

REIVINDICACION DEL SILENCIO POSITIVO: REFLEXIONES PARA SU RECUPERACION EN EL AMBITO DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

Por

JOSÉ M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense
Administrador Civil del Estado (excedente)

SUMARIO: I. LA «MALA FAMA» Y PEOR FORTUNA DEL DENOMINADO «SILENCIO POSITIVO»: 1. *El infortunio del silencio positivo*. 2. *La «mala fama» del silencio positivo*: 2.1. En especial, su «peligrosidad» para el interés público. 2.2. La «peligrosidad» del silencio positivo para los particulares. 3. *Sobre la supuesta improcedencia del silencio positivo en el ámbito de las autorizaciones administrativas*.—II. SOBRE LAS ALTERNATIVAS AL RÉGIMEN DEL SILENCIO POSITIVO: 1. *Las alternativas propuestas*. 2. *El silencio negativo*. 3. *La exclusión de determinadas materias del régimen de autorización administrativa previa, o su sustitución por meras comunicaciones del particular a la Administración*. 4. *Autorización «provisional» e indemnización*. 5. *El condicionamiento «a posteriori» de las licencias*. 6. *Responsabilidad del funcionario*.—III. LA PLENA VIRTUALIDAD DEL SILENCIO POSITIVO: RESTAURACIÓN INCONDICIONADA DEL PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN OBTENIDA POR SILENCIO: 1. *Corrientes jurisprudenciales que permiten revocar de plano el acto tácito*. 2. *Las propuestas del profesor Santamaría Pastor*. 3. *La tesis del «acto inexistente»*. 4. *Critica de esas teorías*.

I. LA «MALA FAMA» Y PEOR FORTUNA DEL DENOMINADO «SILENCIO POSITIVO»

1. *El infortunio del silencio positivo*

Aunque no sin resistencias iniciales (1), el régimen del silencio administrativo negativo terminó siendo aceptado y aplicado con general aplauso. Su efecto de garantía imprescindible a la efectiva tutela judicial y su naturaleza puramente procesal han contribuido no sólo a su plena recepción, sino a una aplicación ordinariamente

(1) Vid., por todos, el estudio del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, en el núm. 47 de esta REVISTA, págs. 207 y ss., que refleja la interpretación restrictiva de la primera jurisprudencia hasta la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo llevada a cabo por la Ley de 2 de diciembre de 1963. Sobre la Jurisprudencia anterior, y las posiciones doctrinales al respecto, son muy conocidos los trabajos de GARRIDO FALLA, *La llamada doctrina del silencio administrativo* (con amplia y documentada bibliografía), en el núm. 16 de la citada REVISTA, y de N. PÉREZ SERRANO, *El silencio administrativo ante la doctrina jurisprudencial*, en el «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», octubre 1951.

generosa que plantea hoy pocos problemas en relación con la admisibilidad del proceso contencioso.

Pero la fortuna ha sido muy distinta para el efecto positivo o afirmativo del silencio. Acogido por primera vez con carácter general en el artículo 95 de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, como un régimen opcional a la regla del silencio negativo (2), a introducir por disposición expresa, y como el régimen aplicable a las relaciones interadministrativas e interorgánicas («autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores»), ha sido acogido (no en relación con estas últimas, sino en su ámbito natural que es el de las autorizaciones o licencias previas al ejercicio de ciertas actividades y derechos de los particulares) con notorias resistencias y sometido a restricciones y cautelas que amenazan con desvirtuarlo e inutilizar su función (si es que no han logrado ya su propósito).

En el origen de todo ello está, sin ninguna duda, la adversa posición de la doctrina frente al silencio positivo (su supuesta peligrosidad al interés público, y su mínima funcionalidad), antes y después de su recepción en la *Ley de Procedimiento Administrativo*. Pero también está —hay que decirlo— una Jurisprudencia excesivamente prudente, que a fuerza de introducir cautelas en la aplicación del silencio positivo, ha terminado por hacerlo irreconocible. El legislador, por último, ha venido a sucumbir ante tan unánime acuerdo contrario a su virtualidad, y ha incorporado a los textos positivos las restricciones con que cierta Jurisprudencia había empezado a desvirtuarlo.

Invocando, en efecto, los supuestos peligros para el interés público y el carácter excepcional del silencio positivo, la Jurisprudencia: a) ha llegado a inaplicar algunos de los textos legales que, con anterioridad a la *Ley de Procedimiento Administrativo*, lo establecían (3) pretextando que esta última los habría derogado exigiendo

(2) Olvido a propósito la cita de otros precedentes del silencio positivo en nuestro Derecho, en todo caso aislados y en su mayoría ubicados en el régimen local, en el que cabe citar el Estatuto Municipal de 1924 (arts. 302 y 323, para aprobación de presupuestos, y ordenanzas de exacciones por el Delegado de Hacienda), el todavía subsistente, y más general, del artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y el artículo 33 del Reglamento de Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas. Para la Administración Central fue una excepción, en su día, el Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Trabajo, aprobado por Decreto de 2 de abril de 1954, en el que la regla era el silencio positivo, y el negativo la excepción.

(3) Así, la *Sentencia de 13 de diciembre de 1966* declaró no vigente el silencio positivo establecido en el Real Decreto de 29 de agosto de 1923 sobre régimen de silencio positivo para autorizar la enajenación de bienes inmuebles no amortizados de fundaciones benéficas particulares o de carácter mixto «por la índole excepcional del

norma expresa ulterior; b) ha optado sistemáticamente por aplicar, en presencia de dos regímenes de silencio positivo en disputa, aquel que comporte plazos más largos de producción y mayores dificultades para el ciudadano (4), y, sobre todo, c) ha ido imponiendo gradualmente la tesis —que parece ser hoy la mayoritaria— de que por virtud del silencio positivo no pueden adquirirse facultades o derechos contraviniendo el ordenamiento jurídico (5), lo que a fin

silencio administrativo positivo, cuando excede de los marcos habituales del otorgamiento de licencias o de las fiscalizaciones propiamente jerárquicas, entrando en la muy delicada de la tutela que el Protectorado de Beneficencia ejerce sobre la enajenación del patrimonio inmobiliario de éstas».

(4) Así, las *Sentencias de la Sala 3.º del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 (Ar. 5544)*, *14 de diciembre de 1990 (Ar. 9970)* y *25 de abril de 1991 (Ar. 3083)* se niegan a aplicar el régimen del silencio positivo establecido en el Real Decreto-Ley 1/1986, en relación con las actividades a que se refiere el Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, a pesar de que éstas no se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de aquél, pretextando con escasa convicción que «la norma relativa al silencio contenida en el artículo 1.º del citado Real Decreto-Ley se refiere al procedimiento administrativo general, pero no modifica los preceptos específicos, concretamente el artículo 33.4 del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, que impone, para que el silencio administrativo pueda producirse, la inexcusable denuncia de la mora ante el órgano sucesor de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos y ante el Ayuntamiento» (Sentencia de 14 de diciembre de 1990), o bien que «el texto de este precepto (del artículo 1.º del Real Decreto-Ley 1/1986), la exposición de motivos de la norma y, en fin, la relación de materias o actividades para las que se sigue exigiendo el régimen general del silencio negativo, contenida en el Anexo al mismo, persuade de que su ámbito de aplicación no se extiende a las licencias municipales del tipo de la ahora examinada» (argumentos, si cabe hablar de tales, de la *Sentencia de 25 de abril de 1991*).

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ sistematizan los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a esta cuestión en tres grandes corrientes. La primera, que aplica en todo su rigor la tesis del acto tácito, y le hace merecedor de la misma protección que a los actos expresos, y por lo tanto exige —cualquiera que sea el vicio que pudiera afectarse— seguir los procedimientos revocatorios establecidos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo si se quiere desconocer su efectividad. Citan en esta dirección las *Sentencias de 24 de febrero de 1961, 3 y 31 de octubre de 1963, 2 de julio y 3 de noviembre de 1964, y 20 de mayo de 1966*. A las que cabría añadir por nuestra parte, entre las más recientes, las de 12 de diciembre de 1977 (Ar. 5071), 24 de octubre de 1978 (Ar. 3871), 10 de enero de 1979 (Ar. 380), 26 de mayo de 1981 (Ar. 1425), 2 de marzo de 1987 (Ar. 3452), 6 de mayo de 1987 (Ar. 5233), 12 de noviembre de 1987 (Ar. 7757), 24 de octubre de 1989 (Ar. 7481)... La segunda línea jurisprudencial, por su parte, niega efectos al silencio positivo para obtener lo que según la ley no hubiera podido autorizarse u obtenerse por resolución expresa, de modo que la Administración puede desconocer por ésta lo que supuestamente se hubiera adquirido por virtud del silencio, sin más que invocar la supuesta infracción ordinamental. Citan en esta línea jurisprudencial las *Sentencias de 3 de octubre de 1963, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1964, 18 de marzo de 1970, a las que cabría añadir, por mi parte, entre las más recientes, las de 7 de noviembre de 1972, 23 de junio de 1971, 28 de enero de 1974, 4 de diciembre de 1975, 1 de diciembre de 1982 y 23 de abril de 1991, entre otras muchas*. Y habría, en fin, una corriente jurisprudencial intermedia que limitaría la virtualidad del silencio positivo cuando las infracciones aducidas por la Administración afectarían a «vicios esenciales» o de nulidad de pleno derecho, citando al efecto las *Sentencias de 24 de diciembre de 1964, 23 de junio de 1971, 7 de noviembre de 1972, 2 de abril de 1975 y, en línea muy próxima (exigiendo la notoriedad o carácter manifiesto de la infracción), las Sentencias de 20 de junio de 1980 y 7 de octubre de 1980*.

de cuentas significa —y esto es lo más grave— negar toda garantía al interesado favorecido por el silencio frente a la Administración, ya que ésta puede, según esa línea jurisprudencial, revocar o desconocer por ulterior resolución expresa la autorización o licencia que el particular hubiera obtenido por virtud del silencio positivo, sin quedar limitada por el procedimiento revocatorio de los actos declarativos de derechos (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y sin necesidad de indemnización alguna al particular así privado de la autorización o licencia. De aquella Jurisprudencia, la cautela pasó a un texto legal (el artículo 178.3 de la *Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril*, conforme al cual «el procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo prevenido en la legislación de régimen local, sin que en ningún caso se entiendan adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la propia Ley del Suelo, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas complementarias y subsidiarias del Planeamiento») indudablemente inspirado en ella. Y sobre ese texto legal —en un proceso de «realimentación» circular, que no deja de llamar la atención— se consolidó aquella Jurisprudencia, hasta entonces más o menos tímida, con la dudosa extensión analógica de una regla, en su origen de evidente vocación sectorial, a otros sectores del ordenamiento. Y, por último, el propio legislador ha terminado por incorporarla —ahora con una generalidad no discutible— en el artículo 1.º del *Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de Medidas Urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales* (paradójicamente, llamado a generalizar al mismo tiempo el régimen del silencio positivo en el control administrativo de la actividad empresarial), aunque con terminología no coincidente (las licencias y autorizaciones se entienden otorgadas por silencio administrativo positivo, «... siempre que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y éstas se ajusten al ordenamiento jurídico»). Cautela que ha podido facilitar que la Jurisprudencia declare inaplicable, con cualquier pretexto, el régimen de silencio positivo establecido en el Real Decreto-Ley, y prefiera los plazos más largos o procedimientos más complicados que las disposiciones sectoriales precedentes hubieran establecido, pese a los claros y categóricos términos del precepto comentado, como se ha señalado anteriormente.

