

LOS ORIGENES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA FORMACION DEL ESTADO CONSTITUCIONAL (*)

Por

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

Doctor en Derecho

Profesor titular interino de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. LA EXIGENCIA DE CELERIDAD EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DEL ESTADO DE DERECHO.—II. LA FORMACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU INFLUENCIA EN EL NACIMIENTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: 1. *El Estado liberal burgués y la construcción del Derecho administrativo.* 2. *La Restauración canovista: hacia un planteamiento forense y legalista del Derecho administrativo.*—III. RECAPITULACIÓN: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO SURGE COMO UNA TÉCNICA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

I. LA EXIGENCIA DE CELERIDAD EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DEL ESTADO DE DERECHO

El ejercicio del poder, a través del sometimiento de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), se ha rodeado de unos límites jurídicos cada vez más precisos que posibilitan el control de la actuación administrativa a través de los Tribunales de justicia (art. 106.1 CE). Límites que son el fruto de una constante y tenaz «lucha por el Derecho», según la feliz expresión de IHERING (1), realizada por numerosas generaciones de juristas. Esta labor se ha llevado a cabo a través del principio de legalidad, como expresión del Estado de Derecho, y se ha articulado en torno a la teoría de las potestades. En estrecha conexión con el principio de legalidad deben situarse, a los efectos de nuestro estudio, el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). La imbricación de estos principios permite, entre otras consecuencias, situar el factor tiempo en un plano destacado en relación a la actividad de la Administración pública. Ahora bien, ¿en qué medida estaba presente desde la formulación inicial del concepto de Estado de Derecho la importancia del tiempo en la actividad administrativa?

(*) Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de la DIGYCIT PB96-0989: «Las mutaciones de las estructuras administrativas y el Derecho administrativo», que se lleva a cabo en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

(1) Al respecto, vid. Rudolph VON IHERING, *La lucha por el Derecho*, Ed. Civitas, Col. «Cuadernos», 1985, reimpresión 1993.

En los albores del Estado de Derecho, algunos autores desprendían de este concepto la exigencia de la celeridad de la Administración en la ejecución de las leyes (2). Significativamente, el ilustre jurista alemán Rudolf VON GNEIST, en su *Der Rechtsstaat*, escrito en 1879 (3), propugnaba la clara separación de la Administración de la justicia como muy necesaria. Así, señalaba que el «modo de proceder, las aptitudes del juez y del abogado son diversas [de las de la Administración]» y «no pueden conjugarse con la exigencia de una ágil y espontánea administración» (4). Al describir la reforma administrativa en Prusia, y en particular un proyecto de ley de 1869, señalaba como uno de los puntos generales: «Para la simple administración debe prevalecer el pensamiento de la simplificación de las instancias, de la energía del sistema burocrático, de la rigurosa subordinación de los agentes ejecutivos bajo la dirección del Ministro [...]» (5). No sólo el procedimiento administrativo responde a criterios de agilidad y rapidez, sino también la creación de una jurisdicción especial, la contencioso-administrativa, diferenciada de la civil, en cuya creación VON GNEIST tendrá un papel destacado (6).

Esta concepción del Estado de Derecho se inscribe en el liberalismo alemán de mitad del siglo pasado, donde se realizaron una serie de aportaciones doctrinales (VON MOHL, VON GNEIST) en función de un contexto político bien determinado: la realización de la unidad alemana y el tránsito del Estado prusiano al *Reich* alemán (7). Estos autores formulan un modelo teórico de *Rechtsstaat* que se caracteriza ante todo por la vinculación a la ley y a la protección del derecho de los individuos (8).

No obstante, este modelo teórico del Estado de Derecho no llegó a imponerse en la práctica, sino que durante la segunda mitad del XIX prevalecerán las tesis del jurista conservador Friedrich Julius STHAL (9). Este autor concibe el derecho más como un dispositivo de limitación del poder que como un medio de organización racional del Estado y de normaliza-

(2) Es mérito del profesor Martin BULLINGER el haber destacado este extremo. Vid., de este autor, *La Administración, al ritmo de la economía y de la sociedad. Reflexiones y reformas en Francia y Alemania*, en «DA», 234, abril-junio 1993, págs. 90-91. Así como un trabajo anterior del mismo autor: *Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)*, en «REDA», 69, enero-marzo 1991.

(3) Nosotros hemos consultado la versión italiana: *Lo Stato secondo il Diritto ossia la Giustizia nell'Amministrazione politica*, Ed. Nicola Zanichelli, Bolonia, 1884, traducción de Isacco ARTOM con el consenso del autor.

(4) Vid. *Lo Stato...*, op. cit., pág. 100.

(5) Vid. *Lo Stato...*, op. cit., pág. 229.

(6) Como es sabido, el nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania debe enmarcarse en la dialéctica entre el sistema administrativo de justicia (*Administrativjustiz*) y el Estado de justicia (*Justizstaat*), que tan bien encarnan el propio VON GNEIST y VON BAHR. Vid. Santiago J. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

(7) Vid. Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Ed. Montchrestien, París, 1992, págs. 14-15.

(8) Vid. Joaquín ABELLÁN GARCÍA, *Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert Von Mohl*, en «Revista de Estudios Políticos» (Nueva Epoca), 33, mayo-junio 1983, pág. 133.

(9) Vid. Joaquín ABELLÁN GARCÍA, *Liberalismo alemán...*, op. cit., pág. 133.

ción de sus relaciones con los administrados (10). De esta forma, como gráficamente ha descrito BULLINGER, el concepto de Estado de Derecho sufriría un «estrechamiento», respecto a las tesis precedentes de tendencia liberal. Piénsese que la formulación teórica del *Rechtsstaat* en Alemania se formula dentro de «un contexto relativamente impropio —o menos propio— en cuanto que todavía la vigencia del “principio monárquico” suponía [...] la subsistencia para el poder de la Corona y de su ejecutivo de determinadas zonas de inmunidad frente al Derecho» (11). Por ello no es de extrañar que el control del tiempo en la actuación administrativa permaneciera en manos de la Administración activa e inmune a cualquier tipo de control jurisdiccional.

En la misma línea se inscribe la obra del gran jurista alemán Otto MAYER. Efectivamente, para este autor: «Es inexacto pretender que la administración, donde no tenga más que aplicar la ley, cumpla un deber [...]». Así, la «ley puede determinar su actividad tan estrictamente como la de la justicia, de suerte que, en realidad, la administración no haga sino aplicar la ley. Fijando de forma precisa lo que debe hacer, también puede *depender de su realización*, en el caso del particular, de la *voluntad de la administración* a la que dejará libre para decidir si la medida debe tomarse o no» (12).

La razón de ello, sin duda, estriba en la necesidad para Otto MAYER de robustecer los poderes del monarca del *Reich* alemán, reservándole un amplio espacio de actuación en todo aquello que la Constitución no había atribuido expresamente al Parlamento. El factor tiempo en la ejecución de la ley va pasando a un plano cuasi marginal. Así, es la propia Administración y no el ciudadano quien tiene el control del momento en que deben ejecutarse las leyes. El principio de Estado de Derecho se limita fundamentalmente «a vincular a la Administración, en lo que atañe al *contenido* de sus decisiones y al *contenido* de las leyes» (13). La labor del jurista se centra en buscar mecanismos de defensa contra la Administración en aquellos supuestos en los que se extralimitaba, pero del Estado de Derecho no se desprende una rápida resolución del procedimiento administrativo.

Este panorama debe completarse con la clasificación de la potestad reglamentaria entre reglamentos jurídicos (normativos) con efectos *ad extra* y reglamentos administrativos (de organización) o con eficacia *ad intra*, que parte de la teorización de Paul LABAND y de Georg JELLINEK realizada a fines del siglo XIX (14). Solamente los primeros son relevantes para el Derecho, mientras que los segundos se consideran una mera cuestión in-

(10) Vid. Jacques CHEVALLIER, *L'Etat...*, op. cit., pág. 15.

(11) Vid. Angel GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Col. «Temas Clave de la Constitución Española», Madrid, 1990, pág. 163.

(12) Vid., de este autor, *Derecho administrativo alemán*, tomo I, Parte General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 112; traducción directa del original francés (1903).

(13) Vid. Martin BULLINGER, *La Administración, al ritmo...*, op. cit., pág. 90 (la cursiva del texto citado está en el original).

(14) Vid. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Ed. CERA, Madrid, 1991, págs. 703-704.

terna de la Administración, que en todo caso podría generar responsabilidad del funcionario público. Precisamente en estos últimos es donde se establecen las diversas medidas de agilización de la Administración pública. Ahora bien, el carácter no normativo que se predica de tales reglamentos convierten estas baterías de simplificación administrativa en meros *desiderata* cuyo cumplimiento es difícilmente articulable ante los tribunales de justicia. Es bastante paradigmático el dato de que hasta fechas muy recientes (1977) no se ha promulgado una Ley alemana sobre procedimiento administrativo, estando las normas procedimentales «a la sombra del Derecho administrativo material» (15). La razón de ello se encuentra en el ordenacismo del sistema prusiano-alemán, donde si bien cada actuación del funcionario está excelentemente reglamentada, centra su polo de atención en la eficacia más que en las garantías particulares (16). Debe señalarse, por tanto, que será en el contencioso-administrativo donde se concentrará la defensa de las garantías, olvidando más el procedimiento administrativo, que es visto como una vía previa al acceso a la jurisdicción (*Voverfahren*).

En Francia la recepción de las teorías del *Rechtsstaat* alemán se produce más tarde y de forma parcial. La razón de ello estriba en la propia concepción francesa que giraba en torno al *Etat légal*. De esta forma, si el *Rechtsstaat* es establecido únicamente por el interés y salvaguardia de los ciudadanos, el *Etat légal* se refiere a una concepción de la organización fundamental de los poderes del Estado y tiende fundamentalmente a asegurar la supremacía del cuerpo legislativo (17). Así, el régimen de justicia administrativa no se configura, a diferencia del modelo alemán, preferentemente en torno a los derechos individuales, sino esencialmente como un control objetivo de la actuación administrativa. En este contexto, será la necesidad de una Administración centralizada y fortalecida la que llevará a facilitar, en la medida de lo posible, el acceso a la jurisdicción de las decisiones de la Administración activa. Es bastante significativo que si bien el Derecho administrativo francés ha sido fundamentalmente construido pretorianamente a través de los *arrêts* del *Conseil d'Etat*, la teoría del silencio administrativo negativo nace en Francia en virtud de dos decisiones normativas: el artículo 7 del Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864, relativo al recurso interpuesto contra las decisiones de autoridades subordinadas al Ministro (18), y el artículo 3 de la Ley de 17 de julio de 1900, que ge-

(15) Vid. Hans MEYER, «El procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania», en Javier BARNÉS VÁZQUEZ (ed.), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Ed. Civitas y Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Madrid, 1993, págs. 285-286.

(16) Vid. Alejandro NIETO GARCÍA, *El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas*, en el núm. 32 de esta REVISTA, 1960, pág. 78.

(17) Vid. Jacques CHEVALLIER, *L'Etat...*, op. cit., pág. 32.

(18) El título exacto de esta norma es: Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864, relativo al procedimiento ante el Consejo de Estado en materia contenciosa y a las reglas a seguir por los ministros en los asuntos contenciosos. Puede consultarse su texto completo en *Le Conseil d'Etat son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1974, págs. 510-511.

neraliza el silencio administrativo negativo a los recursos contra una decisión administrativa (19).

El primer supuesto (1864) debe inscribirse en el II Imperio, durante el reinado de Napoleón III, dentro de una serie de medidas de procedimiento, recogidas en el Decreto imperial, dirigidas a facilitar el acceso al *Conseil d'Etat* (dispensa de otros costes que los derechos de timbre y registro para los recursos por exceso de poder, dispensa de abogado en materia de pensiones, etc.). Se ha señalado que estas reformas respondían al deseo del Emperador de establecer, en defecto de libertad política, una Administración más justa (20). En todo caso, el propio Emperador, en una carta dirigida al Ministro de Estado, expresa su preocupación sobre las lentitudes de la burocracia administrativa y su deseo de que la eterna cuestión de la observación de los plazos y de la simplificación de las formas en vista a una más rápida expedición de los asuntos fuera puesta en estudio dentro del seno de cada sección (21). Debe recordarse el papel que juega en esta época el *Conseil d'Etat* «como un mecanismo destinado a asegurar el funcionamiento sin fisuras de un poder arbitrario; un instrumento muy útil para reforzar un Ejecutivo cada vez más fuerte frente a un Cuerpo legislativo impotente» (22).

