedimiento administrativo no prevé una solución específica para este caso. Por ello se plantea la misma disyuntiva expuesta anteriormente: o bien se aplica analógicamente el régimen previsto para la caducidad del procedimiento regulada en el art. 43.4 (procedimientos iniciados de oficio **no** susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos); o bien entender que estábamos en un supuesto de silencio administrativo. Con todo nos encontramos con un problema añadido que consiste básicamente en si la presencia de interesados que defienden posiciones contrapuestas, acaba alterando los efectos de ausencia de resolución expresa.

La aplicación de la caducidad parece que limitaría las posibilidades impugnatorias de la persona interesada en que se revise el acto y se proceda a su anulación, pues el debate se centraría fundamentalmente en si era procedente o no el archivo de las actuaciones al transcurrir el plazo máximo de resolución previsto para el procedimiento de revisión de oficio. Por ello, debe primar la solución más favorable a que puedan tutelarse los diversos derechos e intereses en presencia ante los órganos jurisdiccionales competentes⁹⁹⁸. En esta línea el silencio negativo impediría a la Administración resolver una vez transcurrido el plazo para emitir la certificación de acto presunto⁹⁹⁹, pero los particulares que no estuvieran

⁹⁹⁸ El art. 28.2 del Proyecto de la LJCA de 3 de enero de 1996 establece que para los procedimientos iniciados de oficio susceptibles de ocasionar efectos favorables para sus destinatarios una acción que se asimila a la establecida para el tratamiento de la inactividad material, pudiendo acudir en estos casos ante los tribunales competentes.

⁹⁹⁹ Según veremos más adelante, desde la posición que se defiende en el presente trabajo, el silencio administrativo no se produciría por el mero transcurso del plazo para resolver el procedimiento, sino que requeriría que se emitiera la certificación o transcurrieran veinte días desde su solicitud. A partir de ese momento el art. 43.1 de la LRJPAC establece que las Administraciones públicas deberán abstenerse de resolver. En cambio, la caducidad se produciría por el plazo máximo de resolución del procedimiento, al cual debería añadirse treinta días, de acuerdo con el art. 43.4 de la LRJPAC.

conformes con el acto objeto de revisión podrían acceder a la vía administrativa o jurisdiccional procedente. Posibilidad de impugnación que se mantendría abierta indefinidamente mientras los interesados no tuvieran conocimiento de la certificación de acto presunto, pues hasta que no se acreditara dicho conocimiento, no empezaría a contar ni el plazo de un mes para la interposición del recurso ordinario ni el de dos meses para el recurso contencioso-administrativo.

Puede afirmarse, por tanto, la existencia de una *vis atractiva* de los efectos favorables que ocasiona el silencio, de tal forma que la presencia de un interesado que se vea beneficiado por los mismos determina que se aplique el régimen jurídico de los denominados actos presuntos frente al de la caducidad del procedimiento ¹⁰⁰⁰.

La regulación del procedimiento de revisión de oficio no establece un plazo máximo de resolución ¹⁰⁰¹, por lo que en principio debiera ser de aplicación supletoria el de tres meses previsto por el art. 42.1. de la LRJPAC. No obstante, el trámite del dictámen del Consejo de Estado ya es de dos meses, dejando el plazo de un mes para el resto de las actuaciones. Plazo que se ha considerado como insuficiente, pues la suma de cada uno de los diversos trámites excede el total previsto. En este sentido se ha propuesto que al plazo supletorio de tres meses del art. 42.2 de la LRJPAC debe sumársele el de dos meses del trámite extraordinario de consulta al Consejo de Estado u Órgano correspondiente de las

¹⁰⁰⁰ Según veremos en el capítulo cuarto de este trabajo, un argumento similar se utiliza para aplicar la revisión de oficio frente a la mera revocación de actos, cuando existiendo varios interesados unos se ven favorecidos por el acto que se pretende revisar y otros se ven perjudicados. El hecho que para algunos de los interesados sean actos de gravamen no significa que éstos sean revocables libremente, pues para los otros interesados serán declarativos de derechos.

¹⁰⁰¹ En algún ámbito sectorial, como el tributario, se llega aún más lejos por cuanto se establece expresamente por vía reglamentaria que los procedimientos especiales de revisión regulados en los arts. 153 y 154 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, "no tienen plazo prefijado para su terminación". *Vid.* al respecto el art. 1.3 y el anexo 3 del RD 803/1993, de 28 de mayo, por el que se modifican determinados procedimientos tributarios. Tal solución que parece basarse en las especificidades propias del ámbito tributario, reconocidas por la disposición adicional quinta de la LRJPAC, se presenta difícilmente compatible con las más elementales exigencias de seguridad jurídica. Sobre esta problemática concreta volveremos en el capítulo tercero de este trabajo

Comunidades autónomas ¹⁰⁰². Tal propuesta se basa en la distinción entre el procedimiento ordinario de gestión que es el que regula la LRJPAC, para el cual parece haberse establecido el plazo de tres meses, y el dictamen del Consejo de Estado que es un trámite distinto no previsto por esta regulación general al establecerse con carácter supletorio este plazo máximo de resolución. En sentido distinto parece haberse pronunciado el Secretario de Estado para las Administraciones públicas quien en Resolución de 20 de marzo de 1996, señala simplemente que el plazo máximo en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la Administración general del Estado es de tres meses. Ante esta situación si bien es lógico que estos procedimientos tengan un plazo específico para su tramitación, distinto del general de tres meses, entendemos que ello debe ser objeto de una expresa previsión normativa, que no necesariamente debe tener rango de Ley orgánica, sino que incluso podría acometerse por vía reglamentaria. Más discutible parece, en cambio, la solución de añadir al cómputo general el plazo específico de emisión del dictamen. Estamos en este caso ante dos tipos de plazos diferentes, no homogéneos: uno general establecido para la resolución del procedimiento considerado en su conjunto, y otro específico que hace referencia a uno de los trámites seguidos en el mismo. El carácter general del plazo de tres meses, previsto por el art. 42.1 de la LRJPAC, respecto a todo tipo de procedimientos, intervenga o no el Consejo de Estado, aparece reforzado por la ubicación sistemática de este precepto (título IV), distinta de la regulación del procedimiento administrativo (título VI). Es más, hay algunos procedimientos en los que interviene de forma similar el Consejo de Estado, donde se establece expresamente por disposición legal el plazo máximo de tres meses, como es el de la resolución de recursos de revisión.

Mientras no se estableciera expresamente por vía normativa un plazo máximo de resolución en los procedimientos de revisión de oficio, quizás pudiera acudir a la técnica de ampliación de plazos prevista por el art. 42.2 de la LRJPAC en aquellos casos en que por

¹⁰⁰² En este sentido *vid.* la interesante propuesta formulada por el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT en "La revisión de oficio" ... *op. cit.* p. 302. Solución que ha sido recogida expresamente por el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 145/1995, de 20 de julio, sobre la revisión de oficio de determinados actos administrativos derivados del proceso selectivo de funcionarios docentes de los cuerpos de enseñanza secundarios en Cataluña, en relación con J.A.R.

el número de solicitudes presentadas se previera que no pudiera cumplirse el plazo máximo de tres meses. El límite para ello es que la ampliación no sea superior al plazo inicialmente previsto. De esta forma se podría ampliar en dos meses el procedimiento, consiguiéndose un plazo similar al anteriormente propuesto. Así se daría cierta cobertura normativa, al menos con carácter provisional, a un plazo más amplio y quizás por ello más adecuado ¹⁰⁰³. Ahora bien, debe advertirse que no es la solución más óptima, sino que reviste un carácter meramente coyuntural, hasta que se procediera a la correspondiente previsión normativa, la cual insistimos es del todo punto necesaria. Para establecer normativamente el aludido plazo bien pudiera ser suficiente, a nuestro juicio, acudir a la adecuación y al desarrollo reglamentario de procedimientos ¹⁰⁰⁴.

4.2.- El silencio administrativo en la potestad de resolución de recursos

Hemos visto anteriormente, al referirnos a las potestades de control en el ámbito de las relaciones interorgánicas, como el recurso administrativo suponía una de las manifestaciones del principio de jerarquía. Por ello la regla general en el supuesto de falta de resolución en plazo de los recursos es el silencio negativo. Ahora bien, no sólo es un mero instrumento de control dentro de la organización administrativa, sino que también es el cauce por el que los interesados ejercen su derecho de defensa contra posibles ilegalidades administrativas. Cauce que ha sido cuestionado por su utilidad, hasta el punto que la LRJPAC ha suprimido el

¹⁰⁰³ Tal vez otra posible solución podría ser la aplicación analógica del plazo de otro procedimiento donde interviniera desde una posición similar el Consejo de Estado, exigiéndose su dictamen con carácter preceptivo. En este sentido, por ejemplo, cabe citar el plazo de seis meses previsto para la resolución del procedimiento ordinario de responsabilidad patrimonial, por el art. 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo. Sin embargo las diferencias existentes entre lo que se persigue en ambos procedimientos, pueden llegar a cuestionar la aplicación del citado plazo.

¹⁰⁰⁴ Si bien debe tenerse en cuenta que el plazo para realizar la adecuación prevista en la disposición adicional tercera de la LRJPAC finalizó el 27 de agosto de 1994. Sobre la distinción entre adecuación y desarrollo *vid.* el excelente Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* de la Generalitat de Catalunya 171/1993, de 7 de octubre, sobre el proyecto de Decreto del procedimiento sancionador de aplicación de los ámbitos sectoriales de competencia de la Generalitat. Puede consultarse una versión en castellano del mismo en TRAYTER I JIMÉNEZ, Joan Manuel; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: *Derecho administrativo sancionador: materiales ... op. cit.* pp. 365-373 y unas breves consideraciones sobre el mismo en las pp. 129-132.

antiguo recurso de reposición que únicamente perdura en el ámbito específico de la legislación tributaria.

La regla general del silencio negativo quiebra en el caso que transcurridos los plazos legales, la falta de resolución se haya producido tanto en vía de petición como en vía de recurso, es decir en dos ocasiones y de forma sucesiva. Seguramente se pensó con ello que la introducción del silencio positivo supondría una técnica eficaz para evitar que los órganos superiores se desentiendan de la inactividad producida por los órganos inferiores. En efecto, el mecanismo del recurso administrativo no debe ceñirse exclusivamente a controlar las posibles desviaciones o ilegalidades producidas en las actuaciones de los órganos inferiores, sino también en aquellas inactividades que supongan conductas ilegales. Así lo ha entendido, el art. 43.3.b) de la LRJPAC que si bien establece como regla general el silencio negativo en materia de recursos, los considerará estimados por silencio cuando el órgano administrativo fiscalizado a través del recurso no se haya pronunciado en el plazo legalmente establecido.

Según el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT tal precepto "se inspira en lo establecido por el artículo 51.6 del Estatuto de los Trabajadores, para los expedientes de regulación de empleo por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor; en el mundo laboral - según parece - esta solución ha dado lugar a que, ante la presencia viva de intereses contrapuestos, la Administración, que se encuentra en una posición arbitral, resuelva en plazo los recursos ¹⁰⁰⁵." Esta transposición a los recursos administrativos quizá debiera haber sido objeto de mayores matizaciones, dado que la Administración en estos casos no siempre ocupa una mera posición arbitral entre intereses privados contrapuestos, sino que puede estar defendiendo directamente un determinado interés público, el cual puede quedar gravemente afectado por la aplicación del silencio positivo. No parece por ello que sea la solución más

¹⁰⁰⁵ Vid. de este autor "El deber de contestar y los actos presuntos. La nueva regulación del silencio administrativo" en MARTÍN REBOLLO, Luis (Ed.): *Cuadernos de Derecho Judicial. Estudio de la LRJ de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (I)*, Ed. CGPJ, Madrid, 1994, p. 139. También ha advertido este antecedente Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *El silencio administrativo en la nueva Ley... op. cit.* p. 122.

adecuada, pues el silencio administrativo adquiere, de esta forma, una función de castigo que no ha de ser, en principio, la propia de esta institución. En efecto, las posibles sanciones que deban derivarse del incumplimiento de la obligación de resolver deben residenciarse en las personas que, de acuerdo con el ordenamiento, son responsables de las mismas, según veremos ulteriormente. Si el silencio administrativo adquiere este carácter sancionador queda, en definitiva, perjudicado el interés público y no las personas causantes de la dilación y de la falta de respuesta en el tiempo legalmente establecido.