La «cautela» de que el silencio positivo no puede actuar para obtener resultados contrarios a los previstos en el ordenamiento jurídico ha merecido, no obstante, la crítica de una parte de nuestra doctrina, que advierte que conduce a consecuencias poco conformes

con el principio de *seguridad jurídica* (6). Quizá habría que enfatizar que esa «inseguridad jurídica» anula la virtualidad del silencio positivo (en lo que éste tiene de técnica de protección material de los derechos y facultades del ciudadano), pero, al mismo tiempo, conduce a una situación inadmisibile, por contraria al principio de tutela judicial efectiva: el particular no puede acudir a la Jurisdicción contencioso-administrativa frente al silencio de la Administración, porque éste no es negativo (al haberse impuesto por norma expresa la regla del silencio positivo), ni puede tampoco acudir a aquélla para que disipe sus dudas sobre el alcance y legalidad del «acto presunto» producido por el silencio, cuya confirmación no le compete a la Jurisdicción. Deberá decidir, por consiguiente, si corre o no el riesgo de realizar la actividad presuntamente autorizada (y realizar en su caso las inversiones necesarias para ello), expuesto a que la Administración decida luego, por acto expreso, ignorar o revocar aquél, por su unilateral afirmación de ser contrario al ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, creo que es preciso, ante todo, tener claras las ideas: o se opta por negar virtualidad al silencio positivo, y entonces debe ser erradicado sin contemplaciones de nuestro régimen de Derecho Administrativo (o reducido al limitado ámbito de las relaciones interadministrativas, o interorgánicas, que no plantean problemas), o se opta por admitir su existencia, en ámbitos más o menos extensos, y en tal caso hay que hacerlo con todas las consecuencias. Lo que no cabe, a mi juicio, es admitir su existencia en vía de principio, y negar luego su virtualidad, porque esto no sólo conduce a la burla de los mecanismos de protección material de los derechos e intereses de los particulares para los que supuestamente ha sido establecido, sino que irremisiblemente comporta una reducción de la seguridad jurídica y de las garantías procesales que —al menos— otorga el silencio negativo. Como esto último es lo que ha terminado por suceder, es inaplazable, a mi juicio, un serio esfuerzo que lleve a buen puerto al encallado barco del silencio positivo, si es que se llega a la conclusión de que merece la pena, y no es mejor hundirlo para siempre en las procelosas aguas del olvido.

(6) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, tomo II, págs. 261 y ss., o PARADA VAZQUEZ, *Derecho Administrativo*, III: *Bienes públicos y Urbanismo*, Madrid, 1988, pág. 367. También SANTAMARÍA PASTOR ha subrayado el dilema en que se encuentra el interesado, de hacer o no hacer uso del silencio positivo, sin que ni siquiera pueda acudir a los Tribunales para que clarifiquen su posición, confirmando un acto presunto, obtenido por silencio positivo (en *Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada*, «Documentación Administrativa», núm. 208 [1986], pág. 112).

Lo que me propongo con estas líneas es reabrir la discusión y reflexión sobre el problema alrededor de las siguientes cuestiones centrales: ¿es realmente peligroso para el interés público el silencio positivo?; ¿es preferible optar por el silencio negativo en todos los casos?; ¿hay otras opciones preferibles a la fórmula del silencio positivo?

2. La «mala fama» del silencio positivo

2.1. En especial, su peligrosidad para el interés público.

La volatilización del silencio positivo en el proceso que sumariamente queda descrito viene precedida y se explica por el peso de una opinión doctrinal mayoritaria que es tan vieja, probablemente, como las primeras regulaciones que, en la legislación de régimen local, tímidamente introdujeron el efecto positivo o estimatorio del silencio. La moderna crítica del régimen positivo del silencio parece tener su punto de partida en MARTÍNEZ USEROS (7), de quien pasó, años después, a S. ROYO-VILLANOVA (8) y, de éste, a GARRIDO FALLA (9), quien amplió la crítica a la supuesta inutilidad del silencio positivo y, con su enorme peso e influencia en la doctrina, terminó por consolidar un estado de opinión desfavorable sólo roto intermitentemente, y de forma tímida, por quienes se han atrevido a subrayar que cumple una función en el ámbito de la autorización de las actividades privadas (ENTRENA CUESTA, GONZÁLEZ PÉREZ, LÓPEZ RODÓ) (10). Para cerrar el infortunio doctrinal del

(7) *La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 32.

(8) En *Elementos de Derecho Administrativo*, vol. I, 1952, págs. 106 y ss. (adaptación, por tanto, de la obra de su padre); hay que decir, en honor de la verdad, que también expuso las razones favorables a la recepción del régimen del silencio positivo en *El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, en la «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 48.

(9) *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en el núm. 16 de esta REVISTA (1955), págs. 98 y ss., y poco más tarde en *El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 91.

(10) Del primero de dichos autores puede consultarse *El servicio de taxis*, en el núm. 27 de esta REVISTA, en cita a pie de página núm. 34, págs. 54 y 55, y *Las licencias en la legislación local*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 107, especialmente pág. 668; la defensa del silencio positivo en GONZÁLEZ PÉREZ se encuentra ya en las primeras ediciones de su *Derecho procesal administrativo*, pudiendo citarse al efecto la de 1957, pág. 360; asimismo, en sus *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Cívitas, 1977, y aunque sin mayores demostraciones, afirma que «hay que reconocer que (el silencio positivo) ofrece serias ventajas en los supuestos de licencias, aprobaciones o autorizaciones» (pág. 550); y antes, en su artículo *El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento*, en «Documentación Administrativa», núms. 8-9 (1958);

silencio positivo, frente a este tesis, defendida con buenos argumentos, pero de forma ocasional, se levantó la contundente y monográfica refutación de R. MARTÍN MATEO (11), corroborando la consolidada opinión desfavorable al silencio positivo (12).

Las razones contra el silencio administrativo tal y como las expuso GARRIDO FALLA, ampliando las de ROYO-VILLANOVA, son de tres órdenes: *a)* peligrosidad; *b)* absurdo, y *c)* inutilidad. En cuanto a lo primero, porque «puede conducir a *perjuicios irreparables para la Administración Pública*»; «cualquier petición, incluso la más absurda, de un particular, puede convertirse en un título jurídico a su favor por el solo hecho de que un plazo ha transcurrido». En cuanto al absurdo del silencio positivo, porque «basta la negligencia o falta de celo de los funcionarios administrativos para que *los particulares se conviertan en administradores*». Y, en fin, el argumento de la inutilidad, que se recoge en estos términos: «puede presumirse desde ahora que esta institución *no tendrá eficacia práctica alguna en orden a los extraordinarios beneficios que parecen concederse a los particulares*. En efecto, una vez que se haya producido el silencio con valor estimatorio, ¿cómo obligar a la Administración a que ejecute dicho acto administrativo tácito?». Y se contesta a sí mismo en nota a pie de página: «Si la Administración se mostrase reiteradamente pasiva en cuanto a ejecución, el particular terminaría por tener que acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa; ahora bien, como el recurso contencioso no tendría por qué dirigirse contra el acto tácito que el silencio supone... se limitaría a pretender una Sentencia declarativa de la obligación de ejecutar en que la Administración se encuentra. Pero prácticamente este tipo de declaraciones son poco eficaces, dado el carácter revisor que tan repetidamente ha predicado la jurisdicción contencioso-administrativa de sí misma» (13).

Con el tiempo, la más eficaz de las razones transcritas ha terminado siendo la de la peligrosidad (14), recogida expresamente en

vid. también L. LÓPEZ RODÓ, *Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho*, también en la «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 89 (1956).

(11) Publicada bajo el título *Silencio positivo y actividad autorizante*, en el núm. 48 de esta REVISTA (1965), págs. 205 y ss.

(12) Entre otros, BAENA DEL ALCÁZAR, *Efecto afirmativo del silencio de la Administración*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 123; BOQUERA OLIVER, *Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo*, en esta REVISTA, núm. 30; CLAVERO ARÉVALO, *El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955*, en esta REVISTA, núm. 19; etc.

(13) En *La llamada doctrina...*, cit., págs. 98 y ss. Las cursivas son mías.

(14) Todavía hoy, escriben GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ que «los efectos del silencio positivo son muy importantes y al propio tiempo *muy peligrosos para la*

multitud de pronunciamientos jurisprudenciales, y latente en todos aquellos que limitan los efectos del silencio positivo, generalmente envueltos en el argumento adicional de que el tiempo no puede sanar lo que es nulo de pleno derecho, o en la logomaquia (entre higiénico-sanitaria y quevedesca) de la «*esponja limpiadora*» (15), sobre la que hemos de volver más adelante.

El argumento del *absurdo* de convertir al particular en administrador mereció la objeción, en su momento, de no ser aplicable en relación con las autorizaciones administrativas, razonando que si por medio de ellas no se confiere al particular algo que previamente perteneciera a la Administración, sino que simplemente se le faculta para el ejercicio de un derecho del que ya era titular, en el supuesto de que el silencio se interprete en sentido positivo, «no se convierte al administrado en administrador, ya que la actividad que va a poder ejercitar por esta interpretación positiva del silencio le corresponde antes a él y no a la Administración» (16). Pero aunque así no fuera, me parece que el argumento es reversible: si se opta por el silencio negativo, es el Juez el que queda convertido, a fin de cuentas, en administrador, solución igualmente absurda desde una óptica formalista que pretenda que administrar es función exclusiva e insustituible de la Administración, incluso cuando la Administración no administra (porque no quieren, no saben o no pueden hacerlo sus funcionarios). Aquí hay, me parece, un juego dialéctico del lenguaje, pues no es el particular el convertido en administrador: no es él quien decide otorgarse la autorización en defecto de la

Administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos muy estrictos, de la misma manera que si hubiera dictado una resolución favorable» (en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, págs. 556-557).

(15) La *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1988* (Ar. 5874) resume de alguna forma esta posición, recordando en su Fundamento Jurídico Tercero que «aunque la doctrina política no se ha mostrado unánime sobre el particular, ni la Jurisprudencia... algunas Sentencias nos seducen por el peso de su razonamiento: así, en la de 18 de mayo de 1964 (Ar. 3040) se califica al silencio positivo de "institución peligrosa para los intereses públicos"; en la de 12 de marzo de 1968 (Ar. 1398), se dice que la existencia de vicios esenciales determinantes de nulidad ha de tener primacía sobre la aplicación automática del silencio positivo, que no puede actuar como esponja lavadora de tales defectos esenciales; y en la de 7 de noviembre de 1972 (Ar. 4229), se declara que en modo alguno cabe acudir al expediente del silencio administrativo positivo para lograr por vía subsidiaria y supletoria de la actividad de la Administración lo que ésta no habría podido otorgar nunca o sería nulo de pleno derecho si se hubiera concedido».

La tesis «de la esponja» se ha recogido luego en multitud de Sentencias, cuya formulación más completa se debe, sin duda, a la de 23 de junio de 1971, para la cual «el silencio positivo no es panacea que sancione aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad, ni esponja que limpie los vicios y defectos ínsitos en la misma esencia del acto» (en el mismo sentido, las *Sentencias de 28 de enero de 1974*, 26 y 29 de septiembre y 4 de diciembre de 1975, etc.).

(16) ENTRENA CUESTA, *El servicio de taxis*, cit., pág. 55.

resolución expresa de la Administración, sino la Ley, la que ha decidido, *ex ante*, que sea ése el efecto de la pasividad administrativa, de modo que es el legislador (corrientemente la Administración reglamentadora) quien asume la función de desplazar al administrador... que no administra.

Tampoco es decisivo el argumento de la «*inutilidad*» (por más que pueda ahora parecernos profético, aunque por otras razones), pues la resistencia por la Administración a la inejecución de sus propios actos declarativos de derechos puede igualmente producirse —y de hecho se produce— en relación con los expresos; al menos en un plano jurídico —no en el sociológico o psicológico—, las dificultades de ejecución de lo obtenido por silencio positivo no son sustancialmente distintas de las que puedan suscitarse en relación con aquéllos. Ni es cierto que en todos los casos la eficacia del efecto positivo dependa de actos administrativos ulteriores y expresos, ya que su eficacia inmediata es la de habilitar al particular para la realización de una actividad (o la de permitir la eficacia inmediata de un acto administrativo sometido a la fiscalización de otra entidad pública), eficacia que no depende —transcurrido el plazo establecido en la Ley— de acto administrativo alguno. Ciertamente que la *eficacia indirecta* del silencio positivo suscita problemas que no se producen en el caso de las resoluciones expresas (se cita, con frecuencia, el ejemplo del particular que debe solicitar un préstamo y ha de documentarlo presentando al efecto el relativo al otorgamiento de una licencia previa que, en el caso de su obtención por silencio positivo, es de casi imposible documentación) (17), pero estos inconvenientes son siempre menores que la doble inexistencia de la resolución expresa y del silencio positivo que a su ausencia ha de otorgarse, que es, en tal caso, el *mal menor*. Obtenida la licencia por silencio positivo, nada se opone, por lo demás, a que el particular exija a la Administración competente que formalice la misma en el documento correspondiente, y, en otro caso, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (18).

Queda, por tanto, como único argumento (y como prejuicio psicológico efectivamente operante sobre el juzgador) contra el si-

(17) Vid. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho*, Cívitas, 1990, págs. 179 y ss. Un problema particular es el afrontado por J. A. GARCÍA TORTAJADA en *El silencio positivo como forma de licencia, y la autorización e inscripción de obra nueva*, en «Revista de Derecho Urbanístico», núm. 124, julio-septiembre 1991.