En este contexto, es lógico que se facilitara y reforzara el acceso de los asuntos administrativos al *Conseil d'Etat*, máxime si tenemos en cuenta el control que realizaban los propios Ministros sobre tal prestigiosa institución. Por tanto, estamos en un régimen autocrático, el de Napoleón III, donde se favorecerá el recurso por exceso de poder sobre todo como un medio de fortalecer el Estado, al ofrecer a los descontentos la posibilidad de expresarse en vía contenciosa (23) y no tanto como una forma de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos (24). Además, con este reforzamiento del acceso al *Conseil d'Etat* se conseguía otro objetivo muy importante: evitar que tales descontentos, alimentados por los abusos administrativos de autoridades inferiores, se remonten hasta el jefe de Gobierno. En aquel momento, a través de la política de desconcentración rea-

(19) El texto exacto es: Ley de 17 de julio de 1900, por la que se modifica la Ley de 26 de octubre de 1888, relativa a la creación de una sección temporal del contencioso en el Consejo de Estado.

(20) Vid. *Le Conseil d'Etat son histoire...*, op. cit., pág. 511.

(21) Vid. E. QUENTIN-BAUCHART, *Etudes et souvenirs sur la Deuxième République et le Second Empire (1848-1870). Mémoires posthumes publiés par son fils*, tomo II, Ed. Librairie Plon, París, 1901, págs. 370-371.

(22) Para una comprensión del *Conseil d'Etat* durante este período es de imprescindible consulta el trabajo de Vicent WRIGHT, *Le Conseil d'Etat sous le Second Empire*, París, 1972. La cita que realizamos la extraemos de la pág. 14.

(23) Vid. François BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Ed. Montchrestien, 1989, pág. 303.

(24) Que el silencio administrativo no es concebido con carácter fundamentalmente garantizador puede constatarse en la primera jurisprudencia del *Conseil d'Etat*. Así, en una resolución de 29 de junio de 1888 se declaraba que al expirar el plazo de cuatro meses para resolver empezaba a correr el plazo ordinario del recurso contencioso. Por tanto, si el particular no estaba atento a los plazos podía ver vedado su camino a la vía jurisdiccional. Vid. R. DARESTE, *Les voies de recours contra les actes de la puissance publique*, pág. 406.

lizada por el Decreto de 25 de marzo de 1852, los prefectos habían adquirido un importante ámbito de decisión, favoreciéndose en este clima de autoritarismo la creación de numerosas «tiranías locales» (25). Adviértase que el silencio se establece precisamente en relación a la falta de respuesta de los Ministros respecto a las autoridades inferiores.

Los Ministros, que habían adquirido una importancia notable durante la restauración monárquica, verán paulatinamente amputadas sus competencias como jueces de lo contencioso-administrativo, en un proceso que ha sido definido como la erosión de la doctrina del ministro-juez. En este proceso un hito fundamental será el Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864, a través del cual se implanta el silencio administrativo, el cual está basado fundamentalmente en el *Rapport* Quentin-Bauchard, cuyo autor era un adversario claro de la justicia ministerial.

El segundo paso (1900) se produce en una situación política diferente: la III República francesa. En este momento se había realizado el tránsito de una justicia retenida a un sistema de jurisdicción delegada y se había abandonado la teoría del ministro-juez (26). Así, para asegurar la primacía de la Asamblea Nacional francesa frente al Poder Ejecutivo es necesario facilitar en la medida de lo posible el acceso a la jurisdicción de las decisiones de la Administración activa (27), resolviendo al mismo tiempo la denegación de justicia que tal situación provocaba. Se generaliza, por tanto, el sistema que se había iniciado en 1864 al asimilar el silencio a una decisión implícita de rechazo, abriendo las puertas al contencioso-administrativo, ante la exigencia de una decisión previa (*préalable*). Así, la Ley tiene como finalidad quitar estorbos para acceder al Consejo de Estado, disminuir la lentitud de los asuntos y está destinada también, como remarca el relator del entonces proyecto, CHASTENET, a combatir la inercia administrativa (28). Como advierte HAURIU al comentar la Ley de 17 de julio de 1900, la doctrina del silencio administrativo había servido en Francia para extender el dominio de lo contencioso-administrativo, haciéndolo tan am-

(25) Vid. François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Ed. PUF, Col. Thémis Droit Public, París, 1995, pág. 175.

(26) Dicha evolución se había producido con la Ley orgánica de 24 de mayo de 1872, según nos relata Jean-Paul COSTA, *Le Conseil d'Etat dans la société contemporaine*, Ed. Economica, París.

(27) Piénsese que en este momento la doctrina ya había empezado a hablar de un principio de separación de la jurisdicción administrativa y de la administración activa, especialmente después del *arrêt* Cadot, de 1889. Vid. al respecto Jacques CHEVALLIER, *Reflexions sur l'arrêt «Cadot»*, en «Droits», 9, 1989, pág. 80, nota 1.

(28) Vid. René GOUTTENOIRE, *Le silence de l'Administration*, thèse, Editions et publications Contemporaines-Pierre Bossuet, París, 1932, pág. 19. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ cita las palabras de CHASTENET en su *Rapport* ante la Asamblea Nacional para la tramitación parlamentaria del entonces proyecto de ley: «el honor de un país está interesado en que sea imposible la denegación de justicia y en que nadie pueda invocar en vano la Ley y demandar a los jueces: *forum et ius*». Vid. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Ed. Publicaciones Abella, Madrid, 1964, pág. 501. Estas palabras encabezan el trabajo de Ernst ARENDT, «Le silence de l'Administration en Droit luxembourgeois», en *Le Conseil d'Etat du Grand Duché de Luxembourg. Livre jubilaire 1856-1956*, Ed. BFD, Luxembourg, 1957, págs. 562-570. Vemos, por tanto, cómo no son únicamente razones de denegación de justicia, sino también «en que nadie pueda invocar en vano la Ley».

plio como el de la reclamación administrativa (29). Si bien debe señalarse que estará presente el carácter garantizador de los derechos de los ciudadanos y la posible denegación de justicia (30).

En cuanto al silencio positivo también empieza a recogerse normativamente en alguna legislación sectorial. Así, puede citarse una Ley francesa de 8 de abril de 1898, sobre el régimen de las aguas, de la cual nos da puntual noticia el ilustre jurista Gaston JÈZE (31). En esta normativa se disponía que los propietarios ribereños que querían realizar construcciones, plantaciones o cercas a lo largo de los ríos navegables que desembocan en el mar debían observar las distancias reglamentarias establecidas para asegurar el libre ejercicio de la servidumbre de camino de sirga. Al respecto, JÈZE observa que si el silencio de la Administración supusiera una negativa a construir, ello implicaría que el ejercicio del derecho de propiedad quedaría paralizado en las manos del propietario. Si, en cambio, supusiera un asentimiento, la servidumbre de camino de sirga quedaría comprometida. Por eso, la Ley busca una solución intermedia: el propietario puede construir, pero si las distancias condicionan el ejercicio de la servidumbre, tales construcciones podrán suprimirse; ahora bien, deberá pagarse la correspondiente indemnización al propietario.

En cambio, en Italia, donde se recibe más pronto el concepto de *Rechtsstaat* alemán (32) y donde el modelo de justicia administrativa es de corte esencialmente subjetivo, es decir, centrado principalmente en la protección de los derechos individuales y no simplemente de legalidad (33), la introducción del silencio responde a otro tipo de motivaciones.

El problema del silencio administrativo fue objeto de discusión en el Senado italiano al debatirse el artículo 7 de la Ley de 31 de mayo de 1889,

(29) Vid. Maurice HAURIU, *La jurisprudence administrative*, II, París, págs. 42 y ss.

(30) Es sintomático el cambio jurisprudencial que se va abriendo camino en el sentido de que no corren los plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo hasta la existencia de una resolución expresa notificada, dejando el silencio abierto indefinidamente el camino al *Conséil d'Etat*. Vid. en este sentido las resoluciones de 7 de agosto de 1905 y 8 de mayo de 1908. En esta última se señala que «[...] cuando la Administración se pronuncia explícitamente, el recurso contencioso debe formularse en el improrrogable plazo de dos meses; pero si no se pronuncia explícitamente, está indefinidamente expuesta la Administración al recurso contencioso». Vid. Maurice HAURIU, *Précis de Droit administratif et Droit public*, 1921, pág. 410. La traducción de la sentencia la tomo de Pedro REDONDO, *La teoría del silencio administrativo en la legislación y en la jurisprudencia española*, conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación el 10 de enero de 1931, Ed. Reus, Madrid, 1932, pág. 36.

(31) Vid., de este autor, *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public*, en «Revue de Droit Public», 1905, págs. 780-781.

(32) Es significativo que la obra de VON GNEIST que estamos manejando sea una traducción italiana de 1884.

(33) Las razones del restablecimiento en 1889 de la justicia administrativa en Italia, abolida en 1865, pueden encontrarse en el discurso de Silvio SPAVENTA, «La Giustizia nell'Amministrazione», pronunciado en la Asociación constitucional de Bergamo el 6 de mayo de 1880. En la pág. 24 se señala cómo «aboliendo radicalmente la jurisdicción administrativa, privó muchos intereses de cualquier garantía de justicia». Sobre el contexto político del fundador de la justicia administrativa italiana es imprescindible Mario NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, en «Rivista trimestrale di Diritto pubblico», 1970, págs. 715-763.

n. 5992, institutiva de la IV Sección del Consejo de Estado (34), con motivo de su tramitación parlamentaria (35). Así, el Senador CAVALLINI puso de manifiesto la ausencia en la Ley de garantías frente a la inactividad administrativa tanto en los casos de solicitudes como de recursos, contando con el apoyo del Senador PIERANTONI. Observaciones que no fueron acogidas en el texto definitivo de la Ley (36), por lo que las reclamadas garantías jurídicas se convirtieron, por el momento, en un pío deseo. Las razones que argumentó el relator de la Ley, el Senador COSTA, se basaban en garantías morales y políticas (37), considerando que no era una materia a regular por una ley con carácter general, sino que debía establecerse caso por caso.

El silencio administrativo surge pretorianamente unos años después a través de la famosa decisión *Longo* del *Consiglio di Stato* (38). No estamos en este caso, a diferencia del caso francés, ante el modelo del *Etat legal*,

(34) Con esta Ley se venía a paliar la situación surgida a partir de la Ley de 20 de marzo de 1865, n. 2248, All. E., de abolición de lo contencioso-administrativo. La atribución del conocimiento de la lesión de los derechos subjetivos a los tribunales ordinarios había producido una disminución de garantías respecto a los intereses legítimos. A partir de 1889 se encomendará a la IV Sección del Consejo de Estado la tutela de estos intereses. La Ley de 1889 se inscribe, por tanto, dentro de una dinámica garantista, destinada a corregir las disfuncionalidades que presentaba el sistema de justicia administrativa italiano.

(35) Vid. Legislatura XVI, 2.ª Sesión 1887-88, Debates, Sesión del 22 de marzo de 1888, págs. 1229-1232.

(36) El artículo 7 decía lo siguiente: «Cuando la ley no prescriba otra cosa, el recurso a la sección de lo contencioso-administrativo no se admite si no es contra la resolución (*provvedimento*) definitiva, emanada en sede administrativa sobre el recurso presentado en vía jerárquica. El recurso contencioso tampoco se admite cuando, contra la resolución (*provvedimento*) definitiva, se ha presentado recurso al Rey en sede administrativa, según la ley vigente.»

(37) «Si hay un argumento que entra naturalmente en el campo de la responsabilidad política, para mí es verdaderamente éste. En este caso no se trata de golpear un acto o resolución (*provvedimento*) del Gobierno, sino más bien su conducta, el modo como ejercita sus funciones: se trata de juzgar no un hecho determinado, sino el contenido del Gobierno; lo cual no puede entrar en la jurisdicción de un magistrado, sino compete evidentemente al Parlamento.»