Estamos, por tanto, ante un mero estímulo de la obligación de resolver, pero no ante un mecanismo que haga prevalecer la solución más adecuada posible a los diversos intereses en presencia. Seguramente, una opción legislativa más coherente, que podría tenerse en cuenta en una posible reforma de la LRJPAC, sería la de dejar a la regulación de cada procedimiento la posibilidad de establecer la aplicación de este peculiar supuesto. De esta forma, si bien no es descartable que este supuesto previsto originariamente en el mundo laboral pudiera extenderse a otros ámbitos distintos, e incluso que ello fuera conveniente. Tal traslación podría realizarse de forma más ponderada, viendo en cada procedimiento el juego de los diversos intereses implicados.

Se plantea además, si el silencio positivo generado por falta de resolución sucesiva en vía de petición y en vía de recurso, es aplicable a todo tipo de recurso administrativo. De una interpretación aislada del art. 43.3 b) y de una primera lectura podría contestarse afirmativamente. No obstante, esta no parece ser la solución a la que llega la nueva normativa. En efecto, al realizarse un examen más atento de la Ley podría distinguirse según la clase de recurso administrativo ante el cual nos encontramos.

Por lo que hace referencia al denominado recurso ordinario, regulado en los arts. 114 a 117 de la LRJPAC, debe entenderse sometido al régimen previsto por el art. 43.3.b) y por tanto podrá entenderse estimado si concurren los presupuestos que configuran este precepto. Así hay que entenderlo cuando el art. 117 que regula la resolución presunta del recurso ordinario establece como régimen general los efectos estimatorios del silencio, exceptuándose el

supuesto al que estamos aludiendo ¹⁰⁰⁶. Mientras por lo que respecta al recurso de revisión el art. 119.3 establece que habrá de entenderse desestimado quedando abierta la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa, pues no se realiza ningún tipo de excepción y remisión al art. 43.3.b) citado. Se puede entender que el silencio administrativo será en todo caso negativo cuando se trate de una resolución presunta del recurso de revisión. Lo mismo cabría entender tanto de las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles (art. 124.2) como las laborales (art. 125.2). La razón por la cual no se aplica el silencio positivo por dos inactividades sucesivas en el ámbito del recurso de revisión reside en la distinta función que cumple este tipo de recurso respecto al denominado recurso ordinario. En este caso, no se trata de ejercer un control jerárquico del superior respecto del inferior en relación a la validez del acto, sino en posibilitar en determinadas circunstancias un nuevo control de la Administración por concurrir unos casos tasados que establece la propia regulación del recurso.

En relación al recurso de revisión cabe advertir como la actual regulación ha flexibilizado las dificultades existentes en el sistema de la LPA de 1958 para admitir este tipo de recurso en los supuestos en que se producía el silencio administrativo ¹⁰⁰⁷. En efecto, con la anterior normativa se exigía que el recurso se interpusiera contra "actos administrativos firmes" (art. 127 de la LPA), mientras que en la actualidad pueden interponerse contra "los actos que agoten la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo" (art. 118 de la LRJPAC). Según ya hemos tenido oportunidad de apuntar y según desarrollaremos más detenidamente, en los casos de silencio negativo no se producía estrictamente la firmeza del acto que era el requisito exigido por la LPA, al constituir una mera ficción legal de efectos meramente procesales. Por lo demás el particular utilizaba otras vías para reabrir los plazos del recurso.

¹⁰⁰⁶ En sentido similar se ha pronunciado el Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996 al reintroducir el recurso de reposición potestativo. Así según el art. 41.3 de este Proyecto: "El plazo para resolver el recurso de reposición será de un mes, transcurrido el cual se entenderá desestimado salvo lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 43.3.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

¹⁰⁰⁷ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en la nueva Ley... op. cit.* pp. 129-131.

Debe señalarse, además, que en la actualidad se prevé, con muy buen criterio, un plazo específico de resolución del recurso y, por tanto, de producción del silencio administrativo. Se acaba, por tanto, con una situación de cierta incerteza debido al vacío legal que, en este punto, había producido la LPA que no establecía ningún plazo al respecto. Ello había llevado a algunos autores a negar la aplicación de la técnica del silencio administrativo en casos de inactividad de la Administración. Desde una posición más matizada, la jurisprudencia vino a aplicar supletoriamente el plazo establecido para el antiguo recurso de alzada. En la actualidad el plazo de resolución del recurso ordinario y el del recurso de revisión si bien continúan siendo idénticos son previstos de forma específica en cada caso.

Respecto al silencio administrativo en vía de recurso se suscitan otros problemas que serán examinados en otras partes de este trabajo. Por un lado se plantea si los casos donde se transfieran facultades relativas al dominio público y al servicio público quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del silencio positivo obtenido por el doble incumplimiento de la obligación de resolver (en vía de petición y en vía de recurso), problemática que examinaremos ulteriormente en este mismo capítulo al hablar de los límites del silencio positivo. Por otro lado nos encontramos también ante el problema de la eventual aplicación de la certificación en vía de recurso, aspecto que trataremos en el capítulo cuarto al estudiar precisamente esta figura.

4.3.- El silencio administrativo como límite a la eficacia y a la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos

Ya hemos tenido ocasión de aludir en apartados anteriores de este trabajo a la incidencia del transcurso del tiempo en el ejercicio de la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos. En este momento puede plantearse si el silencio administrativo puede constituir un límite a la realización o puesta en práctica de tales potestades. Cabe decir, que la doctrina más autorizada ha planteado la necesidad de tomar en cuenta los comportamientos abusivos de la Administración a los efectos de que los Tribunales dicten las correspondientes medidas cautelares.

Una novedad significativa del procedimiento de recurso es la posibilidad general de obtener por silencio positivo la suspensión del acto administrativo (art. 111.4) ¹⁰⁰⁸. Este supuesto se establece en el capítulo que la LRJPAC dedica a los recursos administrativos puesto que la suspensión se solicita de un acto que finaliza el procedimiento administrativo o que es susceptible de impugnación autónoma. Este precepto debe ser puesto, a su vez, en conexión con el art. 94 de la propia LRJPAC cuando establece que los "actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, *salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior*" (la cursiva es nuestra). Por tanto, la obtención por silencio positivo de la suspensión del acto supone un supuesto reconocido expresamente en el que quiebra la eficacia y ejecutividad de los actos administrativos.

Toda esta regulación, ciertamente, puede contribuir a suavizar las consecuencias que hasta ahora se derivaban de la potestad de autotutela, evitándose así un abuso de la misma por parte de la Administración ¹⁰⁰⁹. Así podemos observar que a pesar de la inactividad formal

¹⁰⁰⁸ Tal previsión cuenta con algún antecedente en determinado ámbito sectorial. Así, por ejemplo, el art. 81 apartado 12 del Reglamento de procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas, según redacción introducida por la disposición adicional primera del RD 2.361/1985, de 18 de diciembre, con la siguiente redacción: "Por el hecho de presentar la solicitud de suspensión, se entenderá acordada ésta con carácter preventivo hasta que el órgano competente resuelva sobre su concesión o denegación, acuerdo que deberá adoptarse en el plazo de diez días siguientes a aquel en que tenga entrada en el registro el expediente administrativo en el que se dictó el acto impugnado." Si bien ya la propia redacción del precepto limitaba ya la operatividad de este supuesto al tener mero carácter preventivo y durar hasta la resolución de la suspensión, la jurisprudencia ha acabado reduciendo aún más sus posibilidades al exigir que la suspensión se solicitara en los términos reglamentariamente establecidos, es decir requiriendo que se garantice el importe de la deuda tributaria y no bastando, por tanto, su mera solicitud. *Vid.* en este sentido la STS de 14 de octubre de 1992 (ref. Ar. 8.024).

¹⁰⁰⁹ Dentro de esta línea hay que hacer referencia a la doctrina sobre el *fumus boni iuris* en el ámbito de las medidas cautelares, que ha tenido un gran impulso en nuestro país a través de la obra del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE. Lúcidamente este autor advierte el papel relevante que ha de jugar el silencio administrativo para el otorgamiento de la suspensión por el órgano judicial. *Vid.* de este autor "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de ejecutividad" en *REDA* 70, abril-junio de 1991, pp. 255-267. Al supuesto aquí planteado si bien no se corresponde exactamente con el que estamos tratando creemos que son perfectamente extrapolables las siguientes palabras del ilustre profesor: "[...] el silencio administrativo, en que la Administración se permite apoyarse en un simple privilegio procesal general y abstracto para desdeñar considerar siquiera las razones con que los ciudadanos se oponen a sus actos, ha de jugar una «importancia» destacada «en el campo de las medidas cautelares». Se comprende inmediatamente

de ésta al no resolver expresamente un recurso sobre un acto administrativo, éste llegaba igualmente a ser ejecutable hasta que no se obtuviera la correspondiente suspensión, normalmente en vía jurisdiccional una vez abierto y resuelto el correspondiente incidente cautelar. Pasividad de la Administración de la que difícilmente puede inferirse una urgencia de la ejecución del acto administrativo derivada de una pronta y eficaz consecución del interés general al cual objetivamente ha de servir aquélla. La Administración no podrá desconocer, de esta forma, la suspensión por silencio positivo del acto que ha dictado, pues en caso contrario podría incluso llegar a recaer en la denominada vía de hecho.

Podría llegar a argumentarse que la aplicación automática de un límite - el silencio positivo - a la eficacia de los actos administrativos es difícilmente compatible con la exigencia de una ponderación causuística de los diversos intereses públicos y privados afectados. Cabe decir, sin embargo, que este límite opera ante la ausencia de valoración administrativa y tendría como objetivo forzar a la Administración, precisamente, a que se realizara este necesario proceso valorativo. La aplicación del silencio positivo supondría una contrabalanza a la exigencia que sea siempre el particular quien tenga la carga de recurrir y probar. Es la Administración y no el particular quien debe acreditar que la ejecutividad de sus actos responde a necesidades concretas de interés público.

Ahora bien, el carácter instrumental de la medida cautelar respecto al recurso administrativo¹⁰¹⁰

que así deba ser: el silencio administrativo, juegue el papel que juegue a otros efectos, es la expresión misma de una radical falta de «contestación seria» por parte de la Administración a las pretensiones «aparentemente» fundadas de los ciudadanos."

¹⁰¹⁰ La instrumentalidad ha sido considerada unánimemente por la doctrina española como la nota principal de las medidas cautelares. Por todos *vid.* CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas y Universidad Complutense, Madrid, 1991, pp. 32-34. Por su parte algún autor ha apuntado, en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, la necesidad de superar el carácter instrumental de la medida cautelar. *Vid.* en este último sentido el trabajo del profesor Joaquín TORNOS MAS: "Derecho a la enseñanza en la lengua materna y medidas cautelares positivas (Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 1993) en *REDA* 81, 1994, pp. 128-129. Asimismo, el profesor Manuel REBOLLO PUIG advierte, respecto a las medidas cautelares o provisionales en el procedimiento administrativo, que existen excepciones a la afirmación de que la medida provisional no puede prolongarse más allá de la resolución final cuya eficacia pretende garantizar. *Vid.* de este último "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo" en AA.VV.: *La protección jurídica del ciudadano*

puede llegar a mediatizar la efectividad de la medida. Y ello por cuanto podría llegar a entenderse que a la Administración le bastaría con resolver el recurso para obtener un nuevo acto administrativo ejecutivo. Por tanto, quizás hubiera sido más conveniente que la suspensión obtenida por silencio se prolongara hasta obtener un pronunciamiento jurisdiccional expreso. Solución que, sin duda, sería más favorable a la realización de una tutela cautelar como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En este sentido la fundamental STC 66/1984, de 6 de junio (Viviendas de protección oficial) advertía que el derecho a la tutela judicial efectiva quedaba satisfecho:

"[...] estando abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad o la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de decisión judicial."

Como ya tuvimos oportunidad de defender en otro lugar la Administración es también titular del derecho a la tutela judicial efectiva y a su corolario que es la tutela cautelar ¹⁰¹¹. Por tanto, debería ser en el correspondiente incidente cautelar ante el juez donde ambas partes plantearan sus respectivas posiciones. En cualquier caso la ejecutividad del acto que resuelve el recurso debe pasar por la exigencia de que la Administración motive y acredite, en el mismo, el interés público concurrente que justifica el cumplimiento necesario e inmediato del acto. Por tanto, en la medida que tales extremos no queden acreditados, sería conveniente que el juez hiciera prevalecer la suspensión obtenida previamente a través del silencio positivo.

(Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Homenaje al profesor Jesús González Pérez, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 706.

¹⁰¹¹ Vid. AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: "La reciente evolución de la tutela cautelar..." *op. cit.* pp. 1.694-1.695. En este trabajo entendíamos que la valoración de intereses público-privado para la adopción de la medida cautelar no contradecía el art. 24 de la CE, como han opinado otros autores, sino entraba precisamente dentro del contenido esencial del derecho a la tutela cautelar. Derecho del que ambas partes, Administración e interesado eran titulares.