(18) Un caso análogo es el contemplado en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989*, que impuso a la Administración la obligación de expedir el oportuno documento que acreditase el otorgamiento de la autorización obtenida por silencio, previa la liquidación y pago de las tasas municipales correspondientes (citada por E. GARCÍA-TREVIJANO, *ob. cit.* en nota 186, pág. 180).

lencio positivo el de su supuesta *peligrosidad*. Sin negar que la cuestión no puede despacharse con ligereza, creo que estamos ante un temor más tópico que fundado, por varias razones:

a) Debe tenerse en cuenta, en primer término, que los supuestos en que la norma legal introduce el silencio positivo son la excepción, y no la regla. Hay que suponer en favor del legislador (19) que opta por este tipo de silencio que es cuando menos mínimamente responsable, y que no habría optado por él de no sopesar antes cuidadosamente la importancia de los intereses públicos en juego, de modo que, de ponerse éstos en grave riesgo, o ser relevantes para el interés general, hubiera optado por el silencio negativo, que al ser la regla, ni siquiera implica tomar una especial decisión.

b) Cuando el legislador opta por el silencio positivo hay que suponer, pues, que está sopesando no sólo el menor riesgo o menor importancia de los intereses públicos en juego, sino contemplando —en el otro extremo de la balanza— el beneficio que para el interés general puede y debe seguirse, pues a nadie se oculta que éste puede padecer infinitamente más, en muchos casos, si la pasividad o la lentitud de la Administración impiden o demoran más allá de lo razonable el ejercicio de los derechos de los particulares, que si, por mantener a ultranza el principio de previo examen por la Administración de todas las solicitudes (y de las montañas de documentación que las acompañan), se paraliza una parte sustancial de la actividad privada, cuyo óptimo funcionamiento es, al cabo, interés general primordial.

c) El riesgo que el silencio positivo implica supuestamente para el interés público (la admisión de actividades de los particulares eventualmente contrarias al ordenamiento jurídico) no es —en términos reales— significativamente mayor que el riesgo de que sean autorizadas expresamente actividades ilegales por acto administrativo expreso. Para cualquiera que conozca el funcionamiento real de nuestras Administraciones Públicas, no es un arcano que buena

(19) Y recuerdo que el artículo 95 de la LPA ha sido interpretado por la Jurisprudencia y la doctrina mayoritaria en el sentido de que no sólo el poder legislativo, sino la Administración, a través de su potestad reglamentaria, pueden optar por el silencio positivo (Sentencias de 20 de mayo de 1966 —Ar. 2826— y 3 de febrero de 1971 —Ar. 553—); la posición de M. BAENA DEL ALCÁZAR —anterior a dichas Sentencias— era exactamente coincidente con la apuntada (en *Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 121, pág. 6). El propio BOQUERA, que consideraba «peligrosa» esta interpretación, sólo pudo postular la reserva de Ley como una propuesta *de lege ferenda*...

parte de las autorizaciones se despachan con un automatismo tal que hace imposible —quiera sea por la masa de las que deben resolverse, y la insuficiencia de los medios personales a este fin predispuestos— un examen mínimamente serio del cumplimiento de los requisitos legales y técnicos sobre los cuales debe concederse la autorización (20). En tal caso, el «apetito» recaudatorio prima sobre la supuesta función de tutela de la legalidad y del interés público (deben otorgarse el máximo número de autorizaciones porque así se devengarán las tasas correspondientes, urgidas por las arcas de la Administración autorizante; tasas, no hay que decirlo, que tienen poco que ver con el coste de los servicios de la actividad que supuestamente las justifica, y que son, en la mayor parte de los casos, pseudoimpuestos sin causa). De modo que el dictado de actos expresos autorizatorios no implica, por sí, ninguna garantía seria para el interés público frente a la que proporcione, o pueda proporcionar, el conocido como «acto presunto» por silencio positivo. A no ser que se nos pretenda convencer de que la *presunción de legalidad* del acto administrativo es, además, una *garantía de legalidad* del acto expreso, contra lo que la experiencia nos muestra: miles de actos de esa clase que terminan siendo declarados ilegales cada año por los Tribunales, y de muchos más que perviven a pesar de su notoria ilegalidad.

d) Pero es que, además, el silencio positivo ha sido objeto de una reinterpretación tal por parte de la Jurisprudencia y la doctrina

(20) J. A. SANTAMARÍA PASTOR ha expuesto brillantemente el fenómeno de una multiplicación incesante y absurda de la intervención controladora de la Administración sobre la actividad de los particulares: «La dinámica del Estado social no se ha traducido sólo —afirma— en un incremento exponencial de la actividad pública de prestación, sino también en una *brutal ampliación de las áreas de intervención en la actividad privada*. En una sociedad anormalmente compleja... toda actividad se convierte en potencialmente peligrosa; incide con ello en el llamado "interés público" y se hace acreedora de ser sometida a intervención administrativa, y específicamente a una autorización previa por parte de la autoridad pública... El impacto de esta imparable dinámica sobre la organización pública es *sencillamente brutal y de resultados tendencialmente absurdos*. Extrapolando las tendencias actuales, no sería disparatado pensar que a la vuelta de cincuenta años una gran parte de la población tendría que hallarse inscrita en el aparato público y dedicada a controlar algún tipo de actuación realizada por los restantes ciudadanos: una sociedad de inspectores, funcionarios autorizantes e instructores de expedientes disciplinarios relativos a cualquier tipo de actividad imaginables. Pero sin detenernos en las utopías del infierno que el Estado providencial del futuro pueda reservarnos, la situación actual es ya de por sí grave: las necesidades de control social son cada día mayores, sin que los efectivos burocráticos dedicados al ejercicio de esta función puedan crecer al mismo ritmo. Pretender abordar esta situación con la técnica de la autorización previa es literalmente ilusorio: el Estado no da más de sí, dicho lisa y llanamente. Es imposible fiscalizar con la minuciosidad enfermiza que las normas reglamentarias exigen el océano de actividades y de administrados que teóricamente deben someterse al control previo de uno u otro de los poderes públicos» (en *Silencio positivo: una primera reflexión...*, cit., págs. 115 y 116).

dominante, que no sólo no implica riesgos (comparativamente con el silencio negativo) para el interés público, sino que la Administración queda en mejor situación, si cabe, en presencia de una autorización por «acto presunto», que cuando dicta un acto expreso con el mismo fin. En este último supuesto, sea o no el acto contrario al ordenamiento jurídico, la Administración tiene la carga, si quiere revocarlo, de utilizar los mecanismos exclusivos que le imponen —según la naturaleza y gravedad de la infracción— los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por el contrario, si la Administración entiende que el «acto tácito» autorizador contraviene el ordenamiento jurídico (y bajo ciertos supuestos en los que la doctrina y la Jurisprudencia son todavía vacilantes, pero que van desde los de nulidad de pleno derecho a los de infracción manifiesta del ordenamiento jurídico o incluso a la simple infracción sea o no manifiesta), puede, según el criterio jurisprudencial que aparece como dominante, desconocer sin más, por resolución expresa posterior, la autorización otorgada por silencio administrativo, quedando dispensada del «penoso» esfuerzo de recabar, según los casos, una sentencia judicial, o un dictamen favorable del Consejo de Estado, que la autoricen a revocar el acto favorable.

En suma, y en tanto prevalezca esta posición jurisprudencial, es sencillamente absurdo, y hasta disparatado, mantener que el silencio positivo produce un riesgo mayor para el interés público, y debe por ello ser interpretado restrictivamente. Por paradójico que pueda parecer, la irrevocabilidad de los actos expresos es susceptible de producir daños mayores al interés público que los que pueda irrogar el precario y revocable «acto tácito» (21).

e) Si, ciertamente, la atribución a la Administración de potestades de autorización implica o presupone la existencia de un interés público en juego, que es el llamado a tutelar por aquélla, no cabe olvidar que en buena parte de los casos de lo que se trata no es de disponer de bienes o funciones públicas, sino de permitir el ejercicio de derechos que son de titularidad de los particulares. Aquí sigue siendo cierta (sin olvidar las matizaciones y excepciones que luego se han de examinar) la clásica concepción de RANELLETTI (22) que ve

(21) Como gráficamente lo expone SANTAMARÍA PASTOR, «la Administración recibe un peor trato si cumple con su deber (de dictar una resolución expresa) que si lo incumple; si otorga expresamente una autorización ilegal no podrá revocarla sino mediante revisión de oficio, requisito del que se le exime si incumple con su obligación de resolver» (*ob. cit.*, pág. 112).

(22) *Concetto e natura delle autorizzazione e concessioni*, en «Giurisprudenza Italiana», vol. 3, 1894.

la autorización como remoción del obstáculo —puesto por la Administración, o la Ley— al ejercicio libre de un derecho preexistente del particular.

Con independencia de que buena parte de las autorizaciones no están hoy justificadas en su función de supuesta garantía del interés público y de que sólo subsisten por la paranoica y demencial dinámica intervencionista o como pretexto de exacción contra el particular (y de que este interés público quedaría seguramente mejor garantizado con controles *a posteriori*, en lugar de con técnicas bajo sospecha de mal disfrazada finalidad recaudatoria), de lo que no cabe duda es de que no puede el ejercicio de los derechos quedar demorado indefinidamente hasta que el funcionario de turno quiera o pueda resolver sobre la «remoción del obstáculo» que los poderes públicos han opuesto al libre ejercicio del derecho, que es la alternativa que tiene el ciudadano que no quiera entender desestimada por silencio la autorización, al efecto de interponer recurso contencioso-administrativo que, por la inercia de las cosas, posicionará a la Administración en contra del solicitante, seguramente en las dos instancias ordinarias, lo que quiere decir, en suma, que el ejercicio del derecho —en las actuales circunstancias de nuestra Jurisdicción— quedaría demorado, en el mejor de los casos, no menos de cuatro años.

En suma, a un genérico y abstracto interés público quedaría sacrificado el ejercicio de los derechos de los particulares, de modo que el Estado y el Derecho no estarían para garantizar y facilitar el ejercicio de tales derechos, sino —absurdamente— para imponer, a toda costa, su sacrificio (23).

Tratándose de un derecho cuyo ejercicio no sea ocasional o aislado, sino continuado, el cumplimiento de los requisitos legales

(23) A menudo se invoca el «interés público» con totalitaria pretensión negadora de los derechos e intereses particulares, imponiendo una jerarquía absoluta que parte de una supuesta e indemostrada incompatibilidad entre éstos y aquél, y que identifica, simplificadamente, el interés público con el interés de la Administración, incluso con el de cualquier Administración, con la peor de las Administraciones posibles. Si eso fuera así, si el «interés público» se hubiera convertido en ídolo intangible al que hubieran de sacrificarse los derechos de los ciudadanos, habría llegado la hora de preguntarse si no sería mejor abandonar un concepto tan contrario a la idea esencial del Derecho, cuya pretensión última no es el sacrificio de los derechos, sino conjugar su ejercicio (y, en definitiva, las exigencias de la autonomía individual) con las exigencias institucionales del bien común, como aprendimos de LEGAZ (*Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1975, pág. 293). Pero aun desde nuestra disciplina se puede llegar a conclusiones en línea contraria a aquella mitificación absolutista del interés público, empezando por el no suficientemente aplaudido libro de F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976 (especialmente págs. 313 y ss.), desde cuyas tesis es posible armonizar los intereses particulares con el interés público bien entendido.

es exigible no sólo en el momento de inicio de la actividad, sino en tanto ésta continúe funcionando, lo que permite a la Administración la comprobación de aquéllos no sólo *ex ante*, sino *a posteriori*. De esta forma, el eventual riesgo que pudiera derivarse para el interés público por un tiempo insuficiente de control de los requisitos legales de la actividad resultaría minimizado por la subsistencia de los controles posteriores, de los que podría derivarse no sólo la imposición de medidas correctoras, sino eventualmente la retirada de la autorización (24).

f) Pero si ello es absurdo en relación con el ejercicio de los simples derechos subjetivos, resulta del todo inadmisibles tratándose de derechos fundamentales, en los que ningún interés público puede ser más importante que el de su pacífico goce y ejercicio. En relación con ellos, lo lógico es que se imponga a la Administración un plazo menor para adoptar la resolución que en su caso proceda, y que transcurrido dicho plazo el silencio se considere positivo. La intervención administrativa previa al ejercicio de los derechos fundamentales, en un Estado de Derecho, que sea auténticamente tal, o se proscriba totalmente o se reduce al mínimo posible y realmente exigido por el interés público.