(38) Parece que la primera jurisprudencia que en Italia alude el tema del acceso a la jurisdicción frente a los comportamientos pasivos de la Administración pública se contiene en la decisión de la Sección IV del Consejo de Estado de 2 de agosto de 1894, si bien en forma de *obiter dictum*. No es hasta la decisión de 22 de agosto de 1902 de la Sección IV del Consejo de Estado que se pone, de forma expresa, la primera piedra en la construcción del silencio administrativo como un medio de defensa del particular frente a la inactividad formal de la Administración pública, ya sea en una solicitud o en un recurso. Como en tantos otros supuestos, es la jurisprudencia la que, ante el vacío normativo que deja tras de sí el legislador, tiene que anticiparse dictando una resolución de carácter pretoriano que marcará un hito en la evolución del instituto. Esta histórica decisión trae causa en los hechos siguientes: Giuseppe Longo, oficial de justicia en el tribunal de Nápoles, en una serie de irregularidades administrativas era dispensado del servicio con decreto del primer presidente de la Corte de apelación en fecha de 3 de junio de 1901. Admitiéndose contra tal resolución recurso jerárquico ante el ministro de Gracia y Justicia, por el artículo 24 de Real Decreto 365/1900, de 9 de octubre, Longo recurre al ministro. No habiendo obtenido respuesta, el 9 de marzo de 1902 notificó al mismo ministro un *atto d'uscire* requiriéndole a decidir el recurso en el plazo de diez días. El ministro permanece en silencio, y entonces Longo interpone recurso ante la IV Sección del Consejo de Estado contra el decreto del primer presidente, en cuanto tácitamente confirmado por el ministro.

concebido fundamentalmente desde la perspectiva de la organización fundamental de los poderes del Estado. Debe advertirse, en cambio, la influencia significativa que tendrá la cultura jurídica alemana en los creadores del Derecho administrativo italiano (Vittorio Emanuele ORLANDO, Oreste RANELLETTI, Santi ROMANO) (39). Esta doctrina centra el Derecho administrativo en la teoría del acto, en el cual uno de sus elementos formales es el silencio administrativo (40). El contexto político en que surge esta dogmática se inscribe en períodos que, bajo la apariencia parlamentaria, muestran claras tendencias autoritarias y conservadoras que desembocarían en una crisis del sistema (41). Posteriormente, en los años treinta, en el período de entreguerras, el Derecho administrativo, si bien mantiene su carácter autoritario, quiere dar la imagen de potenciar las garantías ciudadanas para obtener la colaboración de actividades privadas de interés público. La peculiar ascensión al poder de MUSSOLINI, en términos que los historiadores han definido como «consenso», explica «la subsistencia de al menos de una parte del Estado de Derecho y la tendencia de la población a la aceptación del régimen aunque fuera de una forma superficial y pasiva más que entusiasta» (42). Por ello, como advierte Norberto BOBBIO, el fascismo italiano se caracteriza «por un vestigio de legalidad en el comportamiento de la Administración pública» (43). En estos momentos se reconsi-

(39) Vid. Alberto MASSERA, *L'influenza della cultura tedesca sulla prolusione Orlandiana*, en «Rivista trimestrale di Diritto pubblico», 4, 1989, págs. 937-967. Vid., asimismo, Marco D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1992, pág. 130: «Son evidentes los influjos de la doctrina alemana, sobre todo de Otto Mayer, sobre la italiana, y clara es la influencia del mismo Hegel y de una concepción metafísica del Estado. El hegelismo era largamente difundido en Nápoles y en el Sur de Italia: Orlando y Romano son sicilianos; el primero presidente de la Cuarta Sección del Consejo de Estado y Silvio Spaventa, hermano de Bertrando, el máximo exponente de la escuela hegeliana de Nápoles.» Por su parte, Massimo Severo GIANNINI señala que si bien «es verdad que la ciencia italiana se vio influida también fuertemente por la escuela francesa, y muestra de ello son Cammeo y Forti, típicos ejemplos de jurisprudencialistas, pero la influencia dominante fue la de los pandectistas». Vid., de este autor, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 1987, págs. 60-61.

(40) Esta concepción lleva a la dogmática italiana a forzar la definición de acto administrativo realizada por MERLIN en el Repertorio Guyot («un arrête, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport à ses fonctions»). El término *fait* se identifica con hecho jurídico (silencio administrativo), pese a que presumiblemente MERLIN había querido designar a cualquier especie de acto jurídico no comprendido entre los *arrête*, *decision* o *action*. Vid. Aldo TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Ed. CEDAM, Padova, 1985, págs. 4-5, nota 3.

(41) El período en que se realizan las grandes reformas de la Administración italiana es el de los gobiernos presididos por Francesco CRISPI (1887-1891 y 1893-1896). Como advierte Valerio LINTNER: «Las principales características de su régimen fueron el apoyo a Alemania, la ambición colonial, el apoyo a los nuevos propietarios de tierras y a la clase media industrial, la intolerancia de la oposición y sus marcadas tendencias dictatoriales. No es difícil imaginar que los fascistas lo tomaran más tarde como modelo. [...] El impulso esencial de sus acciones fue reforzar al ejecutivo a expensas del legislativo, e incrementar el autoritarismo del estado en sus propias manos.» Vid., de este autor, *Historia de Italia*, 2.ª ed., Ed. Celeste, Madrid, 1995, pág. 178.

(42) Vid. Javier TUSELL GÓMEZ, «Fascismo italiano y franquismo», en la obra, del mismo autor, *La dictadura de Franco*, Ed. Alianza, Madrid, 1988, pág. 327.

(43) La cita la tomamos de Javier TUSELL GÓMEZ, «Fascismo italiano...», *op. cit.*, pág. 323.

derará el papel central del acto administrativo y surgirá la distinción entre silencio negativo con efectos meramente procesales a efectos de la mera impugnación y silencio, de hacer admisible el recurso contencioso, y silencio positivo con efectos sustantivos (44). El silencio negativo «nada añade ni nada quita a la situación jurídica sustancial», por lo que no está regido por plazos de caducidad, los cuales tienen «la finalidad de consolidar en el espacio de poco tiempo los efectos del acto administrativo» (45). Al contrario, en este caso regirán los plazos de prescripción a los que está sometido el derecho patrimonial objeto de controversia.

II. LA FORMACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU INFLUENCIA EN EL NACIMIENTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. *El Estado liberal burgués y la construcción del Derecho administrativo*

Por lo que respecta al Estado liberal español del siglo XIX, estamos ante un Estado civilmente en crisis y donde predominarán los gobiernos de corte autoritario, surgidos del constante «ruido de sables» que se va sucediendo durante todo el período. La preocupación fundamental reside en asegurar una Administración fortalecida que sea capaz de recaudar tributos y aplicar la ley ante el desorden que provocan las numerosas guerras civiles. Así, el liberalismo de mitades del XIX no es, por tanto, un período caracterizado por una lucha contra la Administración, a la que hay que sujetar y reducir, sino que se intenta construir una Administración fortalecida capaz de resolver los males endémicos del país (46). Los autores más significativos de la época (Francisco Agustín SILVELA, Alejandro OLIVÁN, Javier DE BURGOS y, unos pocos años más tarde, José POSADA HERRERA y Manuel COLMEIRO) están marcados por una clara influencia francesa, que en algunos casos no es sólo doctrinal, sino institucional (47).

(44) Es paradigmático que en el estudio de Ugo FORTI, uno de los artífices y teóricos de tal distinción, se señala que «si bien es verdad que en nuestro actual derecho público tiende a restaurarse la autoridad del Estado, también es verdad, como en otras ocasiones he indicado, que quiere igualmente intangibles garantías de justicia en la Administración». Para reforzar su posición trae a colación, en nota a pie de página, las palabras del dictador MUSSOLINI en la celebración del centenario del *Consiglio di Stato*: «Un régimen de autoridad, como el fascista, tiene todo el interés de hacer funcionar con plena regularidad un órgano de control, de consulta y de justicia como el *Consiglio di Stato*» (la cursiva es del original). Vid., de aquel autor, *Il «silenzio» della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, en «Rivista di Diritto processuale civile», 2, 1932, págs. 145-146 y nota 1.

(45) Vid. Ugo FORTI, *Il «silenzio» della...*, op. cit. pág. 136.

(46) Vid. en este sentido el trabajo del profesor Carlos GARCÍA OVIEDO, *Los orígenes del Derecho administrativo español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 6, 1943, págs. 586-587. Por su parte, Pierre LEGENDRE ha puesto de relieve cómo la ideología liberal aplicada a la Administración no puede identificarse con un planteamiento preocupado por debilitar la acción administrativa. Vid., de este autor, «Histoire de la pensée administrative française», en J. M. AUBY (et al.), *Traité de Science administrative*, Ed. Mouton & Co., París-La Haya, 1966, pág. 27.

(47) Vid. Alejandro NIETO GARCÍA, «Apuntes para una historia de los autores de Derecho administrativo general español», en *34 artículos seleccionados de la Revista de Admi-*

Por estas razones fracasarán en sus inicios las tesis de corte eminentemente judicialista que se fraguaron en las Cortes de Cádiz y que tuvieron una escasa o nula efectividad (48). La importante labor realizada por los autores de la época y la influencia del modelo francés llevan a la implantación de un sistema de justicia administrativa, retenida dentro de la propia Administración, destinada a una mayor agilidad que los tribunales ordinarios. Así lo atestiguan los debates parlamentarios de la época:

«La jurisdicción administrativa tiene otra índole y otra tendencia; tuvo otro motivo y origen [que la jurisdicción civil]. Se introdujo para asegurar y mejorar la independencia de las funciones administrativas siempre que en la marcha de la ejecución de las providencias gubernativas se tropezase, no con intereses, sino con derechos anteriores que se oponían a la marcha de la Administración [...]» (49).

De esta forma, en 1845 la jurisdicción contencioso-administrativa se residencia en el Consejo Real y se dota de una legislación específica (50). Sin embargo, este cuerpo normativo, de carácter competencial y de funcionamiento, no aclara específicamente la naturaleza de esta jurisdicción. Tampoco se prevén mecanismos de respuesta a la inactividad administrati-

nistración Pública con ocasión de su centenario, Ed. INAP, Col. «Estudios Administrativos», 1984, pág. 39, donde cita un texto de POSADA HERRERA.

(48) Así, GIL DE ZÁRATE señalaba en 1838: «La Administración se vio de repente sin fuerza, y, acometida de una paralización espantosa, no le fue dado ya ejercer en bien de la sociedad ninguna de sus funciones. La recaudación de las contribuciones, las obras públicas, los servicios de toda clase quedaron entorpecidos, y no hubo ramo que no se resintiese lastimosamente, y en que el Estado no recibiese perjuicios de consideración. En los tres años que duró aquel vicioso sistema, fue tal el desconcierto en que cayó la Administración general del reino, que ya se dejaba sentir, hasta por los más obcecados, la necesidad de una reforma.» Vid., de este autor, *Administración de los Tribunales contencioso-administrativos*, en «Revista de Madrid», 1838. Repróducido, asimismo, en JOSÉ GALLOSTRA Y FRAU, *Colección bibliográfica de lo contencioso-administrativo*, 1882, págs. 145-160.

(49) Vid. «Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados», sesión del 2 de marzo de 1846, pág. 740 (discusión parlamentaria del entonces proyecto de Ley de partícipes legos de diezmos; el fragmento reproducido pertenece a la intervención del Sr. RODRÍGUEZ VAAMONDE). Este argumento sería por lo demás recurrente durante la década moderada. Se observa también respecto a la discusión del entonces proyecto de Ley de beneficencia de 1849: «No pudiéndose sujetarse ciertas cuestiones de administración al Poder judicial, parecía indispensable que a la administración se le dejara la facultad de resolver las dificultades que su propia marcha originase, porque lo contrario en último resultado sería quitar la independencia al Poder ejecutivo y hacer que el judicial resolviera cuestiones que por su naturaleza no debían ser resueltas más que por la administración.» Vid. «Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados», Presidencia del Sr. D. Luis Mayans, núm. 34, sesión del martes 13 de febrero de 1849, pág. 842.

(50) Las normas que crean la jurisdicción contencioso-administrativa son: la Ley de 2 de abril de 1845, de organización y atribuciones de los Consejos provinciales; la Ley de 6 de julio de 1845, de organización y atribuciones del Consejo Real; el RD de 1 de octubre de 1845, aprobando el reglamento sobre el modo de proceder de los Consejos provinciales como tribunales administrativos, y de su régimen interior; y el RD de 30 de diciembre de 1846, aprobando interinamente el reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real.

va, pero debe observarse que ya durante los primeros años de su vigencia empiezan a dictarse algunas normas que recogen de forma pionera la institución del silencio administrativo. Concretamente, el artículo 4 de la Ley de 20 de marzo de 1846, mandando indemnizar a los partícipes legos de diezmos (51), prevé que:

«Los títulos de los partícipes deberán ser calificados previamente. La calificación se hará en primer lugar por el Gobierno oyendo al Consejo Real; y en caso de que los interesados no se conformasen con su decisión, o ésta se dilatase más del año, podrá intentarse la vía judicial ante los Consejos de provincia, con apelación a dicho Consejo Real.»

Posteriormente se dicta la Real Orden de 28 de mayo de 1846, aprobando la instrucción para el cumplimiento de la Ley de partícipes legos de diezmos, cuyo artículo 4 advierte que:

«Si el Gobierno declarase nulos o insuficientes los títulos y demás documentos que el partícipe presente para justificar su derecho, o la decisión de aquél se prolongase más del año designado por la ley, podrá éste acudir dentro del plazo establecido en juicio contencioso-administrativo a probar y deducir su derecho ante el Consejo de la provincia en que estos derechos estaban radicados, con apelación al Consejo Real.»