III.- LOS LÍMITES AL SILENCIO POSITIVO EN EL EJERCICIO DE DETERMINADAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

1.- La incidencia del silencio positivo en las potestades administrativas discrecionales: la dicotomía derecho preexistente-interés legítimo

1.1.- La construcción y crisis del concepto clásico de autorización como remoción de límites al ejercicio de derechos preexistentes y la aplicación del silencio positivo

La necesidad de conferir valor estimatorio al silencio administrativo fue reclamada por los autores en aquellos casos que la decisión de la Administración pública fuera automática por estar previamente determinada por el propio ordenamiento, es decir en el ejercicio de potestades regladas. En este sentido debe destacarse tanto a JEZE¹⁰¹² como a HAURIOU¹⁰¹³ que aludían a cierta jurisprudencia sobre permisos de construcción. Las tesis formuladas por ambos juristas encontraron amplio eco en la otros autores que propugnaban en este sentido generalizar el valor estimatorio del silencio¹⁰¹⁴. Es lógico que el silencio positivo encuentre su acomodo lógico en las autorizaciones. En las construcciones clásicas se partía de la dicotomía autorización reglada - concesión discrecional. Mientras que las primeras se venía a eliminar obstáculos a los derechos de los particulares en las segundas se producía una transferencia de funciones que correspondía a las Administraciones públicas. Por tanto, se percibía una tendencia favorable a considerar las autorizaciones como el campo natural de aplicación del silencio positivo¹⁰¹⁵.

¹⁰¹² Vid. de este autor "Essai..." *op. cit.* pp. 780-781.

¹⁰¹³ Vid. de este autor *Précis de droit administratif et de droit public français*, Ed. Sirey, 10ª edición, París, 1921, p. 350.

¹⁰¹⁴ Vid. KELLERSOHN, M.: *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, thèse, Bordeaux, 1915, p. 141; GRACH, H.: *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'administration*, thèse, París, 1912, p. 89.

¹⁰¹⁵ Esta tendencia aún puede percibirse claramente en la STS de 8 de mayo de 1965 (ref. Ar. 2774): "Que lo que justifica la aplicación de la teoría del silencio administrativo positivo, en materia de licencias municipales, es la propia naturaleza de estas autorizaciones administrativas que, al permitir el ejercicio de un derecho, del

Como se ha puesto de relieve, el concepto de autorización trae causa de las aportaciones doctrinales que, en su día, realizaron los ilustres juristas Oreste RANELLETTI (1893)¹⁰¹⁶ y Otto MAYER (1895)¹⁰¹⁷. Según el primero la autorización sería aquel acto administrativo que remueve los obstáculos del Derecho público que se oponen al ejercicio de un derecho o poder propio (construcción a la que se adhiere el art. 43.2 b) de la LRJPAC, si bien estableciendo como excepciones el que "la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público")¹⁰¹⁸. Para el segundo, en cambio, la autorización levantaría, en cada caso concreto, una prohibición establecida con carácter general. Se reestablecería, en este último caso, la libertad inicial que tendría el sujeto autorizado que había sido limitada previamente por la norma de policía.

Estas construcciones reflejan la clásica tensión existente entre las potestades administrativas

que ya era titular el autorizado, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio, con relación a la zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar, muestra como, mediante la licencia, no se amplía el patrimonio del autorizado, con la adición de un bien o de un derecho que antes no tuviera, si bien es cierto que, con ella, se dilata su esfera jurídica, mediante la eliminación de las cortapisas establecidas previamente por el ordenamiento, al objeto de que el ejercicio de ciertos derechos por el particular, no pueda hacerse sin un previo control administrativo, sin que aquella remoción implique la transferencia de derecho alguno, del Ente autorizante al sujeto autorizado por lo que nuestro más Alto Tribunal ha declarado que el otorgamiento de una licencia consiste en una autorización a un particular para realizar un acto que está permitido, y se exige para averiguar si se cumplen las condiciones requeridas (sentencia de 17 de diciembre de 1959), lo que da lugar a que la más frecuente utilización de la doctrina del silencio administrativo positivo se produzca precisamente en el campo de las autorizaciones de policía, respecto a las que no repugna la idea de que se interprete la pasividad administrativa en el sentido de aquiescencia, a diferencia de lo que acontece en el campo de las concesiones administrativas."

¹⁰¹⁶ Vid. de este autor su clásico trabajo "Concetto e natura delle autorizzazione e concessioni" en *Giurisprudenza italiana* 1894, parte IV, pág. 7 y siguientes.

¹⁰¹⁷ De este autor hemos consultado la edición *Le Droit administratif allemand*, Ed. Giard & Brière, París 1904, pág. 57-81.

¹⁰¹⁸ La construcción realizada por RANELLETTI viene a retomar y reelaborar de forma sistemática conceptos y observaciones ya presentes en la doctrina administrativista francesa (LE RAT DE MAGNITOT-HUARD DELAMARRE). Vid. ANNO, Paolo dell': *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Ed. CEDAM, Padova, 1989, p. 49 nota 6.

y los derechos de los particulares ¹⁰¹⁹. De esta forma, tal y como ha apuntado acertadamente el profesor Alejandro NIETO, estamos ante "una técnica de composición entre estas fuerzas opuestas consistente en las licencias o autorizaciones, que se formalizan muy pronto en el siglo XIX, como una herencia consolidada del Antiguo Régimen" ¹⁰²⁰. Todo ello en un contexto en el cual la burguesía controla al Estado con un parlamento formado a su imagen y con una jurisdicción contencioso-administrativa organizada de acuerdo con su mentalidad. Es por este motivo que las garantías se articulan sobre los derechos individuales que ostentaban las clases adineradas y no propiamente sobre la legalidad. Desde esta perspectiva la autorización no creaba derechos que eran reconocidos por el Estado, sino que posibilitaba el ejercicio de los que previamente ya existían en el patrimonio del interesado. Es significativo precisamente que la jurisdicción contencioso-administrativa se montará en el sistema de SANTAMARÍA DE PAREDES en torno a la protección de derechos lesionados por la actuación de la Administración.

Sobre la autorización concebida como remoción de límites al ejercicio de un derecho preexistente se ha dicho que estábamos ante una técnica que "repugnaba, hasta cierto punto, al Estado liberal, pero que deviene rasgo típico del Estado intervencionista de nuestros días". Así "el Estado liberal prefiere el sistema puramente represivo" ¹⁰²¹. Estaríamos de esta forma ante una dicotomía entre los principios liberales que se manifiestan preferentemente en vía represiva frente a un sistema intervencionista que propugna el control previo. Hasta tal punto, que se ha llegado a afirmar que la "vinculación a los postulados del Estado liberal de las concepciones clásicas de la autorización es, por lo demás, discutible" ¹⁰²². Desde

¹⁰¹⁹ En este sentido Paolo dell'ANNO, pone de manifiesto como "el sector de los procedimientos autorizatorios es uno de aquellos campos donde más agudamente se manifiesta la confrontación dialéctica entre libertad y autoridad". *Vid.* de este autor *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Ed. CEDAM, Padova, 1989, p. 15.

¹⁰²⁰ *Vid.* de este autor *Estudios históricos sobre... op. cit.* p. 203.

¹⁰²¹ *Vid.* GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo II. Parte General: conclusión*, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 131.

¹⁰²² *Vid.* FERNÁNDEZ PASTRANA, José María: "Reivindicación del silencio positivo..." *op. cit.* p. 121.

otra perspectiva se ha dicho, en cambio, que la autorización como remoción de límites corresponde a "un planteamiento rigurosamente liberal de las actividades de los particulares en un Estado en que este, pacífico respetador del libre juego de la regla general del *laissez faire*, límite sus intervenciones a la prevención de los más crasos atentados a las condiciones básicas de la convivencia" ¹⁰²³.

Creemos que ambas posiciones llevadas a sus últimos extremos pecan de un exceso de simplificación de lo que es la historia y realidad del Derecho administrativo durante los dos últimos siglos ¹⁰²⁴. Hemos visto, anteriormente en el capítulo primero de este trabajo, como posiciones claramente liberales no se identificaban necesariamente con una negación de todo tipo de intervencionismo administrativo. Por otro lado a lo largo de nuestra historia han prevalecido gobiernos de corte conservador y autoritario frente a los breves períodos "liberales". Es más los dos grandes teóricos de las autorizaciones administrativas (Otto MAYER y Oreste RANELLETTI) están fuertemente influenciados por la doctrina hegeliana sobre el Estado y se trasluce en sus trabajos la construcción y el fortalecimiento de una Administración de corte autoritario. En cualquier caso, parece que el modelo de autorización administrativa como remoción de límites se adecuaba en gran medida con la mentalidad burguesa de finales del XIX y principios del XX. Se venía a establecer, por tanto, una solución de compromiso, un equilibrio entre los derechos privados y el necesario y cada vez más pujante intervencionismo público.

Ya en nuestro siglo y en pleno auge del Estado intervencionista las funciones que desempeña

¹⁰²³ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón: "Silencio positivo..." *op. cit.* p. 213.

¹⁰²⁴ Como ha dicho el profesor Alejandro NIETO GARCÍA: "Mucho se ha escrito sobre el Estado liberal, sobre el liberalismo en general y sobre todos y cada uno de sus aspectos concretos, entre ellos la Administración y el Derecho Administrativo. Pero la verdad es que de ordinario se trata de puras generalizaciones sobre un Estado liberal abstracto, especulado por la mente humana, al que se atribuyen idealmente las características reales de sus diferentes apariciones históricas. Y es que, como ha dicho Burdeau, "la realidad no ha conocido al Estado liberal sino Estados liberales. Solo el transcurso de la historia permite hablar en singular del Estado liberal, de la misma manera que solo la distancia permite ver el bosque donde, desde cerca 'solo hay árboles'". En definitiva, siempre se está operando con lo que hoy se denomina un *modelo*." Vid. de este autor "La Administración y el Derecho administrativo durante el Gobierno provisional de 1868-69"... *op. cit.* p. 64.

la Administración se despliegan por los más inverosímiles ámbitos de la realidad. No obstante, siguen plenamente vigentes los esquemas heredados del antigua época liberal que son traspolados, sin una adecuada readaptación, a la nueva realidad que entonces comenzaba a aparecer. Por este motivo muchas de las técnicas existentes se revelan inadecuadas en su formulación originaria y demandan nuevas construcciones y formulaciones. Si en plena época liberal un sistema de controles administrativos *ex ante* podía ser más o menos efectivo, pues los ámbitos de control eran bastante más reducidos que en la actualidad, hoy en día "el Estado no da más de sí, dicho lisa y llanamente". No se puede pretender que las Administraciones públicas estén fiscalizando cada uno de los ámbitos privados donde es posible que exista una intervención autorizatoria. Esto no quiere decir, sin embargo, que deban desentenderse de la persecución de los intereses públicos ¹⁰²⁵, se trata, en cambio, de dosificar esfuerzos y facilitar un control *ex post* de la Administración que evite la consolidación de situaciones de pura ilegalidad.

Durante los años cincuenta y sesenta las bases conceptuales de la autorización, en su acepción clásica, fueron cuestionadas en nuestro país por un cualificado sector doctrinal al advertir desde el examen de diversos supuestos que éstos poco o nada tenían que ver con el esquema clásico de la remoción de límites que opera sobre un derecho preexistente ¹⁰²⁶. En muchos casos ni siquiera existía tal derecho ni había que remover nada, pues el derecho nacía con la misma autorización ¹⁰²⁷. Esta circunstancia se ponía particularmente de relieve con las

¹⁰²⁵ Como señala la STS de 5 de junio de 1984 (ref. Ar. 3.132): "[...] pero ello no quiere decir que la nueva política de libertad industrial permita a la Administración desentenderse de la industria, sino que subsisten las inspecciones a las empresas, la petición de datos y la exigencia de determinadas características técnicas y de volumen mínimo de producción [...]."

¹⁰²⁶ Ver MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: "Acción administrativa sanitaria: La autorización para la apertura de farmacias" en *RAP* núm. 24, septiembre-diciembre de 1957, pág. 117-162; VILLAR PALASÍ, José Luis: *La intervención administrativa en la industria*, Ed. IEP, Madrid 1965; MARTÍN MATEO, Ramón: "Silencio positivo..." op. cit.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: "Inscripciones y autorizaciones industriales" en *RAP* núm. 52 de 1966, pp. 421-446; MANZANEDO MATEOS, José Antonio: *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Ed, IEAL, Madrid 1968.

¹⁰²⁷ De acuerdo con la STS de 11 de junio de 1991: "Debe destacarse en materia de autorizaciones administrativas, como viene destacando la doctrina más autorizada, ha habido un abandono de la tesis tradicional que venía englobándolas en una única categoría de actuación administrativa y que, poniendo el acento en la

denominadas autorizaciones operativas en que la actuación de la Administración no se detenía en la concesión del título autorizatorio sino que se prolongaba durante el ejercicio de éste por el particular.