2.2. *La peligrosidad del silencio positivo para los particulares.*

Pero cuando el silencio positivo ha sido desnaturalizado (por obra y virtud de las «cauteladas» a que antes nos hemos referido, introducidas primero por la Jurisprudencia y consagradas luego por el legislador, y que permiten desconocer, en suma, sus efectos, sin garantía alguna para el particular), se alza entonces (para colmo) como argumento contra él no el de su inutilidad o ineficacia para la Administración, sino el de su *peligrosidad... para los mismos particulares*. Y así se nos dice que «constituye una técnica peligrosa, fundamentalmente por dos razones: por la inseguridad jurídica que puede ocasionar al interesado que solicita la licencia, especialmente por la incertidumbre que a veces surge sobre si el silencio positivo ha

(24) Posibilidad prevista no sólo en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sino en relación con la autorización de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación, impone que se revoque la autorización cuando los Centros dejen de reunir los requisitos que dieron lugar a la autorización, supuesto en el que no será preciso, por tanto, el procedimiento formal impuesto en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

llegado o no a producir efectos; [y] porque constituiría una técnica peligrosa al relegar al silencio negativo a la excepción, sobre todo si se tiene en cuenta que un desliz u olvido en la enumeración de los supuestos a los que sigue siendo aplicable tal régimen podría tener unos efectos trascendentales» (25).

La primera afirmación es sólo cierta en cuanto describe la situación a la que ha llegado el silencio positivo a consecuencia de la desnaturalización de que ha sido objeto, pero no es admisible en modo alguno si se pretende, como parece, que el silencio positivo sea, *per se*, opuesto a la seguridad jurídica. La inseguridad jurídica, muy al contrario, es el fruto cosechado por quienes han injertado en el árbol de la institución las innecesarias y recusables cautelas contra el fantasmagórico peligro para el interés público, al negar la producción de sus efectos si, según la caprichosa afirmación unilateral de la Administración, contraviene el ordenamiento jurídico. Pero esa inseguridad jurídica dejaría de existir sin más que volver a aplicar —pura y simplemente— el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, donde ninguna de esas limitaciones aparecen; a aplicar, en suma, el precepto, tal como lo entendió la primera y correcta Jurisprudencia, tema sobre el que se ha de volver más adelante.

La segunda afirmación de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA es tributaria, sin duda alguna, del viejo recelo de peligrosidad del silencio positivo para el interés público. Cierto es que ha sido vertida a propósito de la generalización de aquél para las autorizaciones de instalación, ampliación y traslado de empresas introducido por el Real Decreto-Ley 1/1986, pero eso no la hace menos discutible, puesto que el ámbito al que se reduce la supuesta generalización es estrictamente el de la autorización de actividades de los particulares, ni siquiera para el conjunto de la actividad económica, sino en el ejercicio de la actividad empresarial, regida por el principio de libertad de empresa (*artículo 38* de la Constitución), derecho o libertad constitucional que resulta difícilmente compatible con la tradicional y exuberante panoplia de intervenciones y controles administrativos (propios del Estado autoritario y autárquico) y con el régimen mismo de la autorización administrativa. Pero más aún es discutible que la libertad empresarial se pueda hacer depender —supuesto que sea admisible el régimen de autorización previa— de la voluntarista decisión de la Administración de resolver o no expresamente sobre las solicitudes formuladas, demorando durante años —si opta por el

(25) E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *ob. cit.*, pág. 118.

silencio, y éste se entendiera negativo como regla, tal y como postula aquel autor— el ejercicio de las actividades empresariales. Al generalizar para las actividades empresariales sometidas al régimen de autorización previa (26) el régimen del silencio positivo, el Real Decreto-Ley 1/1986 no ha hecho otra cosa, pues, que justificar la pervivencia del régimen mismo de autorización preexistente, que en otro caso resultaría sencillamente intolerable en presencia del nuevo contexto inaugurado por la Constitución de 1978, y por las reglas esenciales de los Tratados constitutivos y el Derecho derivado de la CEE, igualmente incompatibles con las vetustas técnicas intervencionistas —y negadoras, hay que decirlo claro— de la libertad empresarial.

3. *Sobre la supuesta improcedencia del silencio positivo en el ámbito de las autorizaciones administrativas*

La crítica del silencio positivo no impidió, como se ha visto, la existencia de propuestas que reivindicasen para aquél un papel, siquiera limitado al ámbito de las actividades privadas sometidas al control de la Administración, destacando el buen sentido del Profesor GONZÁLEZ PÉREZ, que pronto advirtió que aquél ofrecía *serias ventajas* en los supuestos de licencias, aprobaciones o autorizaciones, y la cuidadosa fundamentación que el Profesor ENTRENA CUESTA hiciera en relación con este supuesto.

El Proyecto de reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo, que dio lugar a la Ley de 1963, incluía precisamente un precepto, el artículo 99.1.a), enderezado a establecer el régimen del silencio positivo, como la regla general (y no la excepción) en relación con las «*autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos, salvo si estuviese dispuesto lo contrario, o fuese discrecional su otorgamiento*».

(26) Hay que decir, por lo demás, que la evolución de nuestro ordenamiento jurídico en este punto ha caminado en la dirección de suprimir o suavizar gradualmente los inútiles controles administrativos previos y, por tanto, en el sentido de suprimir la exigencia de autorización administrativa y sustituirla por la de mera comunicación a la Administración, en buen número de casos. Así sucede, en definitiva, en la regulación sucesiva de lo que se ha denominado proceso de *liberalización* —e incluso *liberación*— industrial, iniciado con el *Decreto de 22 de julio de 1967* sobre régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias, seguido del *Decreto de 25 de febrero de 1977* y, tras la Constitución, por el *Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre*, denominado cabalmente de «*liberación industrial*», que divide las empresas en dos grandes grupos a este efecto: sometidas a autorización administrativa previa (con inscripción en el Registro Industrial) o al *principio de libre instalación, ampliación y traslado*, que quiere ser la regla general y pauta de progresiva implantación en el futuro, como luego lo evidenció la *Orden de 19 de diciembre de 1980* al eliminar la autorización administrativa previa para la mayoría de las industrias.

to». Pero esta propuesta sucumbió a manos de quienes, una vez más, alegaron los nunca bien demostrados riesgos que para el interés público significaba el silencio positivo.

Y como para cerrar la discusión, R. MARTÍN MATEO publicó en el número 48 de esta REVISTA (septiembre-diciembre de 1965) su conocido artículo *Silencio positivo y actividad autorizante*, que constituye, aunque no se compartan sus tesis, un completo alegato contra la pretensión de generalizar a este ámbito el silencio positivo, que no ha merecido hasta la fecha, que yo sepa, una simple objeción, y menos una reflexión global.

Parte aquél —para refutarla luego— de la tesis según la cual los efectos positivos del silencio se justificarían, en el caso de las autorizaciones, en cuanto no supondrían otra cosa que la utilización de facultades preexistentes que no podrían quedar indefinidamente paralizadas por la pasividad de la Administración, tildando esta interpretación como «*sustancialmente vinculada a los postulados del Estado liberal*», y tomando de GARCÍA DE ENTERRÍA la idea de que el silencio positivo constituye, en realidad, el no ejercicio de una facultad de veto durante un período de tiempo determinado, concluye que debe ponerse en duda la legitimidad del silencio positivo, para la remoción de supuestos límites a los derechos subjetivos, ya que tales derechos no son siempre perfilables sin el concurso expreso de la Administración, ni ésta puede renunciar a sus potestades prohibitorias de conductas ilícitas. Tras señalar las diferencias existentes entre la autorización propiamente dicha y otras figuras afines (aprobaciones, dispensas, ratificaciones, admisiones, concesiones, prohibiciones con plazo de ejercicio limitado...), se entra en el examen de la autorización, para criticar la tesis tradicional de RANELLETTI, que la configura como remoción, por parte de la Administración, de los obstáculos de Derecho público que se oponen al ejercicio de un derecho o poder propio, y preexistente. Y afirma la cuestionabilidad de la tesis de la remoción de límites en cuanto posibilitadora de admitir que, si así se prevé, el inejercicio de estas potestades por la Administración durante un plazo determinado, hará que los derechos constreñidos recobren sus propias virtualidades, pues «ello sería admisible con un planteamiento rigurosamente liberal de las actividades de los particulares en un Estado en que éste, pacífico respetador del libre juego de la regla del *laissez faire*, limite sus intervenciones a la prevención de los más crasos atentados a las condiciones básicas de la convivencia. Pero aun así —añade—, no se comprende plenamente la práctica trascendencia de la insistencia sobre la titularidad previa de unos derechos constitucionalmente garantizados y cuyo solo ejercicio es limitado por sus

eventuales conflictos con el bien común. Porque *si sólo mediante la decisión y apreciación administrativa es posible determinar la existencia o no de tal conflicto, la titularidad del derecho o la preexistencia de las facultades de él derivadas, pasan a segundo plano en cuanto carecen de toda virtualidad exterior sin el concurso de la Administración*. La invocación a las genéricas declaraciones constitucionales carece, dada su forzosa abstracción, de singular trascendencia. Lo decisivo es el pronunciamiento de la Administración o de los Tribunales que revisen sus actos; sin ello, el derecho podrá quizá existir, cabe admitir que tal suceda, pero no será posible que sus manifestaciones sometidas a control pasen de constituir una mera expectativa» (27).

Pero con independencia de lo anterior (que afecta a la definición misma de los derechos sometidos a autorización administrativa), se pretende que no sólo en el caso de las denominadas autorizaciones discrecionales existe normalmente alguna posibilidad valorativa reservada a la Administración, sino que *«aun si se tratase de constatar la concurrencia de determinados requisitos materiales, tal constatación deberá forzosamente ser realizada por la Administración para que tenga relevancia jurídica»*, de donde postula una nueva definición de la autorización administrativa (abandonando la clásica de la remoción de límites para el ejercicio de los derechos) como *«la declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad... declaración que a estos limitados efectos al menos, puede tener una cierta trascendencia constitutiva»* (28).

Todo lo anterior sirve para negar operatividad al silencio positivo en relación con las autorizaciones, pues, si éstas no remueven límites opuestos al ejercicio de los derechos, *el efecto positivo del silencio sólo puede significar «inejercicio de potestades prohibitorias durante el período en que se prevé legalmente que pueda utilizarse»*, en tanto 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 para el ejercicio de unas determinadas actividades»*. Y añade: *«ni la Administración puede renunciar aquí al ejercicio de sus potestades, ni su pasividad puede tener expresividad suficiente para modificar la situación anterior»*. Por tanto, en relación con el silencio positivo, no cabe, según MARTÍN MATEO, hablar de acto tácito ni de acto presunto. Y se concluye de todo ello que si se ha elegido la solución

(27) R. MARTÍN MATEO, *ob. cit.*, pág. 213. La cursiva es mía.

(28) *Ibidem*, pág. 214.

previa autorizatoria, debe mantenerse la congruencia con sus postulados, que exigen sea la Administración, y no los particulares, quien decida sobre la legitimidad de ejercicio y la propia existencia de un derecho.

No se desconoce, por último, el grave problema que la pasividad de la Administración puede ocasionar a los solicitantes de una autorización o licencia, pero se pretende conjurarlo con estas palabras:

«Ciertamente que no se puede paralizar irresponsablemente el desarrollo de la vida social con una despreocupada y desidiosa Administración. Los particulares deben ser amparados en tales eventos, arbitrándose soluciones que obvien la indeseada obstaculización de la vitalidad de la sociedad. Pero ello no ha de ser a costa de que la sanción impuesta a la Administración, privándola de las posibilidades de resolver, por ella no utilizadas durante un fijado período, redunde en una condena que deba ser sufrida por otros ciudadanos, afectados por su parte negativamente por estas consecuencias, y los propios intereses públicos en su generalidad» (29).