La necesidad de evitar «grandes perjuicios al Erario» lleva a dictar normativa complementaria «con el objeto de remediar este mal y evitar también a los interesados el de la paralización de sus expedientes que no podría resolverse sin grave dificultad, para no recargar indebidamente al Es-

(51) En el *Diccionario de la Administración española* de Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, Madrid, 1917, se define de la siguiente forma la voz «Diezmo eclesiástico y de partícipes legos»: «Llamose así la imposición sobre los frutos de la tierra que el labrador pagaba de los productos íntegros de su trabajo, sin deducción de los gastos que se ocasionaban ni del rédito de los capitales que éstos exigían. [...] Su institución no era de derecho divino, como algunos suponían; pues aunque en el Antiguo Testamento se preceptuó a los judíos, no se estableció en el Nuevo; así es que no sólo el clero y sus fábricas eran las que percibían el diezmo sino que en algunos pueblos eran partícipes también los monasterios y conventos y las casas de beneficencia, y en todos o en la mayor parte de ellos, los Reyes consiguieron por bulas pontificias una participación para sostener las cargas del Estado, y ya dueños de ella la cedieron, donaron y vendieron en parte a algunos particulares, cosa corriente en aquellos tiempos en que su voluntad era absoluta, en que todo era objeto de venta o se transfería graciosamente para atraerse con halagos benevolencias que sólo por el interés se despertaban... De aquí nacieron los partícipes legos en diezmos. A la abolición de éstos por la ley de 29 de julio de 1837, no pudo menos de reconocerse el principio de justicia de haber de indemnizar a los que hubiesen adquirido su derecho por título oneroso, revocando implícitamente o incorporando al Estado el de todos aquellos que no fundasen el suyo más que en la liberalidad de los Reyes.» Sobre el concepto de diezmo y sus diversas clases, vid., por todos, Juan Pedro MORALES Y ALONSO, *Tratado de Derecho eclesiástico general*, Ed. Imprenta y Librería española y extranjera de D. Rafael Tarascó y Lassa, Sevilla, 1883, págs. 795-828.

tado» (52). Hay que tener en cuenta que la abolición de los diezmos, lejos de beneficiar a los destinatarios del impuesto, provocó un endeudamiento respecto a los partícipes legos y una grave disminución de los ingresos del Estado, la cual se tradujo en un correlativo enriquecimiento de la burguesía de la época (53). Dentro de este contexto, con la técnica del silencio administrativo se pretende evitar que la inactividad de la Administración deje abiertas indefinidamente las puertas a eventuales litigios, iniciándose los plazos de impugnación ante los cuales el particular debe reaccionar interponiendo el recurso pues, en caso contrario, perderá la posibilidad de hacerlo. El silencio administrativo no constituye, sin embargo, una medida aislada, sino que se establecen también otras complementarias, tales como la posibilidad de realizar ciertos acuerdos de composición de intereses, para resolver y finalizar aquellos asuntos cuya falta de claridad no permita una terminación pronta de los mismos (54).

A tales disposiciones se añadiría más tarde el RD de 15 de mayo de 1850, acordando reglas para regularizar la marcha de los expedientes sobre indemnización de partícipes legos de diezmos. Según el preámbulo del RD, se dicta tal normativa «con el fin de que terminen lo más pronto posible los expedientes de indemnización de partícipes legos de diezmos, regularizando su marcha e instrucción». En el RD se prevén diversos supuestos de silencio administrativo que abren la vía a la jurisdicción contencioso-administrativa, como el previsto en el artículo 10: «habiendo transcurrido dos meses sin que el Gobierno resuelva acerca de él [el recurso], podrá intentar el partícipe la vía contencioso-administrativa, como si los títulos hubieran sido declarados insuficientes, o se hubiese denegado la indemnización en la cantidad debida» (55).

Por su parte, la Ley de 20 de febrero de 1850, fijando las bases de la contabilidad general, provincial y municipal, establece en su artículo 17 un supuesto de silencio administrativo negativo, al que sigue la fijación de un plazo de prescripción. En este caso existía un año para resolver gubernativamente el asunto, transcurrido el cual el particular disponía de un plazo

(52) Vid. la Exposición de Motivos de la Real Orden de 4 de marzo de 1847, determinando que la Junta de Calificación de títulos de crédito de partícipes legos de diezmos ejerza sus funciones bajo la autoridad y dirección del presidente de la misma.

(53) Sobre las graves repercusiones que produjo la abolición de los diezmos para el Estado, vid. Alejandro NIETO GARCÍA, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, en especial pág. 511, donde se señala que «[...] sin ventaja alguna para los cultivadores, perdió el Estado parte de sus rentas y se endeudó con los partícipes legos y, lo que es más grave todavía, contrajo la obligación de hacerse cargo de los gastos del culto y el clero, de los que no podía desentenderse una vez que les había privado de sus medios de financiación».

(54) Vid. el artículo 5: «Que si a pesar de todas las diligencias se presentasen expedientes en que no sea dable fijar la opinión con probabilidad de acierto, haya convicción de que son exagerados los datos o fundadas dudas sobre su importancia y resolución queda autorizada esa Junta para arbitrar sobre ellos de convenio con los interesados, sometiendo a la aprobación del Gobierno y decidirlo por equidad, conciliándose de este modo en lo posible sus intereses con los del público.» Este supuesto es un precedente notable que nos recuerda, salvando las distancias, mecanismos compositivos y convencionales en el seno del procedimiento, como es la actual terminación convencional.

(55) Vid. también los artículos 16, 17 y 19 del citado Real Decreto.

de prescripción de dos años para acudir a la vía contencioso-administrativa:

«Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios, o a título de equidad, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste el recurso que corresponda por la vía contencioso-administrativa, *al que habrá lugar como si la reclamación hubiera sido denegada por el Gobierno*. Este recurso prescribirá por el transcurso de dos años, a contar desde la misma fecha» (la cursiva es nuestra) (56).

El sentido de este precepto puede encontrarse, en parte, a través de los debates parlamentarios de la época. Es bastante ilustrativa al respecto la intervención del Sr. OLIVÁN (57):

«Señores, ¿no hemos de mirar por la Hacienda pública y por los intereses del Estado? Y cuando vemos que hay tendencia al abuso, ¿no hemos de proponer los medios de corregirlo? Esta es una prevención de necesidad. El acreedor que de resultas de un servicio cualquiera haya de reclamar al Estado tiene un tiempo, se le fija un límite, pasado el cual caduca su derecho; y la razón es porque lo contrario es ocasionado a muchos males, a añejas reclamaciones impertinentes, a amaños y falsificaciones de mil géneros.»

Este conjunto normativo confirma que el silencio negativo, concebido como mecanismo para acceder a una jurisdicción contencioso-administrativa revisora, se introduce en determinados ámbitos con la finalidad de dejar resuelto lo más rápido posible el problema que tales indemnizaciones planteaban. Por tanto, el silencio administrativo no se entiende tanto para garantizar al particular sus derechos, sino más bien como un modo de organización de la Administración financiera de la época, que quiere cerrar posibles reclamaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa fuera de unos plazos relativamente prudentes, los cuales podrían en caso contrario quedar abiertos *sine die* como consecuencia de la propia inactividad de la Administración pública (58).

En vía administrativa, la necesidad de descargar de asuntos a determi-

(56) Tal precepto sería reproducido, años más tarde, por el artículo 18 de la Ley de 25 de junio de 1870, provisional de Administración y Contabilidad de la Hacienda.

(57) Vid. «Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados», Presidencia del Sr. D. Luis Mayans, sesión del jueves 10 de enero de 1850, pág. 788.

(58) El dato lo confirma la aplicación jurisprudencial de tales preceptos legales. Así, la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo de 19 de diciembre de 1892 entiende que «el recurrente debió utilizar la vía contencioso-administrativa, al expirar el año desde que presentó la instancia en que solicitaba la indemnización de los diezmos de que se trata, sin que le comunicasen la resolución recaída». Por tanto, se declara procedente la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción.

nados órganos centrales de los Ministerios lleva a dictar algunas disposiciones en las que se atribuyen las competencias ordinarias a los inferiores. Por tanto, aquéllos solamente serán competentes cuando se entorpeciera la instrucción de los expedientes (es decir, retraso o inactividad) o no fueran atendidas las solicitudes, así como también cuando se reputaren agraviados por la decisión. De esta forma, puede encontrarse la Real Orden de 13 de enero de 1846, mandando que no den curso a las instancias de los Cabildos y eclesiásticos particulares, sino que observen lo prevenido por las Circulares de 13 de enero y 20 de julio de 1846, expedidas por el Ministerio de Gracia y Justicia (59). Tales medidas se adoptan «conviniendo al servicio público y al expedito despacho de los negocios del Ministerio de mi cargo», y confirman el carácter organizativo de las mismas (60). Pero, sin duda, es en el ámbito de las clases pasivas (es decir, los empleados públicos que se crean con derecho de cesantía o jubilación) donde encontramos diversas medidas de impulso a la actividad administrativa, llegándose a consagrar un supuesto de silencio administrativo que, si bien no abre la vía contenciosa, produce unos efectos muy favorables para el particular. Ciertamente, el tema de las clases pasivas era un asunto agobiante para el Estado debido a sus repercusiones económicas y a los abusos que se habían producido (61). Por ello se crea una Junta de clases pasivas y se instrumen-

(59) Así, la disposición 4.ª: «quedando a los interesados salvo el medio de acudir a la Dirección del Tesoro cuando notaren que en las oficinas de provincia se entorpece la instrucción de los expedientes o se reputaren agraviados en la decisión»; y también la 6.ª: «Para presentarse en esta Secretaría de Gracia y Justicia instancias relativas a los asuntos de que se trata en la disposición 3.ª, deberán los Gobernadores exponer el fundamento de ellas en los oficios de remisión, y decir que las estiman razonables y no han sido atendidas ni en la Intendencia ni en la Dirección del Tesoro.»

(60) Así se señala que: «Continuamente los Prelados y Gobernadores de las Diócesis dirigen a la Reina solicitudes de eclesiásticos, que tienen por objeto la reclamación de asignaciones personales, estando limitada en muchos casos toda la instrucción de semejantes instancias al simple oficio con que el Diocesano las recomienda. *El inconveniente que nace de esta práctica es el de seguirse y terminarse en el Ministerio de mi cargo un cúmulo de expedientes cuyo conocimiento mejor se adapta a la índole de las Contadurías de provincia que a la de una Secretaría del Despacho*, y cuya resolución más bien que de la autoridad Real debiera impetrarse de los jefes de la Hacienda pública, sin traspasar el límite de sus atribuciones ordinarias. [...] *Persuadida por tanto la Reina de los perjuicios inherentes a la práctica adoptada en la actualidad y deseando que, para incoar, proseguir y resolver las peticiones sobre pago de cuotas que se cubren con los productos de la contribución del culto y clero, se fije un orden que redunde en pro de la causa pública y favorezca también el interés de los particulares.*»

(61) Vid. el RD de 28 de diciembre de 1849, encargando al Ministerio de Hacienda de cuanto haga relación a las clases pasivas de todas las carreras, creando una Junta que se titulará de clases pasivas y dictando otras disposiciones respecto a las mismas clases: «Constantemente ha ocupado la atención del Gobierno de V.M. el arreglo de todo lo relativo a los derechos de los individuos que componen las diversas y numerosas clases del Estado conocidas bajo la denominación de pasivas, habiéndose propuesto siempre al tratar de este asunto preparar los medios de disminuir en lo posible el considerable importe de obligación tan crecida, sin desatender lo que la justicia reclama y la conveniencia pública exige en favor de lo que pertenecen ya y hayan de pertenecer en lo sucesivo a dichas clases.» Por tanto, se organiza una nueva Junta, dotándole de medios y atribuciones para resolver de este asunto. Señalándose que: «No de otra manera podrá regularizarse un servicio en que el Erario se halla interesado por una suma de más de 150 millones anuales, ni obtener ventajas en beneficio de los intereses públicos.»

ta la intervención de otros órganos del Estado (Dirección del Tesoro, Contaduría General del Reino) que pueden interponer recursos y reclamaciones contra las decisiones de tal Junta. Estos órganos pierden su derecho a reclamar en unos plazos muy precisos, y cuando lo hacen: «Pasado el plazo sin resolver la Junta, se entenderá confirmada su primera decisión» (62). El empleado se ve favorecido, por tanto, por la inactividad de la Junta en vía de recurso, debiendo considerar confirmada la decisión que le reconocía su derecho. Medida que se complementa con la curiosa posibilidad de obtener una certificación por los interesados donde «se acredite el transcurso de los plazos sin haber recaído la decisión definitiva» (63).

En esta época también aparece el silencio administrativo en dos ámbitos muy concretos: la autorización para procesar funcionarios públicos (64) y la reclamación gubernativa para entablar demandas judiciales contra el Estado (65). La razón de ello no parece estar tanto en garantizar al ciudadano el acceso a las jurisdicciones civil y penal, sino fundamentalmente en otro tipo de motivaciones que responden a la propia organización y funcionamiento de los Poderes del Estado.