En la actualidad si bien asistimos a un fenómeno de profundas transformaciones en la dicotomía público-privado, consideramos poco meditado concluir que "los postulados del Estado intervencionista se encuentran desahuciados o en franca revisión" ¹⁰²⁸. Lo que quizás esté en crisis es el Estado prestacional, en cuanto a las dimensiones que éste debe alcanzar, pero no el Estado intervencionista. Según hemos tenido la oportunidad de constatar anteriormente los fenómenos denominados "privatizadores" no se han traducido necesariamente en una reducción de lo público frente a lo privado, sino más bien en una resituación e incluso fortalecimiento del intervencionismo del Estado. Así la traslación a la iniciativa privada de la gestión de ciertos ámbitos que hasta ahora estaban publicados se ha traducido en una mayor reglamentación y regulación de la actividad de estos ámbitos sectoriales.

El criterio de la remoción de límites a derechos preexistentes como elemento que define la autorización está siendo, por lo demás, cuestionado por la legislación en supuestos muy significativos. Tal es el caso de las licencias de urbanismo, considerado por la doctrina como el paradigma de las autorizaciones regladas. En efecto, a partir de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo, se establece una nueva regulación de las licencias urbanísticas que se desmarca claramente de la normativa precedente. Con la nueva regulación el derecho de propiedad inmobiliaria se concibe como la adquisición sucesiva de varios derechos o facultades (a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación), a través del cumplimiento de ciertos deberes (de

existencia de un previo derecho por parte del solicitante, concluía en situar la operatividad de la autorización en una actividad de remoción de los obstáculos que impedían el ejercicio de ese derecho previo; con la consecuencia de otorgar a la actuación un carácter declarativo y de negarle contenido positivo, actualmente se afirma: la autorización administrativa no responde a un tipo único [...]."

¹⁰²⁸ Vid. en este sentido FERNÁNDEZ PASTRANA, José María: "Reivindicación del silencio positivo..." *op. cit.* p. 122.

cesión, de equidistribución y urbanización) en unos determinados plazos. De esta forma el art. 33.1 del Texto refundido sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, afirma que: "El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar" ¹⁰²⁹. Por tanto, parece que la licencia comporta la adquisición de derechos o facultades y no la mera remoción de obstáculos ¹⁰³⁰. Así algunos autores han señalado que la regulación actual de la licencia urbanística incorpora a la misma "alguna nota propia de los actos concesionales" ¹⁰³¹. No obstante un importante sector doctrinal aún viene manteniendo que en estos casos permanece vigente el concepto clásico de autorización. Desde esta perspectiva se entiende que lo que ha cambiado no es la concepción de la licencia, sino del mismo derecho de propiedad. La *facultas aedificandi*, que integraría tal derecho, no depende exclusivamente de la aprobación de un plan, sino del esfuerzo del propietario de cumplir con una serie de obligaciones ¹⁰³². Así se señala que: "El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia, se tiene ya desde el momento en que se cumplen en plazo los deberes legales, si bien para su ejercicio concreto es preciso superar el control preventivo en que todo mecanismo autorizador consiste" ¹⁰³³.

¹⁰²⁹ Diversas normas han definido la licencia urbanística como "el acto administrativo mediante el cual *adquieren efectividad* las posibilidades de parcelación, edificación, ocupación, aprovechamiento o uso relativos a un suelo determinado, previa concreción de lo establecido al respecto en las Leyes, Planes de Ordenación y demás normativa urbanística (la cursiva es nuestra)." *Vid.* el art. 1.1 de la Ley asturiana 3/1987, de 8 de abril, reguladora de la disciplina urbanística y el art. 1 de la Ley balear 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística.

¹⁰³⁰ Así el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ ha afirmado que: "[...] la licencia ya no presupone la facultad de edificar, sino que la crea." *Vid.* de este autor *Comentarios a la Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 204.

¹⁰³¹ *Vid.* PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Manual de Derecho administrativo*, vol. 2, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 426. Para estos autores. "[...] ese derecho no preexiste (al menos en condiciones tales, que le permite ser ejercitable), pues se adquiere justamente con ocasión y en el momento del otorgamiento de la licencia (art. 33.1 TRLS), lo que significa que ésta tiene eficacia constitutiva, produciendo la consolidación, en el patrimonio del solicitante, del derecho a edificar o, al menos, el perfeccionamiento, en el patrimonio del solicitante, del derecho a edificar."

¹⁰³² *Vid.* LLISSET BORRELL, Francisco: "Aplicación de la Ley 8/1990, gestión del tiempo urbanístico y naturaleza de la licencia de edificación en dicha Ley" en *RDU* 126, enero-febrero, p. 73.

¹⁰³³ Así el profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que continúa siendo aplicable el concepto clásico de autorización al ámbito de las licencias urbanísticas. *Vid.* de este autor *Manual de Derecho urbanístico*, 10ª ed., Ed. Publicaciones Abella, El Consultor, Madrid, 1993, pp. 212-213, y en ediciones

Lo cierto es, sin embargo, que la no obtención de la licencia comporta una serie de consecuencias importantísimas como es la aplicación de la reducción del aprovechamiento. Tales consecuencias no suponen la pérdida de unas facultades de las que ya disponía el solicitante, sino que se adquiere unas facultades menores a las que corresponderían de haberse obtenido la autorización. Cabe decir que si la reducción de este aprovechamiento fuera el resultado de una pérdida o ablación de facultades que preexisten en el patrimonio del interesado, ello parece que no debería producirse *ex lege* tal como sucede en la legislación vigente, sino tal y como sucede en aquellas actividades denominadas de limitación a través de un procedimiento contradictorio donde se dictara un acto en el que se declarara la pérdida o ablación.

El planteamiento que viene manteniendo el concepto clásico de autorización en el ámbito urbanístico está enmarcado, y quizás condicionado, por el carácter reglado que de este tipo de licencias. En realidad el "mito" o "dogma" del carácter reglado de tales licencias es una construcción jurisprudencial que ha llegado a encontrar acomodo en los mismos textos positivos. Así el art. 243.3 del Texto refundido de 1992, expresamente utiliza la expresión: "Sin perjuicio del carácter reglado de las licencias urbanísticas [...] ¹⁰³⁴." En el carácter reglado de las licencias urbanísticas debe señalarse que la jurisprudencia ha jugado un papel determinante, hasta el punto que a partir del mismo se ha condicionado el tema del control del planeamiento ¹⁰³⁵. Ahora bien la existencia de un derecho del solicitante, como

posteriores.

¹⁰³⁴ En realidad el carácter reglado o discrecional de una potestad no viene dado por la forma de expresión que utiliza la norma: "deberá" *versus* "podrá", "otorgará discrecionalmente" *versus* "sin perjuicio del carácter reglado". Según señaló con toda precisión el profesor Fernando SAINZ MORENO: "lo decisivo es la naturaleza del criterio que ha de aplicarse y no la "forma" de atribución de la facultad de decidir [...]." *Vid.* de este autor *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 309 y 311.

¹⁰³⁵ La jurisprudencia es constante en su consideración reglada: *vid. ad exemplum* SSTs de 16 de octubre de 1990, 25 de mayo de 1991 y 22 de septiembre de 1992. Llegando al extremo de anular aquellos planes de urbanismo que estén redactados de forma imprecisa. *Vid.* sobre el tema a DELGADO BARRIO, Javier: *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, 1993, pp. 29-35. Puede entenderse, tal y como establece el art. 242.3 del mismo cuerpo legal, que las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y planeamiento urbanísticos. Por tanto serán ambos instrumentos quienes vinculen más o menos a la Administración al haber de resolver la correspondiente

acertadamente se ha puesto de relieve, no siempre tiene que corresponderse necesariamente y en todo caso con el ejercicio de una potestad totalmente reglada. Cabe pensar en la posibilidad que algunas facultades que forman parte del derecho subjetivo puedan estar sometidas a cierto margen de valoración o apreciación por la Administración.

Con la LRJPAC parece que existe un retorno al concepto tradicional de autorización, precisamente al establecer uno de los supuestos de silencio positivo. Así se establece que se podrán entender estimadas las solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes (art. 43.2.b). Ahora bien, seguidamente exceptúa aquellos casos en que se transfieran facultades relativas al dominio público o al servicio público que se entenderán desestimadas. De una interpretación *a contrario* parece que se está admitiendo que la autorización puede transmitir facultades, algunas de ellas afectarán al servicio público o al dominio público y otras no. Si se admite tal posibilidad, ya no estamos ante la mera remoción de límites, y por tanto la licencia no tiene un carácter meramente declarativo, sino también constitutivo. No quiere decir con ello que en todo tipo de autorización donde se produzca una constatación reglada, se produzca necesariamente una transferencia de derechos y facultades. Lo que se quiere poner de relieve es la necesidad de relativizar este criterio como forma de definición de las propias autorizaciones regladas.

La existencia de un cierto grado de discrecionalidad en la actividad de ordenación no implica necesariamente la inexistencia de situaciones jurídicas individuales donde se ostenten derechos individuales frente a la Administración pública. Así, piénsese en el caso de las autorizaciones discrecionales. Según MANZANEDO MATEOS frente a la autorización no

solicitud. Piénsese que es lógico que la doctrina y jurisprudencia hayan predicado el carácter reglado de tales licencias, debido al derecho de propiedad que se encontraba detrás de las mismas ("preexistente"). En este sentido puede citarse como botón de muestra la STS de 16 de marzo de 1987 (ref. Ar. 3.656) según la cual la licencia urbanística "como acto de control preventivo, no constitutiva, sino meramente declarativa, de un derecho preexistente del administrado ya atribuido por el ordenamiento urbanístico y por el derecho civil, que no transfiere facultades, sino que remociona límites, por lo que su otorgamiento o denegación se ha de actuar dentro de la más estricta legalidad, pues la Administración no es libre para decidir si otorga o no la licencia, puesto que el contenido del acto ha de ser por entero reglado, lo que impide establecer restricciones discrecionales [...]."

existe siempre un derecho subjetivo, pues cuando la norma que otorga la potestad permite un juicio de discrecionalidad en su otorgamiento la posición del solicitante es de interés legítimo ¹⁰³⁶. Esta afirmación ha sido puesta en cuestión por otros autores que constatan como la existencia de derechos subjetivos, como la libertad de empresa, pueden condicionarse su ejercicio al otorgamiento de una autorización con contenido discrecional, sin que ello suponga la transformación de un derecho constitucional en un interés legítimo por una norma administrativa. Un supuesto significativo lo constituye la reciente Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (BOE 72, de 25 de marzo de 1995). En la misma se sujeta a autorización previa ciertos acuerdos y actos relacionados con entidades mercantiles. En definitiva se está limitando el ejercicio del derecho de propiedad, la venta de acciones, a la obtención de una autorización que la Ley ha configurado con un cierto grado de discrecionalidad ¹⁰³⁷. Pues, en la citada normativa no se establece una serie de requisitos como parámetro para otorgar o no la autorización, simplemente en la Exposición de motivos se alude a la finalidad de "garantizar la continuidad empresarial que demande la prestación del servicio cumplido por la empresa". La misma Ley para suavizar la exigencia de autorización establece un supuesto de silencio positivo en caso de inactividad de la Administración.

Debe recordarse que se ha venido asociando históricamente el concepto de potestad reglada con la existencia de una norma y de un derecho del particular, mientras que la potestad

¹⁰³⁶ Vid. de este autor *El comercio exterior... op. cit.* p. 389 que titula con el expresivo título de "Discrecionalidad incompatible con derecho subjetivo", así también las pp. 397-398.

¹⁰³⁷ En este punto son de gran interés las precisiones realizadas por Gaetano AZZARITI, recogiendo las tesis de DE GIOANNIS GIANQUINTO. Así se señala que: "Pero, las posibilidades no se agotan en esta neta división (derecho subjetivo-potestad reglada/interés legítimo-potestad discrecional). Porque hay derechos materialmente lesionados que no son derechos violados. "La violación del derecho consiste en la lesión injusta o ilegal del mismo derecho. Pero puede suceder que el poder administrativo disponga en ciertos casos del derecho de los privados para las necesidades de la cosa pública en virtud de autorización de la propia ley". En estos casos la Administración bien no siendo titular de un poder discrecional propiamente dicho viene investida por una decisión legislativa". Vid. del primer autor *Dalla discrezionalità al potere (La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e la qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Ed. CEDAM, Padova, 1989, p. 280-281.

discrecional, en sentido contrario, se vinculaba con la ausencia de una normativa y con la circunstancia de que no podía oponerse derechos sino intereses. En base a esta distinción las primeras leyes de lo contencioso-administrativo excluyeron de esta jurisdicción aquellos supuestos en los que el particular alegaba un simple interés frente a la Administración al considerarse que se estaba ejercitando una potestad discrecional ¹⁰³⁸. Con posterioridad, como es sabido, la doctrina ha centralizado sus esfuerzos en reducir y jurisdiccionalizar el poder discrecional de la Administración ¹⁰³⁹, superando la idea de que la discrecionalidad suponía la ausencia de norma y posibilitando que los intereses legítimos fueran plenamente fiscalizables por los Tribunales contencioso-administrativos.