La argumentación de MARTÍN MATEO sólo puede ser admitida partiendo de premisas ideológicas muy determinadas. De la misma forma que tilda la concepción clásica de la autorización como «vinculada a los postulados del Estado liberal», la concepción de la que parte estaría demasiado próxima —a mi juicio— de concepciones jurídicas autoritarias. Si éstas han puesto el acento, en definitiva, en que los derechos subjetivos —incluso los *derechos fundamentales*— sólo existen en tanto en cuanto se reconozcan como tales por una norma o decisión del Estado, la tesis de MARTÍN MATEO de que la efectividad de los derechos depende en todo caso de una decisión de la Administración no deja de mostrar en sus resultados un parentesco indiscutible con aquéllas. La vinculación a los postulados del Estado liberal de las concepciones clásicas de la autorización es, por lo demás, discutible, pues, como afirma GARRIDO FALLA, la técnica de las autorizaciones, en sí misma, repugnaba hasta cierto punto al Estado de Derecho liberal, que prefiere el sistema puramente repressivo (las leyes establecen los límites al ejercicio de los derechos y libertades; pero la adecuación de la conducta de los particulares a tales límites sólo se verifica *a posteriori*, exigiendo la correspon-

(29) *Ob. cit.*, pág. 220.

diente responsabilidad al infractor), en tanto que la autorización deviene rasgo típico del Estado intervencionista de nuestros días (30). La fácil crítica de una posición teórica descalificándola como «liberal», propia de los años sesenta, hoy nos hace sonreír, cuando buena parte de los postulados del Estado intervencionista se encuentran desahuciados o en franca revisión.

Cierto que, en muchos casos, la presencia de facultades discrecionales por parte de la Administración difumina las consecuencias implícitas a la teoría de la remoción de límites, pues en tales casos la autorización implica de ordinario operaciones más complejas. Pero incluso quienes han puesto el acento en la insuficiencia de las concepciones clásicas de la autorización para dar cuenta de estos fenómenos, han terminado por reconocer que no puede abandonarse totalmente la idea clásica del derecho preexistente, que sigue jugando un importante papel en relación a cierto tipo de autorizaciones, concretamente de las regladas (31).

Definir la autorización administrativa como una *declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad*, no es más que el resultado de aquella posición apriorística que pretende prescindir de los elementos causal y finalista del acto, de un lado, y que confunde, por otro, el contenido de la potestad autorizante con los actos en que ésta puede traducirse. Ciertamente que la potestad atribuida a la Administración consiste en un derecho-deber de comprobar y constatar que el derecho o la actividad que se pretende ejercitar cumple los requisitos preestablecidos y, por consiguiente, es compatible con el interés público por ella tutelado. Pero el resultado del ejercicio efectivo de esa potestad consistirá en: *a)* la realización de las actividades de constatación o comprobación pertinentes; *b)* la emisión del acto administrativo, que no es un acto jurídico de constatación o certificación, sino una declaración de voluntad que consiente y permite la realización de la actividad, sobre la base de las precedentes operaciones de comprobación y constatación. No se trata de un distingo gratuito, por el puro placer de distinguir, sino de un distingo que tiene consecuencias inmediatas, pues el problema final es: ¿*quid* si la Administración no ejercita la potestad?; ¿si no comprueba o constata dentro del plazo en que debe hacerlo?; ¿si comprobado o constatado no resuelve? Quizá la respuesta a esta última pregunta permita poner en cuestión la definición propuesta, al llevar la cuestión al absurdo, pues la concurrencia de los requisitos y condiciones

(30) *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 9.ª ed., pág. 133.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2.ª ed., Cívitas, pág. 123.

ha sido constatada, pero la Administración decide no resolver. En tal caso, se nos dice, no hay autorización posible porque ésta es la *declaración administrativa* de la concurrencia de los requisitos o condiciones necesarios para el ejercicio de la actividad. No se nos diga entonces que no es posible adquirir la autorización por silencio positivo, porque en tal caso no ha existido la 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 —y no es sólo una hipótesis de laboratorio, sino incluso un hecho desgraciadamente frecuente— y que la Administración se niegue, simplemente, a emitir el acto autorizatorio (que no la declaración de constatación, que no existe como tal, o es sólo acto interlocutorio).

Pero si la hipótesis no resiste ser llevada al absurdo, tampoco es válida en el supuesto ordinario de que la Administración simplemente no realice las actividades de constatación o comprobación debidas, y que son el presupuesto lógico de la autorización expresa. En tales casos, lo que sucede es, pura y simplemente, que la Administración *no ejercita la potestad de control que el ordenamiento jurídico le atribuye*. Y en este momento mismo las consecuencias de ese inejercicio de la potestad (que se supone sometida a plazo de caducidad, y no otorgada *in aeternum*) difieren en función de que la definición de la autorización tenga presente los elementos causales (preexistencia de un derecho, y del derecho a hacerle efectivo, o ejercerle) y finalistas (remoción del obstáculo interpuesto a su efectividad) o prescindan de ellos. Si esto último es lo que sucede, la solución está clara: como no hay «declaración administrativa de la concurrencia de los requisitos», no puede haber autorización, y no hay, no puede haber, acto tácito autorizante, y el efecto del silencio sólo significa *inejercicio de potestades prohibitorias*. Si, por el contrario, la autorización tiene en cuenta los elementos causales y finalistas, la consecuencia es la opuesta, pues el *inejercicio de la potestad* no puede significar el mantenimiento de la prohibición de la actividad indefinidamente; puesto que la disociación entre la titularidad del derecho y el ejercicio del mismo tiene en este esquema la connotación de ser una circunstancia temporal y excepcional, y en todo caso no permite atribuir a la Administración el *señorío* sobre el ejercicio del derecho (de un derecho que *no es suyo*, sino exclusivamente una potestad de control sometida a plazo), 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, la autorización no sólo se

produce cuando ese acto se emite efectivamente (eso conduciría de nuevo a los efectos *constitutivos* de la decisión administrativa en relación con el ejercicio de los derechos, incluso de los fundamentales), sino que debe producirse *ope legis*, cuando el acto debido no se emite en el plazo previsto en la Ley.

Ciertamente que la conclusión precedente no es aplicable a todo género de autorizaciones, ni a las otras figuras afines a ella. En las denominadas *autorizaciones discrecionales o sujetas a condición, término o modo*, no hay propiamente un derecho preexistente, sino, como mucho, intereses legítimos o derechos condicionados. A éstos pueden, asimismo, equipararse en algunos casos las denominadas *autorizaciones-programa* o en función de programa (32) que no sólo realizan una función de control o comprobación, sino que pretenden encauzar y orientar positivamente la actividad de su titular en una dirección previamente definida por planes o programas sectoriales, autorizaciones que implican frecuentemente amplios poderes discrecionales, y hasta una limitación *de facto* del número de autorizaciones. Y es discutible que quepa aplicar asimismo el esquema a las autorizaciones para el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público o patrimoniales, que implican, para una parte de la doctrina, una categoría afín, pero distinta, de la autorización (*admisiones*). Lo común en todos estos supuestos es la inexistencia de auténticos derechos subjetivos preexistentes en el particular, de modo que el derecho (y no sólo el ejercicio) nace o se perfecciona por virtud del acto administrativo (en puridad, no estamos ante auténticas y puras autorizaciones, sino ante figuras intermedias entre la autorización y la concesión) y éste va precedido por actividades administrativas que no se circunscriben a la simple constatación o control, sino que implican simultáneamente actividades de programación, planificación o disciplina de una actividad. Cuando estas actividades son de forzosa realización, es claro, a mi juicio, que no resultaría procedente el silencio positivo autorizante. Pero, por el contrario, en las *autorizaciones-programa* (y en las sujetables a condición, término o modo, en general), si el condicionamiento es sólo una posibilidad y no una operación inexcusable, el transcurso del plazo debiera ser bastante para aplicar el silencio positivo, obteniéndose por su virtud una autorización pura e incondicionable.

Quizá se nos diga que esto reduce el ámbito de las autorizaciones en que debiera ser operante el silencio positivo a unos pocos casos, dando por supuesto que la tendencia actual es un crecimiento

(32) Según la terminología de GIANNINI, a las que GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ denominan *autorizaciones operativas* (*ob. cit.*, pág. 124).

desbordante hacia las autorizaciones discrecionales y las autorizaciones-programa u operativas. No merece la pena discutir cuál sea hoy la regla y cuál la excepción, y si cabe hablar de tales. Pero sí deben formularse algunas apreciaciones cualitativas: en primer término, que los supuestos en los que sea compatible el régimen de autorización con el ejercicio de los derechos fundamentales y éstos queden sometidos a tal régimen, ha de tratarse, en principio, de autorizaciones regladas, y no discrecionalmente condicionables, y, a mi juicio, debe entenderse, como solución más conforme a la Constitución, que el silencio positivo ha de ser la regla, y no la excepción; y, en segundo término, que buena parte de las autorizaciones *operativas* vigentes en el régimen precedente son sencillamente incompatibles con el esquema constitucional vigente, y concretamente con los principios de libertad de empresa, economía de mercado y competencia. El caso más llamativo es el de las autorizaciones de instalación, ampliación o traslado de industrias, que como regla general ya no podrán sujetarse al discrecional condicionamiento de la Administración, y que por ello mismo —y salvo las excepciones puntuales que se establecen para determinadas actividades— ha quedado sometido al régimen de silencio positivo que regula el Real Decreto-Ley 1/1986. Hay que esperar, por tanto, a mi juicio, que no sólo no ha de aumentar el número de las autorizaciones discrecionales o condicionales, sino, al contrario, que las exigencias del modelo económico de la Constitución, de una parte; del principio de seguridad jurídica, de otra, y del ejercicio, en fin, de los derechos fundamentales, terminarán por constreñir aquel género de autorizaciones a un estrecho reducto, fuera del cual podría tener plena efectividad el silencio positivo.

II. SOBRE LAS ALTERNATIVAS AL RÉGIMEN DEL SILENCIO POSITIVO

1. *Las alternativas propuestas*

Los autores que han venido considerando al silencio positivo como un peligro para el interés público han venido a sostener, sin mayores argumentaciones, que la alternativa inmediata era, con toda lógica, el silencio negativo. Pero algunos, conscientes sin duda de la limitada función procesal de aquél, han sugerido medidas adicionales, que permitan una mayor garantía de los derechos. Se ha propuesto a tal fin que *determinadas materias dejen de ser objeto de autorización previa* (principalmente en aquellas en que la intervención administrativa se justifica por razones principalmente

recaudatorias); o se sustituyan por meras comunicaciones del particular a la Administración, a efectos de constancia, del inicio de la actividad; o se permita provisionalmente el desarrollo de la actividad una vez que transcurran determinados plazos sin que recaiga resolución, con exoneración para la Administración de la obligación de indemnizar si su pronunciamiento tardío es justificadamente desestimatorio; y, en fin, imponiendo a la Administración el *resarcimiento de los perjuicios* que por su indolencia pueda acarrear si injustificadamente se demora la resolución administrativa más allá de los plazos fijados al efecto, y sin descartar tampoco la *exigencia de responsabilidades individuales* en que pudieran haber incidido los titulares de las funciones públicas (33). Se ha dicho, por otra parte, que hay que dejar de considerar al silencio como un tipo de acto autorizatorio tácito, y configurar el ámbito material del silencio como un tipo de actividad privada libre sometida a una carga de comunicación previa y susceptible de ser sujeta a un condicionamiento posterior (y eventualmente a un veto o prohibición por parte de la autoridad administrativa, en un plazo temporal limitado), arguyéndose que un control *a posteriori* permitiría a la Administración un cierto grado de negociación con el titular de la actividad para buscar de común acuerdo la fórmula concreta más adecuada al interés público, y se sostiene que tal negociación sería una necesidad, como lo viene a demostrar su generalización en el terreno urbanístico (34).

La cuestión es: ¿se trata realmente de alternativas al régimen del silencio positivo? A nuestro juicio, o no son tales, o son sólo soluciones parciales que siguen sin resolver el problema de fondo, que es el del ejercicio de los derechos particulares, con la elemental seguridad jurídica a que éstos tienen derecho. Veamos con mayor detenimiento cada una de las propuestas.

2. *El silencio negativo*

Es, ciertamente, la alternativa que, desde el punto de vista legal, se ofrece en cada caso al legislador. Pero no es, desde luego, una técnica comparable a la del silencio positivo, dada su distinta función y su naturaleza exclusivamente procesal. Permite, simplemente, que el particular pueda acceder al proceso contencioso-administrativo transcurridos ciertos plazos y con requisitos adicionales (v. gr., denuncia de mora en relación con las instancias o solitu-

(33) R. MARTÍN MATEO, *ob. cit.*, págs. 217, 220 y 221.

(34) SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.*, págs. 116 y ss.

des), y obtener así, finalmente (tras meses, o años, de litigio), un pronunciamiento expreso del órgano jurisdiccional que directa o indirectamente sustituye al omitido pronunciamiento de la autoridad administrativa inicialmente competente. No es fórmula adecuada, por lo tanto (y menos en las actuales circunstancias del contencioso en nuestro país), para facilitar el rápido ejercicio de los derechos de los particulares ni la realización de actividades económicas, comúnmente indemorables.