Con la autorización para procesar funcionarios se pretendía evitar que la responsabilidad personal de los mismos acabara involucrando a la Administración en los pleitos penales. Si no existiera una intervención administrativa previa, se razonaba, la actuación del juez podría acabar enjuiciando a la propia institución, el Poder Ejecutivo, en vez de a la persona individual. Además, se pretendía evitar que los funcionarios quedaran expuestos a cualquier reclamación, por insensata que fuera, cuando simplemente podían estar cumpliendo con su deber. Ahora bien, el hecho que existiera una explicación coherente que encajara en el sistema constitucional y político de la época (66) no debía suponer que la competencia atri-

(62) Vid. los artículos 10 y 11 del RD de 24 de mayo de 1850, ampliando el de 28 de diciembre de 1849, por el cual se creó la Junta de clases pasivas.

(63) Vid. el artículo 29 del RD de 24 de mayo de 1850.

(64) Vid. el artículo 5 del RD de 27 de marzo de 1850, estableciendo reglas que han de observarse en los procesos que se formen contra los Gobernadores de las provincias y demás empleados y corporaciones dependientes de éstos por hechos relativos al ejercicio de sus funciones: «Si la resolución no se comunicase en el término de los veinte días de que trata el artículo anterior, el Ministerio de Gracia y Justicia tendrá por concedida la autorización y dispondrá la continuación de la causa.» En rigor, no se trata de un supuesto de silencio positivo («tendrá por concedida») tal como lo entendemos hoy en día, sino que en realidad la función del silencio que ahora contemplamos es la de facilitar el acceso a la jurisdicción penal, si bien con un filtro previo de carácter temporal en vía administrativa.

(65) Vid. el RD de 20 de septiembre de 1851, previniendo no se admitan demandas judiciales contra la Hacienda, sin que se certifique haber precedido reclamación en la vía gubernativa. Para María Eugenia GUILLEN PÉREZ: «La primera (*sic*) norma que, en España, otorgó efectos, si bien desestimatorios a la inactividad formal de la Administración se encuentra en el Real Decreto de 20 de septiembre de 1851.» Vid. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 33. No obstante, según ya hemos tenido ocasión de señalar, existen otros supuestos anteriores (1846 y 1850), algunos de los cuales se establecen precisamente para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

(66) Vid. Alejandro NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 74-78. Desde otra perspectiva, vid. José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autori-*

buida al juez pudiera quedar indefinidamente en suspenso por la mera inactividad de la Administración pública. Por tanto, el silencio administrativo introducía un equilibrio entre ambos Poderes, el Ejecutivo y el Judicial, al posibilitar que la Administración estableciera un previo filtro, pero al mismo tiempo facilitando que el juez pudiera enjuiciar al funcionario si la Administración no ejercitaba este control en un tiempo determinado.

Por lo que hace referencia a las reclamaciones previas para interponer demandas judiciales contra el Estado se producía, además, otra necesidad. Esta consistía en reafirmar ante todo la prohibición impuesta a los Tribunales de admitir demanda alguna donde se controviertan derechos del Estado o donde se encause a funcionario, sin que previamente se haga constar en vía gubernativa tal reclamación o autorización previa. Por tanto, se quería evitar que los Tribunales conocieran directamente, sin el previo filtro administrativo. Con la técnica del silencio se pretendía que la inactividad de la Administración no fuera un freno que desmotivara al particular a acudir previamente a la vía administrativa antes de plantear su demanda ante el juez (67).

La existencia de este supuesto en el ámbito de las reclamaciones gubernativas lleva a Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA a afirmar que el silencio administrativo no surge históricamente como consecuencia del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa (68). Este autor se basa para ello en las tesis defendidas por los profesores José Ramón PARADA VÁZQUEZ y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, para los cuales el proceso contencioso-administrativo inicialmente se configuraba «al servicio directo de la resolución de cuestiones conflictivas y no de apelación o revisión de actos administrativos ejecutorios» (69). Según estos autores, el carácter

zación previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas, en el núm. 31 de esta REVISTA, enero-abril 1960, págs. 95-149.

(67) Es muy ilustrativo el Preámbulo al RD de 20 de septiembre de 1851, citado anteriormente, donde se señala que tal prohibición «ha encontrado resistencia en su cumplimiento», añadiéndose posteriormente que la «falta de regularidad la vía gubernativa en esta clase de expedientes (*sic*), y careciendo de un plazo fijo dentro del cual deban quedar completamente terminados, han preferido los particulares interesados acudir a los Tribunales a reclamar sus derechos, antes de exponerlos a dilaciones indefinidas».

(68) Vid., de aquel autor, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Ed. Civitas, Col. «Monografías», Madrid, 1990, págs. 24-26. En sentido similar se pronuncia también Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Ed. Aranzadi, 1997, págs. 549-559, quien relativiza la importancia de la existencia de supuestos de silencio administrativo anteriores a 1851, citando el RD de 15 de mayo de 1850. Cabe decir, con todo, que los casos a los que hace referencia el silencio administrativo se produjeron en el ámbito de la Administración financiera y en el de los partícipes legos de diezmos. Si bien éste nos parece ahora un asunto remoto y oscuro, fue un problema muy grave al que tuvo que enfrentarse el Estado en ese momento, como lo atestiguan las palabras de MENDIZABAL ante las Cortes de la época: «la supresión de la prestación decimal ha sido uno de los grandes beneficios que ha recibido el país y que ha contribuido a afianzar el Trono de Isabel II constitucional en España [...] la verdadera conquista que hemos hecho es la supresión del diezmo, la abolición de los derechos señoriales y la desamortización civil eclesiástica». Vid. «Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados», Presidencia del Sr. D. Luis Mayans, miércoles 14 de febrero de 1849, págs. 731 y 732.

(69) Vid. José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en el núm. 55 de esta REVISTA, enero-abril 1968, pág. 66. Esta tesis fue objeto de

revisor se iría adquiriendo posteriormente a través de una desvirtuación del modelo original. La causa de esta desvirtuación reside, para SANTAMARÍA PASTOR, en «la traslación a este ámbito [el contencioso-administrativo] de la técnica de la reclamación previa al proceso civil» (70), apoyándose en la Real Orden de 9 de junio de 1847, la cual, según este autor, establece por vez primera esta vía administrativa previa en los litigios contra el Estado (71). Para este autor, la influencia de esta Real Orden en la configuración del acto previo es «solapada», pues dos meses después de promulgarse aparece el primer Real Decreto Sentencia en el que el Consejo Real empieza a exigir la decisión previa en el ámbito contencioso-administrativo. Influencia tan decisiva, pese a que el mismo autor reconoce que el Consejo Real no cita ni una sola vez la Real Orden que impone la reclamación previa (72). Por todo ello, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA acaba concluyendo que el silencio administrativo surge intrínsecamente unido a la exigencia de reclamación gubernativa previa a la interposición de demandas judiciales contra el Estado y, posteriormente, esta técnica se trasladará al contencioso-administrativo (73).

Pese a la originalidad de la tesis de la influencia de la reclamación previa en el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo y en el nacimiento del silencio, en ella se plantean ciertos interrogantes que no

un vibrante debate entre el autor citado y Alejandro NIETO GARCÍA durante los años sesenta en las páginas de esta REVISTA. En la actualidad y haciendo precisiones de interés respecto a las tesis señaladas, vid. el exhaustivo y minucioso estudio de Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, a cuya bibliografía, legislación y jurisprudencia nos remitimos *in totum*. Según este último autor el acto administrativo constituye desde los inicios de la jurisdicción un presupuesto para acceder a la misma, mientras que será a través de una evolución jurisprudencial que el acto se convertirá en el objeto o «el patrón de la sentencia».

(70) Vid., de este autor, *Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa* previa, en el núm. 77 de esta REVISTA, 1975, pág. 103. En sentido contrario, vid. Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Ed. IEA, Madrid, 1971, págs. 155-156.

(71) El propio SANTAMARÍA PASTOR alude a otros posibles precedentes, si bien considera que los mismos no se mueven en la línea de la reclamación previa, «sino en el de las manipulaciones de los conceptos gubernativo-contencioso que se realizan en el primer tercio del siglo XIX para excluir totalmente la competencia de los Tribunales ordinarios en determinadas materias en favor de la Administración, no para configurar una vía administrativa previa». Vid., de este autor, *Sobre el origen y evolución...*, op. cit., pág. 85, nota 5.

(72) Para el profesor Alejandro NIETO GARCÍA, «tal forma de razonar no es convincente, ya que resulta inimaginable que un requisito de tal trascendencia —y que, según SANTAMARÍA, implicaría nada menos que una ruptura de la ley inicial— fuese exigido por el Consejo Real sin invocar la norma en que se basa». Vid., de este autor, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 1986, pág. 199.

(73) El supuesto más antiguo al que alude Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA es precisamente el establecido para las reclamaciones previas por el citado Real Decreto de 20 de septiembre de 1851. Cabe decir, sin embargo, que se cita como de pasada el RD de 15 de mayo de 1850, sobre trámites en los expedientes de indemnización de partícipes legos de diezmos, al aludir a un trabajo de CABALLERO Y MONTES sobre la vigencia de determinada normativa al entrar en vigor la Ley de Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888. Vid. Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho...*, op. cit., pág. 32.

acaban de quedar resueltos. Como hemos visto, un año después de la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa se había de prever expresamente el acceso a esta jurisdicción en casos de inactividad, dato que confirma el carácter revisor, en cuanto exigencia de acto previo, de tal jurisdicción. Si esta exigencia no se planteara desde sus orígenes, ¿qué sentido tendría la previsión expresa de este supuesto de silencio administrativo? Además, si la influencia de la reclamación previa es tan decisiva, ¿por qué no se traslada con carácter general la técnica del silencio administrativo al proceso contencioso-administrativo?, ¿por qué habrá que esperar casi un siglo, hasta los Estatutos de CALVO-SOTELO, según veremos, para encontrar una primera generalización de esta técnica?

La hipótesis más plausible es que, en realidad, la naturaleza revisora estaba ya implícita en la legislación de 1845 y que la previsión expresa para las reclamaciones previas en la Real Orden de 1847 «se limita a aclarar una duda que la ignorancia había hecho surgir en la mente de algunos abogados, más familiarizados con el proceso civil que en el contencioso» (74). Lo cierto es que existe legislación sectorial, entre 1845 y la aprobación de tal Orden, en la cual se viene exigiendo que se resuelva gubernativamente el asunto antes de acudir al contencioso-administrativo que se sustancia en el Consejo Real o en los Consejos provinciales. En este sentido, no solamente hay que aludir a la normativa sobre la indemnización a los partícipes legos de diezmos (20 de marzo de 1846, según se recordará) (75), sino a otras muchas normas que, si bien no establecen supuestos de silencio administrativo, si recuerdan la obligatoriedad de la vía administrativa previa. Tómese como ejemplo la Real Orden de 6 de enero de 1847, comunicando el Real Decreto de 18 de diciembre de 1846, por el que se aprueba el Reglamento general del ramo de estadística de la riqueza sectorial (76). Por no decir la Real Orden de 7 de abril de 1846, para proceder al deslinde y al amojonamiento de los montes del Estado, de propios y comunes de los pueblos y de los establecimientos públicos. En esta última norma coexiste, curiosamente, la exigencia normativa de resolver gubernativamente un asunto antes de acudir al contencioso-administrativo con la de reclamación previa a la vía judicial (77). Esta legislación sectorial que alude a la

(74) Vid. Alejandro NIETO GARCÍA, *Estudios históricos...*, op. cit., pág. 199.

(75) Respecto a la Ley de 1846 tiene interés la intervención en el debate parlamentario del Sr. GONZÁLEZ ROMERO: «[...] el Gobierno es el que ha de conocer primeramente si el partícipe tiene o no derecho a que se le indemnice, es indudable que al Gobierno hay que acudir, y que él ha de decidir en primer lugar gubernativamente si tiene o no el partícipe ese derecho». Vid. «Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados», núm. 40, sesión del lunes 2 de marzo de 1846, pág. 736.

(76) Vid. su artículo 247: «*Queda sin embargo expedito a los pueblos el derecho de reclamar por la vía contencioso-administrativa en el término de un mes, a contar desde el de la aprobación gubernativa de su catastro respectivo, contra cualquier perjuicio que de sus resultas pueda seguirse, y solicitar su rectificación o la de cualquiera de los otros pueblos del partido a que pertenezca.*»

(77) En este sentido cabe citar el artículo 12, respecto a la vía contencioso-administrativa, según el cual: «El comisario procurará terminar, por avenencia y conciliación de las partes interesadas, cualquier diferencia a que diere lugar las operaciones de deslinde. Cuando no pueda conseguirlo, lo pondrá todo en conocimiento del Jefe Político, para que

naturaleza revisora del contencioso-administrativo no viene a establecer ningún régimen excepcional, sino a recordar o aludir expresamente a lo que ya estaba implícito en la legislación de 1845. Por tanto, cabe relativizar, cuando no cuestionar, la influencia de la reclamación administrativa previa en el carácter revisor del contencioso y en el nacimiento del silencio.