La necesaria existencia de un cierto grado de discrecionalidad administrativa no comporta, sin embargo, que la Administración sea absolutamente libre o no para actuar, pues deberá acreditarse la existencia de un interés público que justifique en cada supuesto la no actuación. Además, si bien es posible condicionar en ciertos casos un derecho del particular al otorgamiento discrecional de una autorización deben exigirse "al mismo tiempo que los

¹⁰³⁸ Así el art. 1 de la Ley de 13 de septiembre de 1888 sobre ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (comúnmente denominada "Ley Santamaría de Paredes") disponía que: "El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes:

1º Que causen estado.

2º Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas.

3º Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo."

¹⁰³⁹ Sobre el tema es de obligada consulta la histórica conferencia del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la lucha contra las inmunidades del poder que fue publicada en la *RAP* 38, mayo-agosto de 1962, pág. 159-205, así como en la colección "Cuadernos" de la Ed. Civitas. En la actualidad el problema de la discrecionalidad ha sido objeto de un intenso debate por nuestra doctrina, especialmente sobre el papel que debe tener el juez en el control jurisdiccional, pudiéndose destacarse al respecto los siguientes trabajos: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1994; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2ª ed. ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1996; DELGADO BARRIO, Javier: *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1993; BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995; y PONCE SOLÉ, Julio: *Discrecionalidad urbanística y Autonomía municipal*, Ed. Escola d'Administració Pública y Civitas, Madrid, 1996.

critérios de la norma sean proporcionados, razonables, permitiendo si se quiere el juicio administrativo para valorar cada caso, pero sin dejar en manos de la autoridad, que resuelve el expediente singular", en definitiva "se limita el ejercicio de un derecho previo pero sin llegar a negar su existencia" ¹⁰⁴⁰.

Para adecuar los procedimientos autorizadorio a la LRJPAC se ha dictado, asimismo, un reglamento en el cual no se alude a la autorización, como remoción de límites. Así se define la autorización, a efectos de esta normativa como "todos aquellos actos administrativos cualquiera que sea su definición específica por la que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado" ¹⁰⁴¹.

El estudio de la autorización administrativa pasa necesariamente en la actualidad por el análisis de los diversos tipos que la dogmática ha ido sistematizando en base a los ámbitos donde la legislación sectorial regula tal técnica de intervención administrativa ¹⁰⁴². Con ello se pone de relieve como la finalidad de la autorización no siempre es únicamente el ejercicio de un control sobre la actividad del particular sino que muchas veces se va más allá encauzando y orientando positivamente la actividad del particular (autorizaciones simples y operativas). También se ha puesto de relieve como la Administración no siempre agota su relación con el interesado una vez expedida la correspondiente autorización, sino que es

¹⁰⁴⁰ Vid. TORNOS MAS, Joaquín: "Comercio"... *op. cit.* pp. 631-632.

¹⁰⁴¹ Vid. el art. 1.2 del RD 1778/1994, de 5 de agosto, se definen las autorizaciones. La Exposición de Motivos de la citada norma explica que se acoge "una concepción amplia del citado término, del que se formula una definición sintética que pone el acento principal en la salvaguardia del ordenamiento jurídico y del interés público que corresponde a la Administración, con independencia del ámbito material en que se ejerce la potestad autorizatoria." Esta definición es reproducida miméticamente por el art. 7.1 de la Norma foral de las Juntas Generales de Álava 10/1995, de 20 de marzo, sobre el silencio administrativo (BOTH Álava 46, de 19 de abril de 1995).

¹⁰⁴² La clasificación más completa y actual es, sin duda, la realizada por GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II*, 4ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 139-147.

precisamente a través de ella que se entabla una relación continuada entre ambos (autorizaciones por operación y de funcionamiento).

El concepto de autorización podría reconducirse en ciertos casos a la figura de la carga, como técnica instrumental respecto al ejercicio de ciertas facultades. En la carga el comportamiento del sujeto "se conecta a un interés propio del mismo sujeto gravado, siendo en consecuencia voluntario para éste, que, de omitirlo, no incurrirá en responsabilidad alguna, si bien se verá privado del beneficio o de la ventaja de la que dicho comportamiento es presupuesto" ¹⁰⁴³. La noción de carga es especialmente útil en las autorizaciones de funcionamiento puesto que nos permite distinguir en los supuestos de incumplimiento de la condiciones exigidas entre las revocaciones y las sanciones administrativas ¹⁰⁴⁴. También la noción de carga nos es de utilidad para encuadrar a ciertas autorizaciones donde no se produce una remoción de límites al ejercicio de derechos preexistentes.

Por tanto la autorización se concibe esencialmente como una técnica administrativa de intervención que se concreta en el ejercicio de un acto administrativo unilateral a través del cual la Administración ejerce funciones de control y dirección sobre la actividad de los particulares para su adecuación al ordenamiento jurídico y concretamente al interés general.

1.2.- La eventual viabilidad del silencio positivo en el ejercicio de potestades discrecionales

Si bien hemos visto en el apartado anterior como HAURIUO consideraba a las autorizaciones regladas como el campo natural del silencio positivo, debe destacarse que este autor iba más lejos pues incluso afirmaba que la técnica del silencio positivo era posible "incluso cuando el acto a emanar contenga ciertas apreciaciones" (*même s'il y a une pièce à délivrer*

¹⁰⁴³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II... op. cit.* p. 29.

¹⁰⁴⁴ Vid. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *Las relaciones de sujeción especial*, Ed. IVAP y Civitas, Madrid, 1994, pp. 301-302. También vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; TOLEDO, J.; ARRIETA, C.: *Comentarios a la Ley de Aguas*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 910.

comportant certaines appréciations)¹⁰⁴⁵. El examen del silencio positivo corre parejo al estudio del poder de sustitución de la Administración por el juez pues ambos pueden suponer la sustracción de una potestad administrativa trasladándola al juez en el primer caso, mientras que se transferiría al particular en el segundo¹⁰⁴⁶.

Estas consideraciones que tomamos como punto de partida nos obligan a examinar las diversas manifestaciones del poder discrecional de la Administración y ver qué consecuencias se pueden derivar en el caso de otorgar valor estimatorio al silencio administrativo.

Piénsese que el examen de la discrecionalidad administrativa se ha focalizado eminentemente desde los elementos del acto administrativo¹⁰⁴⁷ como reacción lógica a la dicotomía acto reglado-acto discrecional que venía rigiendo con anterioridad a la LJCA de 1956¹⁰⁴⁸. Por otra parte los esfuerzos de los más prestigiosos juristas se ha centrado en las formas de control, así como en la distinción de la discrecionalidad con la potestad reglada y los conceptos jurídicos indeterminados¹⁰⁴⁹. A nuestro entender sin negar la extraordinaria importancia de los puntos de análisis mencionados creemos que debe completarse con un

¹⁰⁴⁵ Vid. de este autor *Précis... op. cit.* p. 350.

¹⁰⁴⁶ Vid. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Ed. Civitas y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 292-293.

¹⁰⁴⁷ Esta afirmación ha sido puesta de relieve singularmente por MOZO SEOANE, Antonio: *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 52-53. Según este autor "el método o instrumento más adecuado para la comprensión de los poderes discrecionales de la Administración no es la estructura del acto administrativo, sino el análisis de la estructura lógico-formal de la proposición normativa, ya que sólo de ésta puede derivar una potestad de aquella naturaleza."

¹⁰⁴⁸ La incorporación en la LJCA de que la discrecionalidad no se refiere a la totalidad del acto sino a algunos de sus elementos se debe en gran medida al trabajo de GARRIDO FALLA, Fernando: "El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa" en *RAP* 13, pp. 143 y ss.

¹⁰⁴⁹ La cita de autores que llevan a cabo tal importantísima tarea sería interminable. Basta citar como puntos de referencia ineludibles a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La lucha contra las inmunidades del poder"... *op. cit.* y SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1976.

examen de las diversas tipologías de discrecionalidad ¹⁰⁵⁰. No pretendemos llevar a cabo tan ingente tarea que, por otra parte, desbordaría los límites racionales de este trabajo de investigación. Ahora bien, lo que si queremos poner especialmente de relieve es que la existencia de diversos tipos de discrecionalidad administrativa no permiten realizar generalizaciones sobre este tema y excluir *a radice* cualquier manifestación del poder discrecional del examen del silencio positivo.

En este sentido quizás pueda ser oportuno acudir a la doctrina italiana, la cual ha venido distinguiendo diversos tipos de discrecionalidad administrativa. Así podemos encontrar la discrecionalidad en el *ann* (la Administración no está obligada a adoptar una decisión), en el *quid* (la Administración no está vinculada en el contenido de la decisión), en el *quomodo* (la Administración no está obligada a adoptar la decisión a través de un determinado modo) y *quando* (la Administración no está vinculada a adoptar la decisión en un tiempo determinado) ¹⁰⁵¹. Así para determinados autores italianos "[...] se debe netamente rechazar la idea que el silencio administrativo se forma solamente cuando la Administración está vinculada a adoptar la resolución (provvedimento) positiva (poder vincolato en el *ann*), y, además, es vinculada a adoptarlo en un tiempo determinado (poder vinculado en el *quando*) ¹⁰⁵²."

Desde un mero examen de nuestro ordenamiento jurídico puede detectarse la existencia de supuesto de silencio positivo en caso de no contestarse en plazo solicitudes de particulares respecto al ejercicio de potestades discrecionales. Tal es el supuesto de la aprobación de

¹⁰⁵⁰ Desde esta perspectiva *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 121-131. Así este autor habla de discrecionalidad reglamentaria, de planificación, de iniciativa, política, técnica, táctica y de gestión.

¹⁰⁵¹ *Vid.* GIANNINI, Massimo Severo: *Diritto amministrativo*, vol. II, 3ª ed., Ed. Giuffrè, Milán, 1993, p. 47.

¹⁰⁵² En este sentido *vid.* SCOCA, Franco Gaetano: *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1971, pp. 106-107, nota 107.

planes urbanísticos ¹⁰⁵³, los cuales como es sabido pueden ser promovidos por particulares. Es ampliamente reconocido que la Administración al ejercer la potestad de planeamiento está ejercitando potestades discrecionales ¹⁰⁵⁴, si bien no siempre se está de acuerdo en el alcance del margen de libertad que tiene en este campo la Administración. Es más, en la actualidad pese a ciertas declaraciones apriorísticas no siempre existe una tajante dicotomía entre potestad reglada y potestad discrecional por lo que será necesario un examen casuístico y ponderado de cómo la norma configura la correspondiente potestad ¹⁰⁵⁵. En cualquier caso, parece que existe un amplio grado de discrecionalidad en relación al *ann* (sobre su adopción), al *quid* (sobre su contenido) y al *quando* (sobre el momento de su adopción). Otro ejemplo significativo de la conjunción entre potestad discrecional y silencio positivo lo representa la reciente Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de

¹⁰⁵³ En la STS de 17 de junio de 1992 (ref. Ar. 5.158) se señala que no cabe oponer a la vigencia del silencio positivo el hecho que estemos ante potestades discrecionales. Así se señala: "Otra cosa es el ejercicio de facultades discrecionales a que también hace referencia el acto impugnado. Sobre este extremo debe significarse que, sin perjuicio de su ejercicio en el plazo de 3 meses prescrito en el ap. 2º del art. 27 del D. 146/1984, sometido desde luego y en su caso al control jurisdiccional, lo que no cabe duda es que no cabe ejercitarlas una vez desplegados los efectos del silencio administrativo positivo por transcurso del meritado plazo al estar fundada tal institución en general y en su aplicación concreta a los Planes, entre otros, en proteger al interesado en la obtención de una resolución expresa frente a dilaciones y servir de acicate para vencer la inacción de la Administración impidiéndose que la pasividad de ésta frustre intereses legítimos. Desde luego, sostener lo contrario, llevará de suyo a la negación de la institución."