Pero, con independencia de ello, sucede que la configuración del silencio positivo como una solución excepcional, y la conocida lentitud y pasividad de nuestras Administraciones, han terminado por producir lo que me atrevo a calificar como una *irreversible desviación del silencio negativo*, que lejos de ser entendido por la Administración como una garantía subsidiaria y anómala operante en supuestos extremos y patológicos de incumplimiento del deber de resolución expresa, ha terminado por ser vista como la fórmula ordinaria de resolución de los asuntos instados por los particulares, de modo que se obliga a éstos a obtener la resolución definitiva que la Administración debiera proporcionar en la ulterior instancia jurisdiccional (con las pesadas cargas temporales y económicas que ello comporta), convirtiendo a los Tribunales de Justicia, más que en instancia revisora de la actuación administrativa, en anómala pero real y auténtica Administración autorizante y gestora.

No se trata aquí de una apreciación subjetiva obtenida de la propia y limitada experiencia de quien esto escribe, sino de la más objetiva y fundada que del examen de centenares de quejas ha podido formular el Defensor del Pueblo en sus sucesivos *Informes* anuales. Se nos dice en ellos que no excepcionalmente, sino con notoria generalidad, la Administración, y más gravemente las entidades locales, «*tiende a no contestar los escritos presentados por los ciudadanos, forzándolos a acudir al Contencioso-administrativo*» (35), que a veces no se contesta al interesado «*para retrasar la resolución del problema, que el silencio administrativo y la dilación del procedimiento son formas de posponer temporalmente resoluciones que conllevan efectos económicos*», y que «*el abuso del silencio administrativo es una realidad incuestionable y constituye una práctica viciosa considerada normal por muchos órganos administrativos*» (36), que hay un «*abuso fraudulento del silencio administrativo*», «*una utilización abusiva del silencio administrativo que desvirtúa su naturaleza de ficción legal beneficiosa para el administrado, y a efectos exclusivamente procesales, y lo convierte en un instrumento*

(35) Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1984.

(36) Informe correspondiente a 1983.

favorable a la Administración, que ésta usa a su antojo» (37). En el Informe correspondiente a 1987 se reitera la denuncia del Defensor del Pueblo del «abuso por parte de la Administración Pública de esta técnica procedimental... abuso cotidiano que llena una gran parte de la actividad cotidiana del Defensor del Pueblo, quien, en concreto, ha planteado la necesidad de suprimir el requisito de la denuncia de la mora para que los particulares consideren desestimada su petición, la reducción del plazo de seis meses establecido en el artículo 94.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, e incluso, la ampliación de la excepcional técnica del silencio positivo», y, con mayor energía quizá que en sus precedentes Informes, afirma que «resulta inaceptable que una técnica como ésta se esté empleando torcidamente y de manera cotidiana contra sus teóricos beneficiarios [pues] la Administración la usa para esconder sus lentitudes e ineficacias; para disimular un mal funcionamiento interior, fruto de la carencia de efectivos o de la mala distribución de los mismos; para evitar la obligación de motivar las resoluciones o para dificultar a los particulares la utilización de las vías de recurso por ignorancia o cansancio». Con términos no menos duros se califica como abuso de poder la «alarmante asiduidad con que las Administraciones Públicas guardan silencio ante solicitudes, escritos varios o recursos de los administrados» y, analizando sus posibles causas, destaca cómo «sistemas articulados para otro momento de mucha menor actividad administrativa, siguen vigentes en el día de hoy».

Tras insistir en los problemas y vicios del silencio negativo denunciados en sus precedentes Informes, el correspondiente al ejercicio de 1990 reitera, en fin, «la conveniencia de que se lleve a cabo la proyectada modificación de la Ley de Procedimiento Administrativo, a fin de adecuar esta regulación fundamental a las necesidades actuales, tan distintas a las que se daban hace más de treinta años cuando se aprobó la Ley. Esta necesaria modificación normativa, en la que podría incluirse una *severa restricción del silencio administrativo negativo*, y una *paralela potenciación del silencio positivo*, contribuirá decisivamente —dice— a resolver el problema que aquí venimos tratando, a fin de que el ciudadano vea resueltos en tiempo y forma todos sus recursos, reclamaciones y peticiones».

A fuerza de reiterativos, los párrafos que hemos transcrito y extraído de los muchos más amplios dedicados por el Defensor del Pueblo a este grave problema demuestran, a mi juicio, que no estamos ante un vicio menor y fácilmente subsanable, sino ante una

(37) Informe de la misma Institución correspondiente a 1986.

práctica arraigada en todas nuestras Administraciones Públicas, que potencia, sin duda alguna, su patológica y tradicional pasividad. Sin afirmar que nuestra Administración sea la misma del «vuelva usted mañana» que tan sarcásticamente retrató LARRA en el pasado siglo, los nada literarios pero exactos Informes del Defensor del Pueblo nos recuerdan demasiado, por desgracia, aquellas extemporáneas descripciones, que están esperando un talento periódico semejante para contarnos el «vuelva usted dentro de tres años con una Sentencia, y entonces empezaremos a hablar», que parece ser la frase favorita de algunos de nuestros administradores. Reformar los hábitos mentales de una «cultura administrativa» (¿o debería decirse mejor «incultura administrativa»?) como la nuestra es tarea larga, probablemente de más de una generación. En tanto se consigue, el silencio negativo es sólo un alivio extremo y procesal, pero no es, sin duda, el remedio. No es la alternativa, por tanto, a un régimen de silencio positivo, sino, al contrario, éste aparece como una de las posibles alternativas al abuso de aquél. El hecho de que el silencio positivo sea ahora reivindicado tras tantos años de crítica, y cómplice complacencia con el silencio negativo, demuestra que no es una solución tan absurda ni tan peligrosa y, sobre todo, que es quizá el mal menor, la solución irremediable *hic et nunc*, que no cabe, en definitiva, hacer demasiado caso a teorizaciones de laboratorio que desconocen las realidades en que se debe actuar. Por eso es, quizá, que uno de los argumentos que de vez en cuando, y como de pasada, se dejan caer por los adversarios del silencio positivo, el de la singularidad de esta solución, que no encuentra paralelos fuera de España, sea más fácil de contestar, pues es probable que no exista fuera de nuestras fronteras ninguna Administración parangonable, en lentitud y pasividad (y en la correlativa indefensión de los ciudadanos), con la española. La desviación del silencio negativo a forma ordinaria de resolución de los expedientes no es, probablemente, consecuencia misma de aquella fórmula, sino de la patogenia específica de nuestra Administración, capaz de invertir la función de garantía de cualquier institución en su contraria; pero en tanto subsista —y subsistirá por largo tiempo— esta patología de nuestra burocracia, el silencio negativo reforzará inexorablemente la pasividad y la ineficacia de la Administración, estimulándola y justificándola para no resolver expresamente sobre las instancias y recursos de los particulares.

El régimen del silencio positivo no eliminará, ciertamente, y de raíz, los problemas de una cansina y anacrónica Administración, anclada en rutinas y modos demasiado arraigados. Pero, cuando menos, hará posible el ejercicio de los derechos y el desarrollo de

miles de iniciativas que en la actualidad quedan truncadas en los entresijos del procedimiento.

Si de verdad es cierto que con ello se arriesgan determinados intereses públicos o de terceros, será la única forma de que se predispongan los medios (no sólo los personales y financieros, sino los jurídicos, empezando por la responsabilidad efectiva de los funcionarios, frente a la real y segura impunidad actual) para que se ejerciten realmente los controles necesarios para la defensa de los intereses públicos, optimizando el rendimiento y efectividad de aquéllos, y logrando que en un tiempo razonable se hayan efectuado los controles y recaído la resolución expresa, que hoy es hurtada al particular. Al generalizarse ésta como forma de terminación de los expedientes, el silencio administrativo se habrá reducido, en la práctica, a supuestos extremos, minimizando así el riesgo de esos peligrosos gigantes que supuestamente amenazan los intereses públicos, que en la mayoría de los casos no pasan de ser desastados molinos de viento. Todo lo cual es congruente, en fin, con el constitucional *principio de eficacia* (artículo 103.1 de la Constitución), que no puede seguir invocándose sólo para otorgar más y más privilegios y prerrogativas a una Administración cada vez más ineficaz.

En conclusión: el silencio negativo no sólo no es una alternativa válida, sino una fórmula que ha revelado ser, a la larga, no sólo peligrosa, sino lesiva al interés general (al potenciar la ineficacia de las Administraciones Públicas) y al interés de los particulares (38).

3. *La exclusión de determinadas materias del régimen de autorización administrativa previa, o su sustitución por meras comunicaciones del particular a la Administración*

No son tanto fórmulas alternativas al silencio administrativo como a la intervención autorizante de la Administración, de modo que no pueden plantearse, a mi juicio, como una opción entre el silencio positivo y aquéllas, sino como una opción entre control o no control administrativo, o incluso entre controles *a priori* y *a posteriori*.

Es cierto, y lo hemos afirmado antes, que una buena parte de las autorizaciones previas están escasamente justificadas desde la perspectiva del interés público que supuestamente tutelan mediante el control *ex ante* de los requisitos de iniciación de la actividad, y que, por consiguiente, nada grave sucedería a aquél con su supresión pura y simple. En tales casos, lo que hemos erradicado es la necesi-

(38) Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1988.

dad de una resolución autorizatoria y, por tanto, el problema de decidir qué hacemos cuando aquélla no recaiga expresamente o no se notifique al destinatario (esto es, si tenemos que optar por el silencio positivo o negativo). Pero la decisión de suprimir el requisito de la autorización previa tiene naturaleza política y comporta una ponderación de los intereses públicos que puedan resultar afectados por la actividad o derecho cuyo ejercicio hasta un momento dado eran sometidos a aquélla, para concluir en tal supresión cuando se estime que o no existen intereses públicos en riesgo, o son escasamente relevantes, o el riesgo es despreciable, en comparación con el coste del control preventivo para los propios intereses públicos o para los de los particulares. Lo que no cabe, obviamente, es la supresión de controles preventivos para terminar con el fatigoso problema del silencio.

Esto quiere decir que una parte, aunque menor, de los supuestos de autorización o control *ex ante* seguirían subsistiendo en todo caso y, por lo tanto, que el problema del silencio en defecto de resolución expresa seguiría planteándose, aunque su incidencia cuantitativa fuera menor.

4. *La autorización «provisional» e indemnización*

Otorgar efectos de *autorización provisional* al silencio de la Administración constituye, en suma, una fórmula de *silencio positivo reducido*: la autorización se produce por el transcurso de un plazo, pero puede ser anulada por ulterior Resolución expresa de la Administración desestimatoria de la solicitud. En tal caso, el riesgo de optar o no por realizar la actividad provisionalmente autorizada recae exclusivamente sobre el solicitante de la autorización, y la Administración quedaría libre de toda responsabilidad e indemnización si la resolución expresa desestima la solicitud.

Sencillamente, esta fórmula implica una inseguridad jurídica equivalente a la que cierta Jurisprudencia (y ahora la legislación) está imponiendo al régimen del silencio positivo cuando afirma que por éste no puede adquirirse ningún derecho contraviniendo al ordenamiento jurídico. Y por las mismas razones —sobre las que hemos de volver— es absolutamente recusable. Desde un punto de vista práctico, la operatividad de esta fórmula se reduciría a los supuestos en que el ejercicio provisional de la actividad no implicara inversiones importantes o el riesgo de la desautorización ulterior fuera compensable con el beneficio esperado.

Pero, sobre todo, esta fórmula es absolutamente injustificada

porque su propósito no es otro que el de exonerar a la Administración de su deber de indemnizar, que es correlativo al principio constitucional de *responsabilidad de las Administraciones Públicas*, que en otro caso debería producirse (¡cuántos confunden el interés público con el menor coste para las arcas de la Administración!). Lo cual es contradictorio con postular —como se hace en algún caso, y a renglón seguido— el *resarcimiento de perjuicios* por la Administración, ocasionados por su indolencia en dictar resolución expresa. Pues podría suceder que el particular *temeroso de la Administración*, que optara por no realizar ninguna inversión, podría —al obtener resolución expresa favorable en vía administrativa o judicial— reclamar la correspondiente indemnización, en tanto que el *empresario arriesgado* nunca podría reclamar un céntimo si la resolución tardía denegase la autorización que sólo *provisionalmente* le había sido otorgada por el silencio, aun cuando en este supuesto hubiera realizado cuantiosas inversiones que nunca podría ver compensadas.