En aquellos momentos, las razones por las cuales el silencio administrativo es una técnica limitada a casos muy singulares en el contencioso-administrativo no derivan de una recepción parcial de la técnica de la reclamación previa. En realidad, tal situación tiene esencialmente su origen en dos tipos de causas: *a)* en primer lugar, puesto que el silencio no se concibe como un instrumento garantizador, sino que se ha previsto únicamente en aquellos casos que por su trascendencia social necesitan ser resueltos lo más rápido posible; *b)* en segundo lugar, no hace falta insistir en la exigencia de la vía administrativa previa a la jurisdiccional, a diferencia de lo que sucede en la autorización para procesar funcionarios y la reclamación previa a la vía judicial. En efecto, no hay necesidad de instaurar tal técnica pues el Consejo Real, después Consejo de Estado, se dedica a inadmitir sistemáticamente todo tipo de demanda de la que previamente no haya conocido la Administración activa. El planteamiento es lógico y congruente con el modelo de Administración concebida como «objeto de una Ciencia de Gobierno» más que como un Derecho eminentemente garantista en contra de la Administración (78).

En este panorama juega un papel significativo la burocracia, entendida como «factor de poder» (79). Se va imponiendo, por tanto, una relativización del factor tiempo en la actuación de la Administración pública. Así, la creciente profesionalización de los empleados públicos creará un núcleo de poder a cuya discrecionalidad quedará, en muchas ocasiones, el cumplimiento del principio de Estado de Derecho, siendo utilizada por políticos en su dialéctica con los poderes soberanos del Parlamento. Son harto significativas, para estas consideraciones, las palabras del político liberal-

éste resuelva gubernativamente en el asunto; y dando caso de que los interesados todavía no se convengan con su fallo, podrán usar de su derecho ante los Consejos provinciales [...]» Por su parte, el artículo 13 introduce en este ámbito un supuesto de reclamación previa a la vía judicial: «Respecto a las cuestiones de propiedad que se susciten en los deslindes, podrán acudir las partes interesadas ante los jueces de primera instancia a cuya jurisdicción pertenezcan los montes; pero no antes que se halle concluido y resuelto el expediente gubernativo sobre su pertenencia, deslinde y amojonamiento.»

(78) Por su parte, Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, en su trabajo *El silencio administrativo en el Derecho...*, op. cit., págs. 23 y 24, parece poner más énfasis en el aspecto garantista respecto al surgimiento del silencio administrativo en el ámbito de la reclamación previa. En cambio, nosotros consideramos que si bien éste es un factor a tener en cuenta, no es, en cambio, el elemento decisivo en la implantación del silencio.

(79) Sobre la burocracia como factor de poder, vid. Alejandro NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Col. «Estudios de Historia de la Administración», Madrid, 1986, págs. 308-313. Asimismo, Martín BULLINGER señala que «[...] el dominio sobre el factor temporal en la ejecución de la ley continuó siendo un elemento esencial del poder de la burocracia consciente de sí misma y firmemente organizada que reclamaba para sí el derecho a sobrevivir inobjutada frente a cualquier cambio del ordenamiento constitucional o del sistema político». Vid., de este autor, *La Administración, al ritmo...*, op. cit., pág. 93.

conservador Andrés BORREGO MORENO en 1855 (80) respecto a las reformas administrativas del entonces presidente del Consejo de Ministros, Juan BRAVO MURILLO (81).

Esta situación no impide, sin embargo, que en esta época se vayan poniendo importantes cimientos en la construcción dogmática del Derecho administrativo. En este proceso, el dominio público constituyó, sin duda, uno de los «primeros títulos habilitantes que van a justificar la atribución de poderes de intervención a la Administración» (82). La necesidad de conservación y protección de los bienes de dominio público lleva a que se dicte un importante cuerpo de legislación en la materia. Dentro de este conjunto normativo encontramos la importante Ley de 3 de agosto de 1866, sobre el dominio, uso y aprovechamiento de las aguas del mar y terrestres, su régimen y policía, etc. («Gaceta de Madrid» de 7 de agosto de 1866). Esta Ley ha sido considerada por GARCÍA DE ENTERRÍA (83) como «el monumento legal más prestigioso de nuestra legislación administrativa del siglo XIX». En esta normativa podemos encontrar un supuesto de silencio positivo (84), al regularse los aprovechamientos de aguas públicas para riegos. Puede sorprender desde nuestra óptica actual que el silencio positivo aparezca precisamente en el ámbito del dominio público (85); la razón de ello está, sin duda, en la diversa concepción que de este tipo de bienes se tenía entonces, en cuanto que la protección que del uso común realizaba el Estado no era como titular de estos bienes, sino «en razón de su titularidad de la función de policía» (86). Todavía no se había dictado en nuestro

(80) Vid., de este autor, *La revolución en julio de 1854 apreciada en sus causas y en sus consecuencias*, 1855.

(81) «[Estas] no son más que una servil copia del sistema francés de centralización, de desconfianza, de *eternos expedientes* y de *enredosos procedimientos*, muy a propósito para cubrir la arbitrariedad y las injusticias gubernamentales, y de vana fraseología. En la obra de esas decantadas reformas *se complicó de tal modo la maquinaria administrativa, que fue ya imposible* intervenir con éxito sus operaciones, vigilar sus actos, *activar sus procedimientos* y *enmendar sus yerros*. Pero, en cambio, se creó un inmenso ejército oficinesco, una milicia de pluma [...] en cuyas manos se quiso colocar la fortuna, la honra, la suerte y los destinos del país. De esta manera complicada la máquina administrativa, convertía el funcionario público en una especie de mandarín o reyezuelo, y rodeada de aparatoso boato la vida administrativa, fue indispensable que el presupuesto de gastos creciera fabulosamente.»

(82) Vid. Tomàs FONT I LLOVET, *La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños*, en el núm. 123 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1990, pág. 79.

(83) Vid., de este autor, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 77. En sentido similar se pronuncia el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La elaboración de la Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, Ed. Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963, págs. XVII-XVIII.

(84) Así, el artículo 240: «Los proyectos presentados a los Gobernadores de las provincias por particulares, comunidades o empresas en lo relativo a cualquiera de los puntos para cuya decisión les faculta la presente ley, serán despachados y resueltos en el término de seis meses. De no ser así se entenderá aprobado el proyecto o concedida la petición.»

(85) Recuérdese que, en nuestra legislación vigente, el artículo 43.2.b) de la LRJPAC excluye del ámbito del silencio positivo la transferencia de facultades relativas al dominio público.

(86) Vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La elaboración...*, op. cit., pág. XXXVII.

país el Código Civil, cuya regulación sobre el dominio público vendrá a suponer una ruptura con los antecedentes históricos españoles, asumiendo el mismo esquema vigente para este tipo de bienes en el Derecho francés a través del *Códe* Napoleón (87). La introducción de este supuesto de silencio positivo tendrá, no obstante, una vigencia limitada, en primer lugar por la interpretación restrictiva que de él realiza la jurisprudencia (88) y, en segundo lugar, porque en la legislación que inmediatamente la sustituye se transforma, curiosamente, en supuesto de silencio negativo, concebido exclusivamente para acceder a la vía administrativa siguiente, es decir, el Ministro de Fomento (89). La razón de que se frustrara tan innovadora medida, sin duda, puede encontrarse en los cambios que se suceden tras la «Gloriosa» en septiembre de 1868 (90).

Por otra parte, a lo largo del siglo XIX comienza a producirse el fenómeno de la industrialización del país. Consecuencia de ello es un fuerte despoblamiento del campo, favorecido por la migración a las grandes ciudades. Para paliar las consecuencias desfavorables de esta situación se dictan diversas normas, como la Ley de 3 de junio de 1868 sobre colonias agrícolas (91). En la misma también se incluye la técnica del silencio posi-

(87) Tal extremo fue puesto de relieve por Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO Y CALVO, *Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 8, 9, 10 y 11, 1942, homenaje al profesor José GASCÓN Y MARÍN, págs. 113-127.

(88) En la STS de 20 de marzo de 1874 («Gaceta de Madrid» de 17 de junio de 1874) se señala que el plazo de seis meses fijado en el artículo 240 de la Ley «debe entenderse sin violencia desde que el expediente está terminado y no habiendo oposición», señalando que «no es posible admitir que han existido y causado estado por el ministerio de la ley concesiones que de ellas hagan caso omiso». Por su parte, la STS de 23 de septiembre de 1874 («Gaceta de Madrid» de 19 de octubre de 1874) absuelve a la Administración general del Estado señalando: «Que el término de los seis meses de que habla el artículo 240 para que los gobernadores resuelvan estos expedientes se entiende cuando no ha ofrecido entorpecimiento alguno su tramitación, cuando el solicitante cumple de una vez con todos los requisitos exigidos por la ley, y los opositores y la Administración no encuentran dificultades insuperables para defender sus intereses o dejar bien garantidos los derechos del Estado, cuando, en una palabra, el expediente ha podido terminarse en ese período con todas las condiciones exigidas por la ley [...]»

(89) Así, la redacción del artículo 249 de la Ley de 13 de junio de 1879, de aguas («Gaceta de Madrid» de 19 de junio de 1879), es sensiblemente diferente a la de su homólogo anterior: «Los proyectos para cuya aprobación se faculte a los gobernadores y las concesiones que les corresponde otorgar, serán despachadas en el término de seis meses. De no ser así, los peticionarios podrán acudir al Ministerio de Fomento, que dictará la resolución que proceda antes de los cuatro meses de presentada la reclamación.»

(90) Como ha advertido el profesor Luis JORDANA DE POZAS: «La profunda reforma que la Ley de Aguas de 1866 significaba no quedó consolidada desde su promulgación, sino que, como era natural, atravesó un período de controversias, ataques y decaimientos. Ni las circunstancias políticas turbadas eran favorables para el arraigo e implantación de un cuerpo legal tan importante, ni el ingenuo y simplista ideario de los partidos triunfantes dejaba de chocar con la prudencia, el equilibrio y los elementos tradicionales de la nueva Ley de Aguas.» Vid., de este autor, *La evolución del Derecho de las aguas en España y en otros países*, en el núm. 37 de esta REVISTA, 1962, págs. 22-23.

(91) El texto completo de esta norma es: Ley de 3 de junio de 1868 refundiendo las prescripciones de las leyes de 8 de enero y 23 de mayo de 1845, Real Decreto de esta última fecha, leyes de 24 de junio de 1849 y 21 de noviembre de 1855, 11 de julio y 3 de agosto de 1866, sobre fomento de la agricultura y de la población rural, y declarando deroga-

tivo (art. 26). Esta Ley y la técnica del silencio positivo deben inscribirse en los diversos factores que condicionan la política de colonización agrícola del siglo XIX. La concepción predominante en este ámbito era la de concebir la acción de intervención del gobierno muy limitada, reduciéndose a estimular la colonización agrícola. Además, se producía en aquella época la desamortización, primándose la concentración de tierras y la capacidad económica de los solicitantes, principios del proceso desamortizador que regirán de forma similar en el proceso colonizador (92). Dentro de esta compleja situación, el silencio positivo venía a constituir un instrumento que posibilitara el rápido acceso a las tierras para beneficiarse de los diversos beneficios que concedía la Ley. En este sentido, los propietarios más activos y emprendedores, por tanto los más poderosos, eran los que podían instalarse más rápidamente y, por tanto, gozar de los beneficios legales, sin que la lentitud de la Administración pública supusiera un obstáculo a estos objetivos. La escasa conflictividad que plantea este supuesto de silencio positivo, reflejada en las escasas sentencias que hemos encontrado, se plantea en términos o no de su vigencia, ante la posible derogación que podía haber implicado la Ley de jurisdicción contenciosa-administrativa (93).

En definitiva, en este período observamos cómo el silencio administrativo, tanto negativo como positivo, no nace esencialmente como un mecanismo garantizador, sino que responde a razones de Estado muy concretas. Tal afirmación puede demostrarse, además, por la consciencia existente entonces sobre el daño que causaba para el Estado la dilación de los procedimientos administrativos. Así, en la Exposición de Motivos del RD de 18 de febrero de 1871, por el que se aprueba el Reglamento para el régimen y la tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda («Gaceta de Madrid» de 22 de febrero de 1871), se advierte que: «La lentitud con que se tramitan los negocios administrativos, y los entorpecimientos y dificultades que en su instrucción se encuentran, han sido objeto de constante crítica, tanto más fundada, cuanto los perjuicios que se irrogan a los particulares son siempre menores que los que sufren los intereses del Estado» (94). Se

das dichas disposiciones en todo lo que se opongan a la presente («Gaceta de Madrid» de 18 de noviembre de 1890). Según su artículo 26: «[...] El Gobernador resolverá en el término de un mes, y si no lo hiciere, se entenderá otorgada la solicitud del propietario. Si la resolución del Gobernador fuese negativa, podrá el propietario interesado reclamar ante el Ministerio de Fomento, el cual resolverá dentro de 60 días después de presentada la reclamación. Y si transcurriese este plazo sin que recaiga resolución alguna, se entenderá concedida la petición, y el propietario reclamante entrará en el pleno disfrute de los beneficios de la presente ley, según los había solicitado.»