¹⁰⁵⁴ Así la STS de 17 de junio de 1989 (ref. Ar. 4.732) señala que: "El Planeamiento es, sin duda, una potestad irrenunciable de la Administración, pero aún así el principio de la participación ciudadana - artículo 9.2 de la CE y 4.2 del TR de la Ley del Suelo -, da lugar a que reconozca a los administrados la posibilidad de una iniciativa en la redacción de Planes. Ciertamente, esta iniciativa no elimina las potestades de la Administración en cuanto al contenido de la resolución que ponga fin al procedimiento, pero sí obliga a aquélla a la tramitación de dicho procedimiento para, en último término, llegar a la decisión adecuada, en la que, a diferencia de lo que ocurre con la licencia urbanística, de naturaleza rigurosamente reglada - artículo 178.2 del TR -, ha de entrar en juego la consideración de los aspectos discrecionales del Plan."

¹⁰⁵⁵ Así en la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1956 de la jurisdicción contencioso-administrativa se señaló que: "Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto." Debe señalarse, en todo caso, que es a partir de un examen de la normativa sectorial que atribuye la correspondiente potestad donde puede constatarse tal aseveración. Y que la experiencia demuestra la existencia de zonas "grises", más que una clara dicotomía en blanco y negro. Por tanto, muchas veces en vez de hablar de autorizaciones regladas quizás habría que hablar de autorizaciones con baja tasa de discrecionalidad.

participaciones públicas en determinadas empresas. Según hemos visto en el capítulo primero de este trabajo, la autorización previa para la enajenación de tales participaciones puede considerarse consecuencia del ejercicio de una potestad con cierto grado de discrecionalidad. El transcurso del tiempo sin resolución administrativa expresa puede generar el correspondiente supuesto de silencio positivo.

Estas tendencias normativas que admiten el silencio positivo en el ejercicio de potestades discrecionales parece que rompen esquemas respecto al planteamiento tradicional formulado por nuestra doctrina. En efecto la dogmática administrativa española, se ha mostrado contraria a la posibilidad que el silencio positivo pueda operar en el ámbito de las potestades discrecionales. La cuestión, empero, no ha sido objeto entre nuestros autores de un estudio detenido, sino que se ha desechado, como de pasada, tal posibilidad. La razón de ello puede encontrarse seguramente en el recelo que se ha mostrado, en las líneas generales, en relación a la técnica del silencio administrativo positivo. Si éste ya era cuestionado en el ámbito de las potestades regladas cómo no iba a serlo respecto a las potestades discrecionales. La exclusión de los actos dictados en el ejercicio de potestades configuradas en las que hayan elementos de discrecionalidad se ha considerado positiva, pese a las dificultades de interpretación que se pueden derivar y que lógicamente se plantearán en más de una ocasión ¹⁰⁵⁶. Ciertamente si bien podría ser viable jurídicamente la inclusión *ex lege* en la disciplina del silencio positivo de supuestos discrecionales, se ha advertido que la conjunción de este binomio distorsiona la institución que estamos estudiando ¹⁰⁵⁷. Así la inactividad formal de la Administración dejaría en manos del particular la decisión, que corresponde a

¹⁰⁵⁶ De esta forma el profesor Antoni BAYONA I ROCAMORA señala al respecto que: "Ahora bien, hay que tener en cuenta que la efectiva aplicación de este nuevo régimen puede producir problemas de interpretación, en la medida en que la configuración de las potestades administrativas no es siempre totalmente reglada. La práctica suele demostrar cómo se combinan a menudo elementos reglados y discrecionales, con lo cual se pueden producir problemas de aplicación. Quizá por este motivo, la ley precisa que por seguridad jurídica el Gobierno de la Generalidad debe determinar los supuestos de aplicación del silencio positivo." *Vid.* de este autor su comentario a la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, en la sección "Actividad legislativa del Parlamento de Cataluña" en *Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público* 12, p. 366.

¹⁰⁵⁷ *Vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* nota 67 (pp. 83 y 84).

ésta, de escoger entre varias opciones igualmente legítimas ¹⁰⁵⁸.

La LRJPAC opta decididamente por las autorizaciones regladas en el art. 43.2.b) al hablar de "solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes". Formulación que encuentra su inmediato precedente en el art. 81.1.a) de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad: "acto administrativo de naturaleza reglada que habilita al solicitante para el ejercicio de derechos o intereses legítimos preexistentes en su patrimonio ¹⁰⁵⁹." Y que ya había sido propuesta infructuosamente durante la elaboración de la LPA de 1958 quedando como residuo una alusión en la Exposición de motivos. Estos textos normativos recogen el concepto teorizado por RANELLETTI en el siglo pasado al estudiar las autorizaciones administrativas y que la jurisprudencia venía considerando el ámbito normal de aplicación.

¿Puede afirmarse que la LRJPAC excluye la operatividad del silencio positivo en relación al ejercicio de potestades discrecionales? La respuesta parece negativa a tenor de la cláusula general establecida por el art. 43.2.c) al afirmar que se podrán entender estimadas: "En todos los casos, las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa" ¹⁰⁶⁰. La solución, no obstante, no puede ser tan simple ya que deberá ser la norma sectorial que otorga la potestad la que delimitará el grado de discrecionalidad que corresponde a la Administración pública. En este sentido, la

¹⁰⁵⁸ Vid. GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* p. 84. Este autor señala, asimismo, que "recobraría vigencia la observación formulada por A. ROYO VILLANOVA en el sentido que la gestión de la cosa pública, en caso de apatía o pasividad administrativa, quedaría a merced de los particulares."

¹⁰⁵⁹ Suscita bastante perplejidad la mención que la Ley catalana realiza sobre "intereses legítimos" preexistentes en el patrimonio del solicitante cuando previamente se exige que el acto administrativo sea de naturaleza reglada.

¹⁰⁶⁰ Algún reglamento de adecuación ha venido a concretar la cuestión, estableciendo como supuesto desestimatorio aquellos "procedimientos en que la normativa de aplicación atribuya expresamente facultades discrecionales para la resolución y no se esté en el supuesto de silencio estimatorio previsto en el artículo 43.2.a) de la Ley 30/1992. Vid. el art. 4.g) del Decreto canario 164/1994, de 29 de julio.

Administración al establecer, vía reglamento, los supuestos de aplicación del silencio positivo está procediendo a una interpretación del grado de discrecionalidad que le otorga la normativa correspondiente. Será necesario, por tanto, verificar si esta interpretación se ajusta a la legislación de la que trae causa.

El binomio silencio positivo-discrecionalidad administrativa no se ha planteado únicamente respecto al ordenamiento español, sino que es de gran interés para enfocar el tema la experiencia que nos ofrece Italia. Así la reciente legislación italiana sobre procedimiento administrativo reserva para la comunicación sustitutiva de autorización las potestades regladas o con baja tasa de discrecionalidad, mientras que el silencio positivo se instrumenta en relación a las potestades discrecionales ¹⁰⁶¹.

En este sentido BRIGNOLA ¹⁰⁶² en los actos debidos, con margen de discrecionalidad limitada a los solos aspectos técnicos de confrontación de la solicitud a la categoría legal, la falta de ejercicio del poder puede ágilmente resolver en una legítima causa de caducidad del poder. En cambio, y según este autor, cuando la intervención pública puede presentar márgenes más o menos amplios de discrecionalidad, la disciplina del silencio positivo no se deja describir como una mera caducidad del ejercicio del poder represivo, sino como una reacción de tipo sancionatorio que substraer el ejercicio del poder discrecional. A nuestro entender tal reacción sancionatoria casa difícilmente con el silencio positivo pues entendemos que éste debe configurarse esencialmente como un límite al ejercicio de potestades administrativas. Si, en cambio, entendiéramos plenamente factible el silencio en el ámbito de las potestades discrecionales, éste ya no supondría un mero límite sino que estaría

¹⁰⁶¹ En este sentido el art. 20 de la Ley italiana 240/1990, de 7 de agosto, sobre nuevas normas de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos. Sobre este precepto Guido CORSO y Francesco TERESI señalan que: "No se trata por tanto de una mera verificación [...] de los presupuestos y requisitos prescritos para el otorgamiento de la autorización: sino de una valoración discrecional (más o menos discrecional) del interés público (incolumidad, seguridad pública, tutela del consumidor, etc.) que la autoridad que resuelve la solicitud de autorización es llamada a comparar o a ponderar con el interés del privado sujeto a su solicitud. Vid. de estos autores *Procedimiento amministrativo...* op. cit. pág. 128-129.

¹⁰⁶² Vid. BRIGNOLA, Francesco: "Il silenzio-assenso" en *Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione: il silenzio della pubblica amministrazione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1985, p. 287.

conformando para aquel supuesto el propio poder que detenta por mandato constitucional la Administración pública. Esta configuración del poder corresponde a los diversos mecanismos normativos y en última instancia a la Administración pública.

Para TRAVI ¹⁰⁶³ la afirmación según la cual el silencio administrativo sólo puede operar en presencia de actividades administrativas no discrecionales, parece reflejar la tesis sobre la imposibilidad de identificar un deber de resolver en presencia de un poder discrecional de la Administración. Según este autor desde un punto de vista técnico debe excluirse que el carácter discrecional del poder administrativo pueda ser considerado un obstáculo a la introducción del silencio positivo. En cambio, señala, que en término de oportunidad parece discutible la introducción del silencio positivo en un ámbito respecto al cual se considera esencial garantizar a la Administración un poder de apreciación y de elección entre varios intereses, según el criterio de la discrecionalidad.

Cabe advertir que la implantación de la técnica del silencio positivo en relación al ejercicio de potestades discrecionales ha de partir de una valoración del legislador de los diversos intereses públicos y privados en presencia. En efecto, un importante sector doctrinal viene definiendo precisamente la discrecionalidad en relación al interés público y general ¹⁰⁶⁴. Criterio que ha sido recogido, con buen criterio, por la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 cuando advierte que la discrecionalidad "surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún Órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público." Quizás la formulación más lograda al respecto es la formulada por GIANNINI quien define la discrecionalidad como una elección que es el resultado de una ponderación comparativa de diversos intereses secundarios en orden a un interés primario. Los intereses secundarios a ponderar son públicos, colectivos y privados y no deben ser

¹⁰⁶³ Vid. TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso ed esercizio... op. cit.* pp. 252-253.

¹⁰⁶⁴ Entre otros vid. recientemente: NIETO GARCÍA, Alejandro: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales" en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Ed. Civitas, pp. 2.185 y ss; y BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 27-30.

tutelados necesariamente por el ordenamiento, basta que existan de hecho, mientras que el interés primario es siempre un interés público ¹⁰⁶⁵.

Esta valoración de intereses recuerda sobremanera la que vienen realizando diariamente los Tribunales de lo contencioso-administrativo en la adopción de medidas cautelares ¹⁰⁶⁶. Ello tiene su fundamento en la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional ¹⁰⁶⁷, habiendo encontrado acomodo en diversos textos legislativos ¹⁰⁶⁸. Debe señalarse que tal criterio de ponderación entre intereses públicos y privados viene siendo aplicado reiteradamente por la jurisprudencia, pese a las críticas formuladas desde un sector de la doctrina que entiende en este caso que se hace prevalecer el art. 103 de la CE sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ¹⁰⁶⁹. En realidad no se trata tanto de una oposición entre ambos preceptos,

¹⁰⁶⁵ Vid. de este autor *Diritto amministrativo*, vol. II... *op. cit.* p. 49.

¹⁰⁶⁶ Esta conexión es puesta de relieve por Miguel BELTRÁN DE FELIPE en *Discrecionalidad administrativa...* *op. cit.* p. 95.

¹⁰⁶⁷ Así el Preámbulo de tan importante Ley señala que: "Al juzgar sobre su procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego." Por su parte, la Exposición de Motivos del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996 insiste y profundiza en esta perspectiva: "Pero su decisión debe ponderar en todo caso los intereses en juego, incluidos los intereses generales y de tercero, como es lógico, a fin de evitar situaciones irreversibles o difíciles de reparar en perjuicio de cualquiera de ellos. El equilibrio que la Ley pretende conseguir entre todos esos intereses determina que no pueda mantenerse la regla general según la cual la interposición del recurso no suspende la eficacia de la decisión recurrida. Pero tampoco puede acogerse como general la regla contraria, atribuyendo al recurso automáticamente carácter suspensivo."

¹⁰⁶⁸ Vid. el art. 122.2 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y como ha venido recientemente a recoger en vía administrativa el art. 111.2 de la LRJPAC. También debe destacarse el art. 130 del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996, según el cual la suspensión podrá acordarse "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto".