Es absurdo, por lo demás, que se discuta la plena efectividad del silencio positivo invocando el coste indemnizatorio que la ulterior revocación de la licencia comportaría para la Administración, pues la indemnización sería debida en todo caso, aunque por distinto título: por los daños producidos por el retraso en resolver. El lema de HAURIOU, «que la Administración haga, pero que indemnice», sería sustituido por el de «que la Administración no haga, ni deje hacer, pero que indemnice». La indemnización es, por último, un remedio extremo, pero no puede considerarse la solución normal, ni puede condenarse a los ciudadanos a que se acostumbren a sustituir el ejercicio de sus derechos por un «¿equivalente? económico».

5. *El condicionamiento «a posteriori» de las licencias*

La sustitución de los controles *a priori* por controles *a posteriori* ha sido ya comentada en el precedente apartado 3 de este capítulo. Pero permítasenos decir algo más en relación con la propuesta que al respecto formula, con su brillante pluma, el Profesor SANTAMARÍA. Sugiere éste, como vimos, que el ámbito material del silencio podría ser configurado como una actividad privada libre, sometida a una carga de comunicación previa, y susceptible de ser sujeta a un condicionamiento posterior y, eventualmente, a un veto o prohibición por parte de la autoridad administrativa en un plazo temporal limitado, arguyendo las ventajas de un cierto grado de negociación.

Si lo que se quiere decir es que, en el caso de las denominadas

autorizaciones discrecionales, o condicionables, podrían ser provisionalmente ejercitables las actividades correspondientes, y que una ulterior resolución expresa establecería el condicionado de la actividad, la cuestión podría ser —no sin reservas— objeto de consideración. Pero si lo que se nos viene a decir es que, en el ámbito de lo que hoy son autorizaciones regladas, la supresión del control *ex ante* en que la autorización consiste debe compensarse por los particulares pagando el enorme tributo de la discrecionalidad de la Administración para imponer condiciones ulteriores que se ignoran al iniciar la actividad, o someterles a una «negociación» en la que una parte tiene el poder de otorgar o denegar, y la otra no tiene más perspectiva que la de ceder o cesar en la actividad, entonces debe invocarse una vez más, en contra de esta supuesta solución alternativa, el principio de seguridad jurídica, y el principio de interdicción de la arbitrariedad (39). Y no vale el fácil argumento de que discrecionalidad no es arbitrariedad, pues no es menos cierto que ésta florece en el terreno abonado de aquélla, de modo que el primer paso en la perenne lucha contra ella es el de reducir al mínimo los poderes discrecionales de la Administración. ¿Cómo compatibilizar, en fin, la existencia de poderes discrecionales de la Administración cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales, o de actividades económicas amparadas en la *libertad de empresa* constitucionalmente protegida? La invocación, en fin, al modelo negociador en materia de urbanismo, lejos de constituir un modelo a imitar, suscita la inmediata reserva y el rechazo que aquél ha merecido para una parte de la doctrina, y con mucho mayor fundamento para los administrados que saben por experiencia hasta dónde puede llegar la arbitrariedad de las Administraciones, y la venalidad de sus agentes, cuando los márgenes de la discrecionalidad son demasiado anchos.

Que el control *a priori* pueda ser sustituido por controles *a posteriori* puede ser —y será en muchos casos— razonable, pero lo será, sobre todo, cuando aquéllos tengan carácter reglado, y no discrecional. Así y todo, es dudoso que para el particular sean siempre más ventajosos que la autorización previa reglada y otorgada en un plazo razonable, ya que ésta comporta implícitamente una presunción de legalidad a favor del titular de la actividad, que le otorga seguridad frente a la Administración, y que comunica también seguridad a los terceros que se relacionan con aquél; que desaparece, por el contrario, cuando las actividades se realizan sin control preventivo alguno.

(39) Vid. sobre el tema el ya clásico estudio de J. M.^o BOQUERA OLIVER, *El condicionamiento de las licencias*, en esta REVISTA, núm. 37 (1962), págs. 173-197.

6. *Responsabilidad del funcionario*

No hace falta decir, en fin, que exigir *responsabilidad a los funcionarios* en caso de demora puede ser necesario (y sin duda lo es) pero no suficiente para arrumbar al silencio positivo. En primer término, porque en una organización compleja el problema de individualizar en un órgano, y dentro de él una o más personas imputables del retraso, es tarea nada simple, y porque no basta aquélla, sino la prueba de la culpabilidad, cuestión aún más complicada por la fácil excusa de la insuficiencia de los medios materiales y personales disponibles para verificar el control preventivo y para dictar y notificar las resoluciones subsiguientes, y, en último término, por la insuficiente garantía que esto representaría para el particular, haciéndola depender del patrimonio ejecutable del funcionario.

Con esto no se quiere decir que debe olvidarse la aplicación de este instrumento, sino subrayar su insuficiencia, y aun suponiendo que fuera un mecanismo realmente efectivo y que, entrando en las costumbres, llevara a adoptar un número máximo de resoluciones expresas posibles, ¿no conduciría ello a una producción masiva de resoluciones denegatorias en serie, o a la solución contraria, de resoluciones autorizatorias en masa sin un examen serio de los requisitos fundantes de la decisión?

En conclusión: el problema del silencio de la Administración subsistirá siempre, cualesquiera que sean las «soluciones» que se adopten. De modo que ninguna de las pretendidas «alternativas» al silencio positivo eliminará su necesidad y, desde luego, y en tanto se adoptan, aquél debe obtener el ámbito que le corresponde, y recuperar la funcionalidad que le ha sido negada.

III. LA PLENA VIRTUALIDAD DEL SILENCIO POSITIVO: RESTAURACIÓN INCONDICIONADA DEL PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN OBTENIDA POR SILENCIO

1. *Corrientes jurisprudenciales que permiten revocar de plano el acto tácito*

Los primeros pronunciamientos jurisprudenciales subsiguientes a la entrada en vigor del artículo 95 de la reformada Ley de Procedimiento Administrativo, y aun sobre la base del artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, consideraron que el efecto positivo del silencio era el de un *otorgamiento tácito de licencia* o de un *acto tácito*, que no podía ser revocado ulterior-

mente. Comentando esta Jurisprudencia (especialmente las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 3 de octubre de 1963, 23 de octubre de 1964, 3 de noviembre de 1964*), el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA acertó a señalar que ello era así porque el silencio negativo y el positivo son instituciones esencialmente diversas, que este último es «una técnica material de intervención policial o de tutela», y que implica «*un verdadero acto administrativo*», y por tanto que la Jurisprudencia «*aplica con todo acierto la regla de la irrevocabilidad de los actos administrativos*» (40).

Salvo el ataque a esta configuración del acto tácito por el Profesor MARTÍN MATEO que hemos examinado en la primera parte de este trabajo, la aceptación por la doctrina de la teoría del acto tácito, y de la consecuencia de su irrevocabilidad por actos ulteriores expresos, ha sido prácticamente unánime. De esta forma, la posición de la Administración imputable de la pasividad al no dictar una resolución expresa, era equivalente a la que hubiera tenido si dentro de plazo hubiese dictado Resolución expresa, estimatoria: si quería desconocer aquélla tenía que hacerlo acudiendo al procedimiento de revocación establecido, según el tipo de infracción, en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Esta solución ha dejado de ser, sin embargo, la mayoritariamente aplicada por la Jurisprudencia, como reflejamos en la nota 5 de este trabajo. De modo que, sin discutir la teoría del acto tácito, han podido apreciarse dos corrientes jurisprudenciales que, al margen de aquélla, niegan de hecho, total o parcialmente, su virtualidad. De una parte, se aprecia, según GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (41), una línea jurisprudencial que niega virtualidad al silencio positivo y permite el desconocimiento de la autorización o licencia mediante él obtenida por ulterior acto expreso, siempre que éste constate la existencia de cualquier vicio, formal o material, en la licencia obtenida, con el argumento de que no puede obtenerse por silencio lo que no hubiera podido obtenerse por resolución expresa. De otra, se aprecia una tercera línea jurisprudencial, para la cual el desconocimiento de la autorización o licencia por el ulterior acto expreso desestimatorio sólo sería posible cuando los vicios de aquélla fueran especialmente graves, vicios esenciales o la nulidad de pleno derecho, solución que parece más razonable a los citados autores y por la que optan, aun señalando que no es la seguida por la reforma de la Ley del Suelo, cuyo artículo 178.3 impone, como ya se dijo, que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio

(40) En *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, cit., págs. 226-227.

(41) *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., págs. 559 y ss.

administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los planes, proyectos, programas y, en su caso, de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento». Tampoco es la seguida, como también lo hemos subrayado, por el artículo 1.º del Real Decreto-Ley 1/1986. De modo que ya no es una norma sectorial, sino otra de carácter general y con pretensión de ensayo para una ulterior reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo, la que parece negar la virtualidad al silencio positivo del acto administrativo tácito, que implicaría necesariamente la utilización del procedimiento revocatorio establecido en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La idea, con todo, de que el silencio positivo opera en la misma forma que los actos expresos, de modo que la Administración no puede revocar los actos tácitos libremente, sino en la forma prevista para aquéllos, sigue presente en una línea jurisprudencial ininterrumpida, pudiendo citarse, entre otras, las Sentencias de 12 de diciembre de 1977 (Ar. 5071), 24 de octubre de 1978 (Ar. 3871), 10 de enero de 1979 (Ar. 380), 26 de mayo de 1981 (Ar. 1425), 2 de marzo de 1987 (Ar. 3452), 6 de mayo de 1987 (Ar. 5233), 12 de noviembre de 1987 (Ar. 7757), 24 de octubre de 1989 (Ar. 7481).

2. *Las propuestas del Profesor Santamaría Pastor*

Este autor (42) ha criticado, por su parte, la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ según la cual los Tribunales sólo podrían negar eficacia al acto otorgado por silencio cuando estuviera afectado de un vicio de nulidad de pleno derecho, subrayando que es de muy escasa consistencia lógica, y equivale de hecho a conferir una eficacia absoluta al silencio, con independencia del grado de ilegalidad de que esté afectado, pues «un acto tácito difícilmente puede estar viciado de incompetencia manifiesta, ya que ningún órgano lo dicta; nadie va a pedir un acto de contenido imposible; un acto tácito, esto es, algo que no existe, no puede constituir delito, y en cuanto a la inobservancia total del procedimiento, o bien afecta a todos los actos tácitos, o bien a ninguno».

Quizá por ello señala que cualquier reforma —dentro de los parámetros actuales— debería pasar por dos reglas elementales: que la revocación del acto tácito debe hacerse por los procedimientos de revisión de oficio (o lesividad) (sin distinguir, por tanto, entre los vicios del acto tácito), y que la Administración no puede, bajo

(42) *Ob. cit.*, págs. 113 y 114.

ningún concepto, sancionar al particular por la realización de una actividad ilegal entre el momento de la producción del silencio y el inicio del expediente de revisión o lesividad, al contrario de lo que ahora sucede en muchos casos.

Todo ello, sin embargo, en el *contexto actual*, pues para el futuro el replanteamiento de la institución pasa por las fórmulas alternativas que antes hemos examinado, en las que el instrumento del acto tácito estaría llamado a desaparecer. Dicho con sus propias palabras: «La recuperación del silencio positivo pasa, por extraño que parezca, por su erradicación de la teoría del acto administrativo», y concretamente por la propuesta —que hemos criticado— de configurar su ámbito material como «un tipo de actividad libre sometida a una carga de comunicación previa, susceptible de ser sujeta a un condicionamiento posterior por parte de la autoridad administrativa en un plazo temporal limitado».

Si estamos de acuerdo en la propuesta de rehabilitación del silencio positivo sobre los parámetros actuales, no podemos estarlo en cuanto a la propuesta de reforma que se hace para el futuro, por las razones que ya se han expuesto, sobre la inseguridad jurídica que produciría, no menor, seguramente, que la que ahora se trata de evitar, y porque no aclara qué sucedería en aquellos supuestos en los que la fórmula de la simple comunicación no fuera de aplicación. ¿También en ellos la configuración del «acto tácito» dejaría de ser aplicable?

3. *La tesis del «acto inexistente»*

E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (43) ha formulado no una propuesta rehabilitadora del silencio positivo, pero sí una reinterpretación del sistema vigente, para conciliar las posiciones doctrinales del «acto tácito», de una parte, y las jurisprudenciales —y hoy legales— de que no puede obtenerse por silencio positivo aquello que sea contrario a la legalidad.