(92) Vid. F. J. MONCLÚS y J. L. OYÓN, *Historia y evolución de la colonización agraria en España*, vol. I (*Políticas y técnicas en la ordenación del espacio rural*), Ed. INAP (MAP), Madrid, 1988, págs. 30-37.

(93) Vid. la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 24 de marzo de 1890 («Gaceta de Madrid» de 18 de noviembre de 1890).

(94) De forma similar, pero no tan contundente, es la RO de 8 de febrero de 1867, en materia de la Hacienda pública, cuya Exposición de Motivos pone de relieve cómo «el Consejo de Estado [...] ha llamado la atención hacia los graves perjuicios que a los intereses del Estado y de los particulares ocasiona, ya el silencio de la legislación, ya su inobservancia respecto de los plazos para notificar las resoluciones que causan estado en los negocios gubernativos susceptibles de reclamación contenciosa [...]».

trataba, además, de mejorar la propia imagen de la Administración pública, tal y como se constata más adelante en la misma Exposición de Motivos: «A su vez la sencillez, la claridad y la rapidez en el despacho, no sólo liquidarán los atrasos, no sólo realizarán parte de los débitos, no sólo activarán la gestión de los negocios, sino que, y esto es quizás lo más importante, harán que la Administración pública se presente a los ojos del país y al juicio de la opinión de una manera tal, que desaparezcan muchas de las críticas que sobre ella pesan, las cuales provienen de la languidez, de la confusión y de la oscuridad que a veces reinan, que de los defectos o de las causas a que se atribuyen.»

2. *La Restauración canovista: hacia un planteamiento forense y legalista del Derecho administrativo*

Tras el breve período revolucionario vuelve a imponerse *manu militari* (pronunciamiento del General PAVÍA en 1874) la dinámica conservadora que preside nuestra historia constitucional (95). Es el período conocido como la Restauración, que funcionará con regularidad durante todo un cuarto de siglo, imponiendo un modelo que, salvo breves paréntesis, se prolongará hasta 1978 (96). Estamos ante un régimen de carácter autoritario donde las clases dominantes buscan recuperar su iniciativa política y económica, a través de una Constitución aparentemente liberal (97). En esta época existirá una concepción eminentemente legalista de la Administración pública (98), donde predomina un planteamiento más bien «forense», en el que el Derecho administrativo es concebido como un «objeto del arte de defender a los particulares». Es significativo que una de las figuras destacadas de la época es SANTAMARÍA DE PAREDES, cuya obra más relevante es la Ley de 13 de septiembre de 1888 de la jurisdicción contencioso-administrativa (99).

En aquellos momentos se observa cómo diversos tratadistas recogen ya

(95) Como advierte la mayoría de la doctrina, no cabe hablar de ciclos o alternancias de izquierda a derecha, y viceversa, durante la historia constitucional española. En realidad, la mayor parte de la misma ha estado presidida por textos constitucionales claramente conservadores o negadores del constitucionalismo. Vid., por todos, Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA FERNÁNDEZ, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, 16.ª ed., Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1992.

(96) Vid. Miguel Angel APARICIO PÉREZ, *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Ed. Universitat de Barcelona y Ministerio de Justicia e Interior, Barcelona, 1995, pág. 135.

(97) Vid. Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA FERNÁNDEZ, *Constituciones y períodos constituyentes...*, op. cit., pág. 74.

(98) Según señala el profesor Alejandro NIETO GARCÍA: «A estas alturas resultaría inútil pretender determinar si la Restauración fue un fenómeno legalista, y por ello dio acogida a juristas y abogados, o si, por el contrario, el hecho de que sus protagonistas fueran juristas explica la juridificación del Estado.» Vid. Alejandro NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Col. «Estudios de Historia de la Administración», Madrid, 1986, pág. 48.

(99) Sobre este período «codificador» del proceso contencioso-administrativo es imprescindible el minucioso estudio del profesor Luis MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la ley de 13-9-1888*, Madrid, 1975.

el concepto de *Rechtsstaat* (100), ya sea directamente o bien a través de la doctrina italiana, que ejercerá una influencia notable en la dogmática española. No obstante, como señala el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (101), la solución que se introduce en España no es

«[...] ni Estado de Derecho, según los teóricos alemanes, ni Estado sometido a los jueces, a la inglesa, ni Consejo de Estado, a la francesa, con aires liberales y con tan destacadas innovaciones de técnica jurídica. Surgirá así un híbrido, en el que los datos foráneos se diluyen en compacta argamasa nacional, cuya pobreza y deficiencias ya han sido recordadas. Pero el contencioso-administrativo no es malo o mediocre por el mero hecho de ser nacional. Es que es un resultado evidente y una clara proyección del sistema de la Restauración. Y a los hombres que entonces tienen el poder político en España parecía interesarles tan enteco sistema».

Durante este período, los partidos aspirantes al poder basaban sus posibilidades de gobierno en una red de compromisos locales que constituyeron el caldo de cultivo del caciquismo oligárquico (102). La Administración de la época, pese a algunos esfuerzos individuales aislados, «no fue más que un aparato al servicio de los grupos dominantes, patrimonializado por los gobiernos de turno» (103). El papel del Parlamento se centraba más en determinar quién ejercía el gobierno que cómo se ejercía éste (104). Por tanto, el Parlamento no tuvo nunca medios efectivos de control sobre la Administración pública. En un sistema como el que se describe, la burocracia se escuda en la teórica responsabilidad del ministro que nunca deviene efectiva (105).

(100) Así, es significativa la larga nota que Pedro DORADO MONTERO dedica al *Rechtsstaat* o *Estado conforme al Derecho*, en su traducción de la obra de Luis GUMPLOWICZ, *Derecho político filosófico*, Ed. La España Moderna, Madrid, s/f. Así, señala cómo los «modernos Estados constitucionales tienden a convertirse en Estados jurídicos». Vid. también GINER Y CALDERÓN, *Principios de Derecho natural*, Madrid, 1873, págs. 158 y ss., 162 y ss.; así como la obra de Adolfo POSADA, *Principios de Derecho político. Introducción*, Madrid, 1884, pág. 12. Por su parte, el profesor Alejandro NIETO GARCÍA ha destacado el hecho de que «la Administración española, con la mejor de las intenciones, ha desorbitado el papel del Derecho en su actuación, de acuerdo con la anacrónica mentalidad del siglo XIX. Hace ya más de cien años, una parte de la doctrina alemana descubrió que el fin del Estado era el cumplimiento del Derecho y aquellas ideas, importadas a España por Adolfo Posada, siguen estando vivas entre nosotros». Vid., de este autor, *La organización del desgobierno*, 2.ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pág. 162.

(101) Vid. el prólogo de este autor a la obra del profesor Luis MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración...*, op. cit., pág. 26.

(102) Para la comprensión de esta época es de gran interés el trabajo de José VARELA ORTEGA, *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1977.

(103) Vid. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Ed. Instituto de España, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, pág. 50.

(104) Vid. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *El control...*, op. cit., pág. 43.

(105) De ello son conscientes los reformadores de la Administración pública, como Gumersindo DE AZCÁRATE. Vid., de este autor, *El régimen parlamentario en la práctica*, 3.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 84-85 (la 1.ª ed. es de 1885).

La necesidad de reformar la Administración pública se concreta en algunas iniciativas parlamentarias de cierto interés, como las realizadas por el destacado político y jurista catalán D. Manuel DURÁN Y BAS (106). Entre sus diversas preocupaciones destaca, a los efectos que a nosotros nos interesa, una proposición de ley «sobre reforma de la organización administrativa de España», presentada en enero de 1880. En la misma se venía a generalizar la experiencia adquirida por los precedentes reglamentos departamentales. En efecto, la proposición de ley quería habilitar al Gobierno para dictar el «reglamento general para el procedimiento administrativo» con una serie de bases, entre las que debemos subrayar la 4.^a y la 6.^a, que se correspondían, respectivamente, con las siguientes reglas:

- «Fijación de términos para dictar providencias y para que, en caso de silencio, se entiendan otorgadas las concesiones que se soliciten.»
- «Determinación de la responsabilidad de los empleados por infracción de las reglas de procedimiento administrativo, con fijación de las penas en que incurran, autoridad que deba imponerlas y medios para exigir las.»

Sorprende por su carácter precoz la opción decidida por el silencio administrativo positivo respecto a «las concesiones que soliciten». En todo caso, del preámbulo o justificación de su propuesta se desprende claramente que esta regulación quiere realizarse, entre otras razones, para «dar a la acción administrativa más celeridad y sencillez», así como «para que del procedimiento administrativo desaparezca la lentitud que fatiga». Las medidas descritas no eran, empero, meros islotes aislados, sino que las mismas se incluían en todo un sistema de racionalización administrativa, en la que se propugnaba desde un estatuto de unos funcionarios públicos profesionalizados hasta un modelo de Administración descentralizada. Este punto es importante, debido a la filiación «regionalista» del ilustre diputado, que veía cómo una Administración centralista y mastodóntica no respondía a las necesidades de una burguesía catalana de una actuación rápida sin trabas burocráticas (107).

Por tanto, propugnaba descentralizar las competencias de los ministros en órganos inferiores, y especialmente en la Administración periférica,

(106) Sobre el perfil biográfico de este personaje puede consultarse Jaume VICENS VIVES y Montserrat LLORENS, *Industrials i politics (segle XIX)*, Ed. El Observador, Història de Catalunya, *Biografies Catalanes*, Barcelona.

(107) En este sentido son significativas sus palabras en defensa de la proposición que presenta: «Yo entiendo que concentrar toda la acción administrativa superior, toda administración central, en su jefe; que hacer intervenir el Ministro, su más alto representante, en toda la gestión de los intereses generales del Estado, en todos los asuntos propios de esa administración central, es abrumarle con un peso que no hay hombros bastante titánicos para soportar; es dejar a esa administración en continuo retardo en sus decisiones por carecer de tiempo; es dar lugar a que con razón nos lamentemos del completo abandono de los asuntos, porque no pueden resolverlos, faltos de espacio para hacerlo, los jefes superiores que deben atender a ellos.»

donde los gobernadores civiles eran «la representación superior del Gobierno central en cada provincia». Así, se conciben los remedios a la inactividad administrativa no sólo desde la perspectiva de unos mecanismos concretos, sino en un sistema embrionario pero consciente de articular diversas medidas al respecto. La proposición de ley fue retirada por el propio DURÁN Y BAS ante la promesa del Gobierno, realizada a través del Ministro de Justicia, ALVAREZ BURGALLAL, de trasladar las bases que se proponían a una Comisión que había sido creada el año anterior para las reformas administrativas.

En este período, como se ha puesto acertadamente de relieve, «entre el texto de las leyes y su aplicación práctica ha existido, por lo general, una considerable distancia» (108). De tal forma que, como advertía SILVELA en 1882 (109): «En España existe un “estado de derecho” que encanta por su mecanismo regular, metódico y minucioso en garantías y otro “estado de hecho” que, contrastando con aquél profundamente, lo destruye hasta sus más insignificantes pormenores, haciéndolo perfectamente ilusorio.» Se procedía, por tanto, a minusvalorar el poder del Parlamento trasladándolo solapadamente a una Administración sometida al principio de jerarquía, y bajo las instrucciones del Gobierno de turno. Filosofía que tan bien condensa la célebre frase atribuida al ministro Conde de ROMANONES: «Háganme las leyes, que yo haré los reglamentos».

La reacción conservadora que supone la Restauración canovista respecto al período revolucionario de «la Gloriosa» implica volver de nuevo al enfoque que presidirá todo nuestro siglo XIX. Es decir, el predominio del legislador en la regulación de derechos: «la determinación de éstos —y, lo que es peor, sus garantías— queda siempre en manos del legislador que, lógicamente, actuará en pro del mantenimiento del orden establecido [...] sin llegar nunca a dar el paso hacia la auténtica protección de la libertad a través de la normatividad constitucional y, consiguientemente, de la potenciación del poder judicial como garante de los derechos de los ciudadanos» (110).

Es a través del desarrollo legal que derechos de importante trascendencia política quedan sometidos a una serie de controles previos que se consideran superados tras el transcurso de un plazo sin resolver: así, la libertad de imprenta (1879) (111) y el derecho de asociación

(108) Vid. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Ed. Instituto de España, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, pág. 42.