¹⁰⁶⁹ En este sentido el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE ha abogado por que desaparezca esta ponderación de intereses público-privado en el otorgamiento de la medida cautelar, debiéndose limitarse el juez a apreciar la existencia del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*. Vid. de este autor *La batalla...* *op. cit.* En cambio desde otra perspectiva, defendiendo esta valoración de intereses se han pronunciado: Carmen CHINCHILLA MARÍN: *La tutela cautelar...* *op. cit.*; Vicenç AGUADO I CUDOLÀ: "La reciente evolución de la tutela cautelar..." *op. cit.* pp. 1.690-1.697; y Javier BARCELONA LLOP: *Ejecutividad...* *op. cit.* p. 267. Con todo, cabe decir que en las Conclusiones del Seminario de la Magdalena sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa celebrado en Santander del 9 al 13 de septiembre de 1996, el cual fue dirigido por el propio profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, se señalaba que: "En materia de sanciones debería invertirse la regla tradicional, de forma que procedería en todo caso la suspensión de la

como ya tuvimos oportunidad de advertir en un trabajo anterior ¹⁰⁷⁰, sino ante un tema de delimitación del contenido del derecho a la tutela cautelar, el cual comprende según ha declarado el Tribunal constitucional la necesaria ponderación de los intereses en presencia ¹⁰⁷¹. Cabe decir, ciñéndonos al ámbito estricto del ejercicio de potestades discrecionales que el establecimiento en estos casos de la técnica del silencio positivo vendría a suponer en realidad una presunción primacía del interés particular sobre el interés público afectado. O mejor, una presunción de lesión no relevante del interés público.

Tómese el ejemplo de las ampliaciones o prórrogas de plazos. Como regla general el art. 49 de la LRJPAC establece que la Administración, salvo precepto en contrario, *podrá conceder* de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de plazos establecido, que no exceda de la mitad de los mismos, *si las circunstancias lo aconsejan* y con ello no se perjudican derechos de tercero. Cabe decir que la legislación que regule las consecuencias de la inactividad en cada supuesto de prórroga deberá ponderar en qué medida se producen o no perjuicios al interés público. Pensemos, por ejemplo, en los plazos para hacer efectivos las cuotas a la seguridad social o para liquidar los correspondientes obligaciones tributarias ¹⁰⁷², en estos casos parece que existirían razones de interés público que serían contrarias

ejecución *salvo que la Administración justificara la existencia de perjuicios graves para el interés general* (la cursiva es nuestra)."

¹⁰⁷⁰ Vid. AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: "La reciente evolución de la tutela cautelar..." *op. cit.* 1.693. Apoyándose en un trabajo de los profesores Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e Ignacio de OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, 1988, p. 137.

¹⁰⁷¹ En este sentido la fundamental STC 66/1984, de 6 de junio (Sanción administrativa en materia de viviendas de protección oficial): "[...] estando abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de decisión judicial, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece."

¹⁰⁷² Según el art. 48 del Reglamento general de recaudación, aprobado por RD 1.684/1990, de 20 de diciembre: "Podrá aplazarse o fraccionarse el pago de la deuda, tanto en período voluntario como ejecutivo, previa solicitud de los obligados, cuando su situación económica-financiera, *discrecionalmente apreciada por la Administración*, les impida transitoriamente efectuar el pago de sus débitos." Si bien, la dicción de la norma que señala simplemente la discrecionalidad de la potestad no es concluyente para determinar la misma, no sería impensable entender que la norma pudiera establecer ciertos márgenes de discrecionalidad en este tipo de aplazamientos.

como regla general a demorar el ingreso de estas obligaciones, pudiéndose dar graves repercusiones a la capacidad financiera de la Hacienda pública ¹⁰⁷³. También sería un caso similar las prórrogas para la realización de la prestación social substitutoria o del servicio militar ¹⁰⁷⁴, donde concurre igualmente un interés, la defensa y los fines colectivos y sociales, que puede verse gravemente perjudicado por prórrogas masivas ¹⁰⁷⁵. En estos supuestos, la legislación prevé el silencio negativo como respuesta a la inactividad de la Administración. Cuestión distinta son, en cambio, situaciones como la solicitud de una prórroga para la toma de posesión de puestos de trabajo obtenidos para primer nombramiento o concurso ¹⁰⁷⁶ o las prórrogas de cese de un funcionario en el puesto de trabajo,

¹⁰⁷³ Según el Auto de 27 de mayo de 1994 (ref. Ar. 4.472): "Estimamos, en fin, que el interés público sufriría por la suspensión de un acto que obliga a ingresar cuotas de la Seguridad Social ya que, en la forma genérica en que se formula la pretensión cautelar, acceder a lo que se pide implicaría generalizar el equilibrio de la Seguridad Social y, plausiblemente, de sus prestaciones a la colectividad, cuyos intereses - intereses primarios de la citada colectividad - sí son interés público de la colectividad [...]."

¹⁰⁷⁴ En la mayoría de estos casos la exclusión del silencio positivo viene dada por tratarse de prórrogas que se basan en una previa valoración técnica (o discrecionalidad técnica) que examinaremos en el apartado siguiente de este trabajo. No obstante, hay casos de prórroga con un gran margen de discrecionalidad administrativa, piénsese por ejemplo en las prórrogas de sexta clase en el servicio militar y en los aplazamientos de cuarta clase en la prestación social substitutoria. Ambas se basan en razones excepcionales o de interés nacional apreciadas por el Gobierno. *Vid.* el art. 93 del Reglamento de reclutamiento, aprobado por RD 1.107/1993, de 9 de julio, y el art. 24 del Reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia, aprobado por RD 20/1988, de 15 de enero.

¹⁰⁷⁵ Para el Auto de 20 de julio de 1995 (ref. Ar. 5.704): "[...] en el caso de la prestación social substitutoria, en cuanto instrumento de cumplimiento por el objetor de conciencia de su deber constitucional encaminado a la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles que podrán verse perjudicados si se accediese de una manera generalizada a la suspensión de tal prestación que primordialmente, y, en sustitución del Servicio Militar a que vienen obligados todos los españoles, tiende a la satisfacción de intereses públicos de carácter general y social beneficiosos para la sociedad, por lo que los intereses públicos en juego tienen prevalencia respecto de los particulares que puedan resultar afectados por el cumplimiento de tal deber social [...]."

¹⁰⁷⁶ Así en el caso de los funcionarios de carrera que pertenezcan al Ministerio Fiscal. El art. 45 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por el que se regula el Estatuto del Ministerio Fiscal señala que: "La toma de posesión tendrá lugar dentro de los veinte días naturales siguientes a la publicación del nombramiento para el destino de que se trate, o en el plazo superior cuando concurren circunstancias que así lo justifiquen y se conferirá por el Jefe de la Fiscalía o por quien ejerza sus funciones". Supuesto que es previsto como de silencio positivo por el RD 1.765/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión personal relativos al Ministerio Fiscal.

situaciones donde concurre un cierto margen de discrecionalidad ¹⁰⁷⁷ y al mismo tiempo se establecen supuestos de silencio positivo en casos de incumplimiento de la obligación de resolver.

1.3.- La eventual viabilidad del silencio positivo en el ejercicio de potestades de valoración técnica (la denominada discrecionalidad técnica)

Al hablar de las relaciones interorgánicas y de los límites al principio de jerarquía ya hemos tenido oportunidad de referirnos a la problemática de la discrecionalidad técnica. La razón por la que se vuelve a insistir sobre este tema, una vez más, encuentra su justificación en la necesidad de distinguir el fenómeno de la valoración técnica que realizan determinados órganos administrativos de la discrecionalidad administrativa propiamente dicha y cuya problemática en relación al tiempo hemos examinado en el apartado anterior.

¿Puede suplirse o obviarse a través del transcurso del tiempo, mediante el silencio positivo o técnicas similares, la denominada discrecionalidad técnica de la Administración pública? Se trata de aquellos casos en que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración un cierto margen de apreciación para obtener un resultado de acuerdo con valoraciones de naturaleza técnica. Este margen de apreciación puede ser más o menos amplio, más o menos vinculado, atendiendo a cada supuesto concreto. Así no será la misma decisión el evaluar si un edificio reúne las mínimas condiciones de seguridad, que decidir la adjudicación de un contrato administrativo para la adjudicación de un hotel entre diversos proyectos presentados por arquitectos de prestigio. En estos casos puede observarse, a diferencia de lo que apunta

¹⁰⁷⁷ Como es lógico también existen supuestos de prórrogas regladas en la que se prevé el silencio positivo. Así las prórrogas de autorización de empresas de trabajo temporal que, según el art. 2.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, tendrán "una validez de un año, y se prorrogará(n) por dos períodos sucesivos iguales, siempre que se solicite con una antelación mínima de tres meses a la expiración de cada uno de dichos períodos y la empresa haya cumplido las obligaciones legalmente establecidas." Esta prórroga esta prevista como un supuesto de silencio positivo en la Resolución de 20 de marzo de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración pública, por la que se publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado.

COSCULLUELA MONTANER ¹⁰⁷⁸, como no siempre la discrecionalidad técnica obliga a adoptar una única solución correcta en cada caso ¹⁰⁷⁹. Lo que si debe resaltarse es que, en ocasiones, "esta actividad está delimitada o guiada por conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad, justo precio, oferta más ventajosa)" ¹⁰⁸⁰. Es más puede observarse, como ha advertido DELL'ANNO, como la normativa más reciente tiende a una reducción del área de discrecionalidad administrativa en ventaja de la denominada discrecionalidad técnica ¹⁰⁸¹.

En torno a la discrecionalidad técnica la jurisprudencia sigue mayoritariamente una doctrina en la que se niega a entrar en aquellos supuestos que encuadra dentro de esta categoría. Si bien el juez al ejercer su actividad control ha de partir del análisis de la actuación administrativa, no queda vinculado en todo momento por ésta, pudiendo formar su convicción en base a otros elementos probatorios. Si bien se acostumbra, en estos casos, a otorgar al

¹⁰⁷⁸ Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho administrativo I*, Ed. Civitas, 7ª ed., Madrid, 1996, p. 314. Asimismo MANZANEDO MATEOS, José Antonio, señala que "[...] es equívoco hablar de "discrecionalidad técnica", por cuanto ambos términos son inconciliables, pues lo técnico no se valora, sino que se comprueba, mientras que lo discrecional no se comprueba sino que se valora." Vid. de este autor *El comercio exterior...* op. cit. p. 450. No obstante, creemos que en determinados supuestos a la actividad de comprobación puede sucederle una actividad de valoración, por lo que en la decisión administrativa podría existir cierto margen de apreciación y valoración. Así lo matiza el mismo MANZANEDO MATEOS en la misma obra, cuando manifiesta seguidamente que: "A lo sumo puede entenderse que existe "discrecionalidad técnico administrativa" cuando el criterio técnico es base para decisiones administrativas discrecionales."

¹⁰⁷⁹ En relación con las declaraciones de impacto ambiental donde existe un fuerte componente de discrecionalidad técnica, el profesor Tomàs FONT I LLOVET ha advertido como "por la propia naturaleza de la función que se ejerce, ha de reconocerse a la Administración una capacidad de valorar, esto es, para emitir un juicio, puesto que el ordenamiento ha detectado la necesidad de que se lleve a cabo una "evaluación". Existe, en efecto, un margen de discrecionalidad en la actuación administrativa que cabe calificar, en razón del objeto y de los criterios a emplear, de discrecionalidad "técnica", lo que hace inmune el núcleo último de decisión al control judicial." Vid. de este autor "Instrumentos jurídicos..." op. cit. p. 49.

¹⁰⁸⁰ Con todo entendemos que no debe identificarse en todo caso discrecionalidad técnica y conceptos jurídicos indeterminados. Piénsese en que la operación jurídica que se realice ante conceptos como buena fe, dolo, buen padre de familia, culpa, negligencia [...], no puede ser la misma que ante supuestos como sustancia tóxica, grave alteración física, belleza panorámica [...]. Por su parte SAINZ MORENO, Fernando, señala que la noción de discrecionalidad técnica "se utiliza, pues, en aquellas materias en las que las normas jurídicas utilizan como presupuesto de la acción administrativa conceptos indeterminados". Vid. de este autor *Conceptos jurídicos...* op. cit.

¹⁰⁸¹ Vid. de este autor *Contributo allo...* op. cit. p. 31.

informe o propuesta elaborados por los técnicos de la Administración un mayor crédito probatorio que a los elaborados por los peritos aportados por el ciudadano ¹⁰⁸². Ello sin duda en base a la imparcialidad que se predica de los órganos administrativos y no de los particulares que se podrían ver influenciados por intereses meramente privativos. En realidad esta posible influenciación por intereses particulares habría de ser compensada con una mayor responsabilidad y control de los peritos en la emisión de dictámenes e informes.