Su tesis es la de que si el acto obtenido por silencio positivo fuera contrario a la Ley, no podría afirmarse que tal acto adolece de vicio alguno, sino que, *en realidad, tal acto no habría existido*. Esta afirmación radical se produciría por la presencia de cualquier infracción del ordenamiento (salvo los llamados «vicios menores», que no podrían aducirse para alterar la operatividad del silencio positivo). Desde esta premisa señala que existen tres requisitos fundamentales

(43) *Ob. cit.*, págs. 293 y ss.

del silencio positivo cuya omisión da lugar a su falta de operatividad, o más exactamente al «*acto inexistente*», a saber: 1) la solicitud debe formularse correctamente, de manera congruente, acompañada de toda la documentación preceptiva y ante el órgano competente, de modo que la omisión de dichas circunstancias, salvo que se trate de meros formalismos, dará lugar a la inexistencia misma del acto tácito; 2) el interesado deberá seguir los trámites legalmente previstos para que surja el silencio; y 3) lo solicitado no debe ser contrario a la Ley, lo que implica el problema fundamental de delimitar la intensidad de la infracción del ordenamiento jurídico necesaria para entender que el acto no ha llegado a surgir. ¿Es necesaria la concurrencia de un vicio de nulidad radical, una infracción manifiesta de la Ley, o una infracción simple del ordenamiento jurídico? La tesis del autor se inclina por considerar como doctrina correcta la recogida en la *Sentencia de 1 de diciembre de 1982 (Ar. 733)*, para la cual no es preciso que la infracción invalidante del silencio positivo constituya un supuesto de nulidad de pleno derecho, bastando con la concurrencia de una simple causa de anulabilidad, esto es, de una infracción del ordenamiento jurídico, y añade que tal sentencia supone un avance en la exclusión de una solución incorrecta, como sería ceñir exclusivamente la operatividad del principio a supuestos de nulidad radical. No sólo los supuestos de nulidad radical, y de infracción manifiesta de la Ley, sino cualquier infracción del ordenamiento jurídico (salvo los vicios formales menores) darían lugar, según dicha tesis, al *acto tácito inexistente*, o lo que es lo mismo, a la negación de operatividad alguna al silencio positivo (44).

4. *Crítica de esas teorías*

La consecuencia de admitir que el silencio positivo no produzca efectos cuando contravenga el ordenamiento jurídico pretende sos-

(44) En el mismo sentido que la Sentencia de 1 de diciembre de 1982 que cita GARCÍA-TREVIJANO, la de 23 de abril de 1991 (Sala 3.º del TS) (Ar. 3420) reitera la «doctrina jurisprudencial negadora de la posibilidad de obtener por silencio lo que de una manera expresa no puede conseguirse», y rechaza la idea de que deba exigirse una *infracción cualificada, o manifiesta, de la Ley*, señalando que «el concepto de claro y manifiesto, lo que implica una oposición frente a lo menos manifiesto y claro, está empleado en supuestos como el contemplado en el artículo 118 de nuestra Ley Jurisdiccional..., lo que no se puede generalizar a supuestos distintos, como el que nos ocupa, en los que hay que afrontar de lleno si el proyecto presentado se adapta o no a las directrices del ordenamiento urbanístico por el contraste del proyecto con dicho ordenamiento, si la licencia debe o no ser concedida como consecuencia de dicho contraste».

tenerse, en primer término (en su expresión jurisprudencial), en la idea de que por la vía del silencio no puede lograrse lo que no se hubiera podido otorgar por resolución expresa, o sería nulo de pleno derecho de haberse otorgado, ni puede servir para eliminar los vicios esenciales determinantes de nulidad. Pero esta idea (envuelta en una terminología poco técnica —la «esponja limpiadora»— a la que nos hemos referido en la nota 15 de este trabajo) no resiste un análisis elemental. Lo que se está diciendo es, en suma, que un acto administrativo no puede producir efectos a favor del administrado, si contiene vicios que lo harían nulo (en una primera versión) o simplemente anulable (en la versión que empieza a prevalecer). Lo cual es absolutamente erróneo, puesto que tratándose de un acto expreso nadie discute que ese acto —sea nulo o anulable— produce efectos hasta que es eliminado por resolución judicial o administrativa (y en este último caso, de ser un acto favorable, sólo cabe su anulación a través de alguno de los procedimientos establecidos en los artículos 109 y 110 de la Ley procedimental); las mismas razones que se oponen a negar su efecto al acto tácito habrían de oponerse al acto expreso viciado de nulidad. Si esto no se hace, ni se postula por nadie, es, sin duda alguna, porque las consecuencias serían inaceptables para la seguridad jurídica. Y esto es lo que inconsecuentemente sucede al admitir, sin embargo, que sea posible la revocación por simple acto de contrario imperio cuando se trata de desconocer lo otorgado por un acto administrativo tácito.

El hecho de que se trate de vicios «esenciales» o no esenciales no altera la cuestión, pues admitido que sea que sólo los primeros otorgan esa posibilidad de revocación de plano y sin procedimiento alguno, la Administración no tendrá sino que invocar vicios de dicha naturaleza (existan o no) para desconocer la autorización o licencia ganada por virtud del silencio positivo, colocando al particular en la débil posición de recurrente, y luego de demandante en un recurso contencioso-administrativo. Y en tanto recae la Sentencia definitiva, paralizada la actividad y el ejercicio del derecho. Cuando la Administración ha de invocar, simplemente, una infracción cualquiera del ordenamiento jurídico, y no vicios esenciales o de nulidad, obvio es decir que todavía lo tiene más fácil, y la situación de inseguridad del afectado, absoluta.

La teoría del *acto inexistente* o del *no-acto*, en fin, según la cual en presencia de cualquier infracción del ordenamiento jurídico la negación de virtualidad al silencio positivo no es consecuencia del acto administrativo expreso que ulteriormente deniega la autorización o licencia, sino de que dicha infracción habría determinado la inexistencia misma del acto tácito autorizatorio, constituye, a mi

juicio, un intento de justificar y racionalizar la tesis negadora de virtualidad al silencio positivo, cuyo escollo fundamental radica en el desconocimiento de los efectos favorables del acto tácito. (Si éste no existe —se viene a decir— ya no hay problema; ¡pues hagámosle desaparecer y todo resuelto!)

La idea es ingeniosa, desde luego, pero agrava aún más, si cabe, la inseguridad jurídica, pues no se trata ya y sólo de que el autorizado corra el riesgo de iniciar una actividad que luego puede ser prohibida, sino de que corre el riesgo de estar realizando una actividad ilegal —y sancionable— *ab initio* desde el primer momento, sin que pueda invocar en su beneficio la existencia de un acto tácito, ya que el acto expreso ulterior no revocaría sino que vendría a declarar —con efectos retroactivos, por supuesto— la inexistencia del acto tácito supuestamente generado por el silencio. Lo que no se explica, de nuevo, es cómo justificar que para los actos tácitos su inexistencia —que es la sanción más radical y grave predicable para los actos jurídicos— pueda depender no ya de un vicio gravísimo equiparable a los supuestos de vía de hecho (que es lo que doctrinalmente se admite, y por aquellos que excepcionalmente admiten esta figura jurídica, pues la mayoría entienden que debe quedar subsumida en la categoría de la nulidad de pleno derecho), sino de *cualquier infracción* del ordenamiento jurídico, con la sola exclusión de aquellas que podrían considerarse «irregularidades no invalidantes» en relación con los actos expresos.

Digámoslo de una vez, o el silencio administrativo genera un acto administrativo, y lo genera con todas sus consecuencias, y sometido al mismo régimen de los actos expresos, o todo lo demás será un juego de ilógica jurídica y de disparates argumentales, que nadie quiere denunciar abiertamente, por el temor a la supuesta peligrosidad de silencio para el interés público.

¿Supone acaso un peligro inconjurable para los intereses públicos que el acto tácito despliegue la plenitud de sus efectos, en igualdad de condiciones que el acto expreso? La diferencia de régimen que se deriva de tal plenitud —que es la que sostenemos— o de la posición más restrictiva —de quienes entienden debe negarse toda virtualidad al silencio positivo en presencia de cualquier infracción del ordenamiento jurídico— radica, a fin de cuentas, en que para esta última la Administración no precisa de procedimiento alguno para revocar la autorización o licencia, lo que sí es preciso según nuestra tesis. Cuando la Administración constata la presencia de tal infracción, no debe esperar a la instrucción y resolución de un expediente que le dé la razón, se nos viene a decir, porque entretanto estaría lesionándose el interés público, o el de los terceros. Obsérve-

se, una vez más, que este mismo argumento podría ser aducido frente a los actos favorables expresos, de modo que su consistencia es más que discutible. Pero aún hay más: no toda infracción ordinamental —ni siquiera grave— implica *per se* lesión o riesgo del interés público, y menos aún riesgos o lesiones graves. Si éstos son constatados, a la par que aquella infracción, cabría, en todo caso, imponer la suspensión cautelar del acto tácito (45), con lo que el supuesto peligro para el interés general quedaría superado.

No hay, por tanto, ninguna razón seria ni de peso que justifique el que tratándose de actos tácitos no es necesaria su revocación por el cauce procedimental de los actos expresos (y obsérvese, por lo demás, que este cauce es, o debe ser, ágil y ligero en los supuestos de nulidad de pleno derecho, y de infracción manifiesta de la Ley, pues que sólo requiere dictamen previo favorable del Consejo de Estado), y hay, por el contrario, una razón del mayor peso para que sea ésta la fórmula, y no la unilateral revocación de plano: la seguridad jurídica, y el absurdo.

Ya hemos dicho algo de la situación de inseguridad que la configuración actual del silencio produce, en la que el particular nunca sabe a ciencia cierta si realmente está en posesión de una autorización hasta tanto no recaiga resolución expresa que normalmente vendrá a negarla —quizá después de varios meses, o de años— sin indemnización alguna de la inversión económica realizada y, como subraya SANTAMARÍA, sin que siquiera pueda acudir a los Tribunales frente al silencio de la Administración, ya que lo impide el régimen del silencio positivo; ¿cabe mayor inseguridad jurídica, para que ésta se agrave aún más con la revocación unilateral y sin procedimiento alguno, permitida a la Administración?

Y en cuanto al absurdo, digámoslo también con las palabras de SANTAMARÍA PASTOR: «la Administración recibe un peor trato si cumple con su deber (de dictar una resolución expresa) que si lo incumple; si otorga expresamente una autorización ilegal no podrá revocarla sino mediante revisión de oficio, requisito del que se le exime si incumple con su obligación de resolver».

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse (en relación con un supuesto de silencio negativo, y frente a la interpretación restrictiva que conducía a la inadmisibilidad del

(45) Aunque ello debiera hacerse con restricciones análogas a las que se imponen, *favor Administrationis*, para suspender la ejecutividad de los actos administrativos a petición del particular lesionado por ella (arts. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley Jurisdiccional, y concordantes), o reducirla a supuestos en que afectare gravemente al interés general. Si finalmente resultara improcedente la revocación instada por la Administración, el particular debería ser indemnizado por los daños y perjuicios producidos por la suspensión.

recurso contencioso) en su *Sentencia 6/1986, Fundamento Jurídico 3.c*), contra el absurdo de otorgar mejor trato a la Administración cuando incumple su deber de dictar la pertinente Resolución expresa. Dice literalmente: «no puede calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales».

Doctrina que nos parece enteramente aplicable, y aleccionadora, para el régimen del silencio positivo, y que permite pensar que no es disparatado sostener que la «reinterpretación» del artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo tal y como se ha llevado a efecto por cierta Jurisprudencia y doctrina, pero también por la legislación (art. 178.1 de la Ley del Suelo y art. 1.º del Real Decreto-Ley 1/1986), pudiera ser inconstitucional, por la manifiesta negación del principio de seguridad jurídica que implica y por la no menos clara de los principios de eficacia, y de responsabilidad de la Administración (arts. 9, 103 y 106 de la Constitución) que igualmente comporta.

Pero si lo anterior es cierto, y en tanto se procede a la reforma de los textos legales, no parece que sea insensato postular que aquéllos deben ser reinterpretados en el sentido «más conforme» a la Constitución. De este modo, cuando menos, no cabría desconocer la virtualidad del acto tácito autorizatorio por simples resoluciones administrativas, sino que sería siempre exigible el procedimiento establecido en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pues una cosa es que por el acto tácito no se adquieran derechos *contra legem*, y otra muy distinta que la declaración de su ilegalidad pueda realizarse obviando el procedimiento legalmente establecido precisamente por la parte por cuya indolencia se produjo aquél.

JURISPRUDENCIA