La denominada discrecionalidad técnica puede encontrarse en numerosas autorizaciones a que se somete la actividad del particular. Con mayor frecuencia puede observarse el ingente número de reglamentaciones técnicas que disciplinan de forma minuciosa los más variados ámbitos. Por tanto, debemos plantearnos en qué medida pueden ser viable el establecer plazos de caducidad para el ejercicio de un control técnico por la Administración. En este sentido la legislación italiana sobre procedimiento administrativo excluye expresamente para los casos de legitimación *ex lege* o denuncia o comunicación substitutiva de autorización los supuestos en que el acto administrativo presupone, para su otorgamiento, la realización de prueba ¹⁰⁸³. Ciertamente el mero establecimiento de plazos preclusivos si bien puede ser favorable para el ciudadano que pretende llevar a cabo tal actividad, no garantiza el cumplimiento de la normativa que cada vez reviste mayor dificultad y especialización.

Como hemos visto la consecuencia más importante que se atribuye a la discrecionalidad técnica es precisamente la insusceptibilidad de control judicial. Ello se viene a fundamentar en una pretendida "competencia exclusiva" o "soberanía" de los órganos técnicos de la Administración. Desde esta perspectiva, el transcurso del tiempo podría implicar un límite

¹⁰⁸² Vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis: "El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones" en *DA* octubre-diciembre 1989, p. 155. Este autor llega a comparar estos casos de discrecionalidad técnica con la "presunción" de certeza de las actas de inspección y otros semejantes. Sobre este medio de prueba *vid.* AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: *La presunción de certeza... op. cit.*

¹⁰⁸³ En la reforma de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, realizada por el art. 2 ("Simplificación y aceleración de los procedimientos administrativos") de la Ley 537/1993, de 24 de diciembre, "Interventi correttivi di finanza pubblica", se viene a precisar esta exclusión hablando de la realización de prueba "que comporten valoraciones técnicas discrecionales", habiéndose de fijar las mismas en un reglamento gubernativo.

en el ejercicio de estas potestades técnicas, levantando la "competencia exclusiva" que se atribuye a la Administración en estas materias. Se produciría de esta forma, un desplazamiento de la carga de la prueba del particular a la Administración. Sería ella la que debería demostrar que el solicitante de la autorización incumple la normativa técnica y que los informes que el particular hubiera podido aportar en el procedimiento no han valorado correctamente los elementos técnicos pertinentes. Tal posibilidad debe ser, con todo, admitida con mucha cautela, ciñéndose a aquellos casos en que no existieran perjuicios graves y relevantes para el interés público y para el de terceros que pudieran verse realmente afectados.

Por su parte, debe verse restrictivamente esta "competencia exclusiva" de la Administración, facilitando la colaboración de empresas privadas, las cuales al estar inmersas en el tráfico privado pueden tener una mayor concienciación sobre la necesidad que su actuación sea lo más rápida posible, al mismo tiempo que tendrán los conocimientos y medios especializados precisos para ejercer este tipo de funciones técnicas. Ahora bien, ello no supone que la Administración debe desentenderse, sino que es absolutamente necesario que continúe presente, si bien desde un plano distinto, es decir imponiendo y controlando a estas empresas colaboradoras los requisitos, condiciones y garantías para el correcto desarrollo de las funciones encomendadas.

Por último, cabe señalar que la discrecionalidad técnica se expresa normalmente a través de informes y dictámenes que se realizan durante la tramitación del procedimiento y que son asumidos por la resolución final. Por ello nos remitimos a las consideraciones que realizaremos al respecto en el capítulo tercero de este trabajo.

2.- La incidencia del silencio positivo en potestades administrativas sobre el dominio público y el servicio público

El silencio positivo no operará cuando exista una tutela más intensa de la Administración por la concurrencia de unos intereses públicos de especial trascendencia bien por las especiales

características de los bienes sobre los que inciden (dominio público) ¹⁰⁸⁴ bien por la actividad que debe prestarse (servicio público). Piénsese además que en muchos supuestos ambos conceptos van estrechamente unidos al concebirse como bienes de dominio público los que estén destinados a un servicio público (art. 339 del Cc.) ¹⁰⁸⁵.

Tradicionalmente se considera que es a través de las concesiones administrativas que se produce una transferencia de facultades de titularidad pública a un particular, o dicho de otro modo, que se produce la subrogación del particular en facultades inherentes a una potestad administrativa ¹⁰⁸⁶. Hasta tal punto que se ha venido a definir la concesión administrativa como "la transmisión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa" ¹⁰⁸⁷. Ahora bien, estos instrumentos jurídicos no son los únicos que producen tal transferencia o traspaso de facultades, sino que según veremos las autorizaciones también

¹⁰⁸⁴ Ya en el art. 9.7.b) del Reglamento de Servicios para las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 se preveía que "Si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo". La inclusión de los bienes patrimoniales fue objeto de una contundente crítica por ENTRENA CUESTA quien ponía en evidencia que "los actos jurídicos a través de los cuales permita la Administración a los particulares que desarrollen una actividad en los bienes patrimoniales [...] no pueden considerarse como *licencias*". Así la utilización de los bienes patrimoniales está sujeta con carácter general al Derecho privado. *Vid.* de este autor "Las licencias en la legislación local" en *REVL* 107, septiembre-octubre 1959, p. 667-668, nota 27. En la actualidad con buen criterio el art. 43.2.b) de la LRJPAC exceptúa solamente en materia de bienes los de dominio público. No obstante, éste criterio no siempre se ha seguido por el legislador sectorial, según se advierte en el art. 118.3 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo (BOE 186, de 5 de agosto de 1995): "Cuando las solicitudes a que se refieren los dos números anteriores tengan por objeto la realización de construcciones, edificios o instalaciones de toda clase, así como la implantación y el desarrollo de usos en bienes públicos patrimoniales, comunales o de dominio público, el incumplimiento por la Administración de la obligación legal de resolver y notificar su resolución en los correspondientes plazos máximos dará lugar a una presunción desestimatoria."

¹⁰⁸⁵ Esta vinculación viene de antiguo no sólo por el momento de elaboración del Cc, sino como advierte MESTRE DELGADO, el análisis de la legislación del siglo pasado ilustra suficientemente como se aprecia una estrecha vinculación entre la noción de servicio público y el concepto de dominio público. *Vid.* de este autor *La extinción de la concesión de servicio público*, Ed. La Ley, Madrid, 1992, p. 36.

¹⁰⁸⁶ *Vid.* SSTS de 14 de marzo de 1977 (ref. Ar. 1.399) y de 16 de febrero de 1979 (ref. Ar. 932).

¹⁰⁸⁷ *Vid.* CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *La actividad de la Administración: lecciones de Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 189.

pueden producir efectos similares ¹⁰⁸⁸, al estilo de unas "cuasi-concesiones administrativas" ¹⁰⁸⁹. Entendemos que las diferencias entre autorización y concesión deben buscarse no tanto en la transferencia de funciones y de poderes ¹⁰⁹⁰, sino fundamentalmente en otro tipo de criterios. Uno de ello quizás debería buscarse en la naturaleza del negocio jurídico por la que discurre la relación jurídica: si es unilateral responderá a la autorización, mientras que si tiene un contenido negocial o contractual habremos de referirnos a la concesión ¹⁰⁹¹, si

¹⁰⁸⁸ En este sentido el Consejo de Estado ha declarado que: "inicialmente cabe concluir que las concesiones, tanto de dominio público como de servicio público, quedan incluidas en dicha salvedad, de tal manera que les será de aplicación siempre el silencio negativo (a salvo, por supuesto, una norma de rango legal posterior. Ello no significa que toda autorización (frente a la concesión) quede sin más dentro del ámbito de aplicación del silencio negativo, sino exclusivamente aquellas que comporten "transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público o al servicio público". *Vid.* el Dictamen 1.493/1993, de 22 de diciembre de 1993, relativo al proyecto de RD sobre autorización a Centros Docentes Privados para impartir enseñanzas artísticas.

¹⁰⁸⁹ *Vid.* FONT I LLOVET, Tomàs: "Instrumentos jurídicos en la protección..." *op. cit.* p. 45: "En la actualidad la autorización administrativa no se concibe sólo como una técnica de control, sino también como un instrumento de desarrollo de una función de programación, de orientación e incluso, yendo más lejos, se le asigna el efecto de articular la integración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, al estilo de unas cuasi-concesiones administrativas."

¹⁰⁹⁰ Una muestra significativa de este tendencia puede encontrarse en la STS de 31 de octubre de 1982 (ref. Ar. 1.688): "Por regla general, la diferenciación entre las dos instituciones citadas se enfoca con la utilización de dos grandes criterios combinados que consisten, respectivamente, en la naturaleza, intensidad y duración del uso del dominio público que se cede al adjudicatario y el carácter propio o impropio del servicio público de cuya gestión se trata y con base en esos dos criterios se señalan, entre otras, como características de la concesión administrativa las siguientes: 1º un uso intenso del dominio público por parte del concesionario a quien se le cede de manera permanente y estable; 2º la titularidad del dominio público en la Administración concedente, cualidad que se deriva como normalmente concurre dada la intensidad del dominio público que se cede; 3º instalaciones fijas que corresponden con la permanencia y estabilidad del uso concedido y que generalmente quedan integradas en el dominio público desde el primer momento de vida de la concesión y revierten a dicho dominio a su finalización; 4º gestión de un servicio público cuya prestación viene atribuida a la titularidad de la Administración concedente como propia de su competencia; 5º remuneración del concesionario mediante precios que participan de la naturaleza de tasas fijas y predeterminantes, características todas ellas que, por su oposición es menos intenso que en la concesión y se cede de manera provisional y por poca duración; 2º la Administración autorizante puede carecer de la titularidad del dominio público y ostentar simplemente facultades de policía sobre él; 3º las instalaciones no son fijas, permaneciendo en la propiedad particular del autorizado sin que opere la reversión; 4º el servicio no es de los propios de la Administración autorizante, sino de carácter particular en el que hay implicado un interés público y 5º la remuneración del autorizado, aunque pueda ser sometida a tarifa si así lo exige el interés público, son precios susceptibles de regirse por el sistema de comercio libre que corresponde a la naturaleza privada del servicio gestionado."

¹⁰⁹¹ Una exposición de las principales tesis sobre la naturaleza contractual o no de la concesión de dominio público pueden encontrarse en LAFUENTE BENACHES, Mercedes: *La concesión de dominio público (Estudio especial de la declaración de su caducidad)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 36-75. Así fundamentalmente se concibe la concesión de dominio desde tres perspectivas: contrato, acto unilateral imperativo y acto unilateral

bien debe advertirse que tal dicotomía ha sido cuestionada respecto a las concesiones de dominio público ¹⁰⁹². Por lo que refiere al demanio el binomio autorización-concesión se suele vincular a la naturaleza e intensidad de uso que tales títulos permiten al particular. Nótese, sin embargo, que en la actualidad los límites entre ambas instituciones jurídicas aparecen cada vez más difuminados ¹⁰⁹³.

La cláusula de exclusión del dominio público y del servicio público viene a substituir la vieja doctrina según la cual no pueden entenderse adquiridas por silencio facultades contrarias al ordenamiento jurídico. La imprecisión que acarrea lo que era contrario al ordenamiento jurídico llevaba en la práctica a desvirtuar cualquier posible operatividad del silencio positivo. En cambio, ahora la cautela en relación al silencio positivo se circunscribe a unos ámbitos muy concretos, el dominio público y el servicio público, condensándose principalmente en evitar que se transfieran por silencio a la esfera jurídica del particular ámbitos de actuación originariamente administrativos.

2.1.- La relación entre los conceptos de poderes y facultades

El ordenamiento jurídico al establecer la cláusula de exclusión relativa al servicio público y al dominio público pretende evitar que se transfieran al solicitante o a terceros *facultades* relativas a ambas instituciones [art. 43.2.b) de la LRJPAC]. Debemos, por tanto, precisar en qué sentido se utiliza la expresión *facultades* al establecerse esta cláusula de exclusión.

necesitado de aceptación. La autora citada opta decididamente por la primera de ellas.

¹⁰⁹² Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel; DÍAZ LEMA, José Manuel: *El Derecho de aguas en España*, Ed. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986, p. 530, nota 13.

¹⁰⁹³ Como advierte el profesor Santiago MUÑOZ MACHADO: "[...] la concesión, usada en su origen como un mecanismo de financiación de las obras públicas y luego como una técnica de colaboración con los privados para la prestación de los servicios públicos reteniendo su titularidad, ha evolucionado y se aplica hoy de manera instrumental en ámbitos bastantes insólitos y casi con el único objeto de controlar las actividades correspondientes, empleándose, por tanto, la concesión de una forma muy parecida a las autorizaciones operativas a que se someten las actividades reglamentadas." Vid. "Prólogo" a MESTRE DELGADO, Juan Francisco: *La extinción de la concesión de servicio público*, Ed. La Ley, Madrid, 1992, pp. 15-16.