(109) La frase corresponde a una conferencia del político conservador y ministro de Gracia y Justicia realizada en el Ateneo en la citada fecha. La cita corresponde a Joaquín COSTA, *Oligarquía y caciquismo. Colectivismo agrario y otros escritos*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1967, pág. 19, y también puede encontrarse más recientemente en el trabajo de otros autores: vid. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *El control...*, op. cit., pág. 41.

(110) Vid. Remedio SÁNCHEZ FÉRRIZ, *Derechos y libertades en el último tercio del siglo XIX español*, en «Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol». 2.ª época, 9-10, otoño de 1994-invierno de 1995, pág. 267.

(111) Así, el artículo 7 de la Ley de 7 de enero de 1879, determinando el ejercicio de la libertad de imprenta, las diferentes clases de impresos, los delitos que se cometen por medio de la imprenta, las penas, los Tribunales llamados a aplicarlas, los medios de exigir la responsabilidad correspondiente («Gaceta de Madrid» de 8 de enero de 1879): «Si cumplidos los sesenta días desde aquel en que se hizo la solicitud, la autoridad nada hubiere

(1887) (112). Con los efectos estimatorios de la inactividad se venía a suavizar, a hacer más tolerable en estos ámbitos el ejercicio de este poder de policía, que se había impuesto en ámbitos donde hacía bien poco que se había proclamado su plena libertad (113). El control administrativo, justificado en el viejo concepto de «orden público», no puede dejar vacíos indefinidamente los derechos reconocidos en el texto constitucional de 1876; por eso, la inactividad administrativa en estos casos debe considerarse con efectos positivos. Si bien debe señalarse que no estamos ante un régimen autoritario propiamente dicho, sino ante una mera comunicación ante la autoridad gubernativa, quien durante el plazo establecido puede prohibir la actividad pero no tiene que dictar necesariamente una resolución expresa.

Si los derechos constitucionales quedan durante esta época claramente condicionados por su desarrollo legal, en parte por la inexistencia de un control constitucional, ciertos mandatos legales quedan desvirtuados al remitirse a los reglamentos para instrumentar mecanismos efectivos que garantizaran su aplicación. Este extremo se constata claramente con la aplicación práctica de la denominada Ley de 18 de octubre de 1889, de procedimiento administrativo (comúnmente denominada «Ley Azcárate»). Esta Ley, si bien tiene el indudable mérito de ser la primera normativa de rango legal que a nivel mundial disciplina el procedimiento administrativo, se limita a establecer unas bases que deben recoger los diferentes departamentos ministeriales en sus respectivos reglamentos. La generalidad con que se regula el procedimiento, en donde existen importantes lagunas (114), y la remisión que se realiza a las normas reglamentarias comporta dos fenómenos notables: en primer lugar, la desigualdad con que se regulan determinadas instituciones fundamentales; y, en segundo lugar, la desvirtuación de algunos mandatos que pasan a ser meras obligaciones morales para sus destinatarios. De esta forma, mientras en algunos Ministerios se regulará el silencio administrativo, en otros no podrá aplicarse esta técnica hasta fechas rela-

resuelto, se entenderá justificada la aptitud del fundador propietario del periódico, y éste podrá publicarse.»

(112) En este sentido, la Ley de 30 de junio de 1887, regulando el derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución («Gaceta de Madrid» de 12 de julio de 1887); artículo 5: «Transcurrido el plazo de ocho días que señala el párrafo primero del artículo anterior, la asociación podrá constituirse o modificarse con arreglo a los estatutos, contratos, reglamentos o acuerdos presentados, salvo lo que dispone el artículo siguiente. [...]»; artículo 6: «[...] Podrá la asociación constituirse o reanudar sus funciones, si dentro de los veinte días siguientes a la notificación del acuerdo a que se refiere el párrafo anterior no se confirma por la autoridad judicial la suspensión gubernativa.»

(113) Sobre esta época, vid. Alejandro NIETO GARCÍA, *La Administración y el Derecho administrativo durante el Gobierno Provisional de 1868-69*, en «Revista de Occidente», tomo XXIII, septiembre-noviembre-diciembre 1968, págs. 4-93. En este trabajo se señala cómo uno de los objetivos de los Decretos de Gobernación (Sagasta) es el pleno reconocimiento del principio de asociación y libertad de imprenta.

(114) Pese a estas omisiones debe destacarse, con todo, la novedad que supuso para su tiempo la «Ley Azcárate». Vid. Giuseppe CATALDI, *I più recente indirizzi in materia di procedimento amministrativo non contenzioso*, en «RTDP», 1964, pág. 182.

tivamente recientes. Además, los mecanismos establecidos serán claramente insuficientes para garantizar que la tramitación de los procedimientos administrativos se instrumente en el plazo de un año previsto por la base 8.^a de la Ley.

La tendencia señalada puede encontrarse en diversos textos normativos de la época. Así, se observa con claridad cómo el cumplimiento de la Ley a través del procedimiento administrativo queda en algunos casos en manos de la Administración, tal como se constata en la Exposición de Motivos del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Gracia y Justicia, aprobado por RD de 17 de abril de 1890 (115). Por este motivo, el artículo 11 del citado Reglamento posibilitaba por «razones excepcionales de interés público» el dejar en suspenso el curso de algún expediente a través de decreto del Ministro. Tal resolución era susceptible de reclamación ante el Consejo de Ministros. Como vemos, a través de un reglamento se posibilita, a través de la suspensión, que quede a la discrecionalidad de la Administración el cumplimiento del plazo de un año que proclamaba enfáticamente la Ley de procedimiento administrativo de 1889.

Entre estas razones de interés público cobran particular relieve las «de carácter económico, por falta de crédito en el presupuesto». Vemos, por tanto, cómo el entrecruzamiento entre el principio de legalidad administrativa y el de legalidad presupuestaria condiciona el factor tiempo en la actuación administrativa. Así, lo cierto es que ya bien pronto la Administración se escuda en la legalidad presupuestaria para dejar sin cumplimiento sus obligaciones pecuniarias (116). La necesidad de la Administración de atenerse a las partidas presupuestarias, paradójicamente, implica que derechos de los particulares quedan desatendidos sistemáticamente. Incluso cuando el contencioso-administrativo se residenció en manos de los tribunales, las sentencias que éstos dictaban quedaban sin ejecutar pues la Administración carecía de los créditos necesarios para hacer efectivo a tales deudas (117).

(115) «Aunque como ya se ha dicho están minuciosamente señalados los términos dentro de los cuales se ha de practicar las varias diligencias administrativas, de manera que cualquier solicitud que se formule habrá de quedar despachada por necesidad en un plazo relativamente breve, el Ministerio que suscribe se ha creído en el deber ineludible de dejar previsto el caso de que, por virtud de razones económicas, por falta de crédito en el presupuesto, o por alguna exigencia imperiosa del bien público, tenga que declarar en suspenso el curso de determinado expediente.»

(116) Vid. la decisión de competencia de jurisdicción del Consejo de Estado de 3 de octubre de 1855 («JA», núm. 2). En este caso hay una solicitud de pago de indemnización por expropiación del Conde de Puñoroostro. El Consejo Real decide la competencia a favor de la Administración suscitada entre el Gobernador de la Provincia de Madrid y el Juez de 1.^a Instancia del distrito de Palacio en base a la siguiente argumentación: «[...] para hacer efectivo, en casos como el presente, el pago de la cantidad presupuestada, si fuese injustamente desatendido, ha lugar a la vía gubernativa ante el superior jerárquico y bajo la responsabilidad respectiva correspondiente, sin perjuicio de ejercitar, habiendo méritos para ello, la acción que proceda contra el funcionario que deba responder singularmente de cualquier delación vejatoria.»

(117) Mentalidad que perdura en épocas recientes y que han tratado de erradicar diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Así, la STS de 6 de marzo de 1978 (ref. Ar. 752): «[...] sin que tampoco sea utilizable como excusa a la Administración para la adop-

Pese a esta formidable discrecionalidad que se atribuía a la Administración respecto a la tramitación o no de los procedimientos administrativos, los tribunales se esfuerzan en buscar mecanismos de control o de limitación, si bien a veces no pasan de simples declaraciones retóricas y un reenvío a la Administración activa anulando las resoluciones en las que se suspende el procedimiento. Piénsese que, a diferencia del Derecho alemán, el procedimiento administrativo español cobra una relevancia jurídica singular. Así, paulatinamente las normas de procedimiento se sustantivizarán suponiendo un formidable baluarte de defensa frente a la Administración pública con la doctrina de los «vicios de orden público» (118). Planteamiento que si bien se refleja en la exigencia teórica de una actuación administrativa más celerizada, no se corresponde con mecanismos efectivos para hacerla efectiva. Ello se explica, en parte, por el apartamiento que realiza la doctrina española en relación a la francesa, que había elaborado y consolidado el *recours per excès de pouvoirs* a través de una serie de técnicas entre las cuales, según hemos visto, se encuentra el silencio administrativo. Es bastante significativo que, si examinamos las principales obras de SANTAMARÍA DE PAREDES sobre Derecho administrativo, no encontremos en la bibliografía a autores extranjeros. Por tanto, la doctrina de entonces se encierra en sí misma, prescindiendo de los posibles avances que se vislumbraban en su entorno inmediato.

La jurisprudencia es consecuente con este empobrecimiento doctrinal, que se traduce en la escasa imaginación en la articulación de mecanismos para hacer efectiva la exigencia legal y meramente teórica de celeridad ad-

ción de tales medidas, la inexistencia de créditos presupuestarios, pues la habilitación de los mismos, no es condicionante para la existencia del derecho que se reconoce, sino por el contrario será una consecuencia de su declaración». También, vid. la STS de 1 de julio de 1991 (ref. Ar. 5557), donde se anula el acuerdo de aprobación del presupuesto de una entidad local. Más recientemente, la STC 294/1994, de 7 de noviembre, recogiendo una jurisprudencia anterior, señala cómo «un Estado de Derecho no puede desconocer una situación jurídica perfecta o una obligación legalmente contraída por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario (STC 32/1982, fundamento jurídico 3.º)». Si bien el principio de legalidad presupuestaria es necesario en nuestro Estado de Derecho para garantizar un adecuado control del gasto público, no debe suponer un lastre para la Administración y un *via crucis* para los ciudadanos, sino que deben buscarse fórmulas y procedimientos flexibles, o iniciarlos con la suficiente antelación para dar satisfacción con mayor prontitud a los destinatarios. Es significativo, a título de ejemplo, la Recomendación del Defensor del Pueblo 2/1993, de 25 de enero, sobre abono de las becas de formación del personal investigador («BOCG», V Legislatura, serie A, 26, pág. 602): «Esta institución, partiendo de la obligación de esa Consejería de abonar dotaciones de las citadas becas al vencimiento de cada mes, considera que deberían utilizarse mecanismos que, sin vulnerar la legalidad presupuestaria, permitieran el pago puntual de las cantidades, iniciando para ello el proceso contable con la antelación suficiente, o, en su caso, actualizando la compleja tramitación que hasta ahora viene utilizándose con el consiguiente perjuicio para los particulares.» Vid. Defensor del Pueblo, *Recomendaciones y sugerencias 1993*, Madrid, 1994, págs. 5-6.

(118) Sobre este tema, vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: orígenes y evolución*, en el núm. 56 de esta REVISTA, 1968, págs. 223-277. En este trabajo se explica el apartamiento que realiza el contencioso-administrativo español de su modelo francés (recurso por exceso de poder), atrincherándose en los aspectos de forma y de competencia para el control de la discrecionalidad administrativa.

ministrativa. En este sentido podemos destacar la STS de 19 de noviembre de 1906 («Gaceta de Madrid» de 5 de agosto de 1907), sobre el pago de una finca expropiada por un RD de 3 de diciembre de 1835, y en la cual los herederos del desposeído presentan el 5 de octubre de 1888 los documentos para continuar la reclamación incoada por su padre. En este caso se impugna una Real Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de abril de 1905 donde se ordena «que se ponga en curso de nuevo el citado expediente general, informando en él nuevamente los Centros directivos». El TS, una vez examinada la solicitud del demandante, señala al respecto:

«Considerando: Que no está en las facultades discrecionales de los Directores generales ni de los Ministros el aplazar indefinidamente la resolución de los expedientes, puesto que por ley y por Reglamento está marcado el plazo en que debe hacerse, no pudiendo estimarse como resolución de un expediente particular el acuerdo de que se ponga nuevamente en curso un expediente de carácter general, porque tanto la ley como el Reglamento dicen que en ningún caso podrá exceder de un año el tiempo transcurrido desde el día en que se incoe el expediente y aquel en que se termine en la vía administrativa, y para que termine es necesario que la resolución sea sobre el fondo y definitiva [...].»

En la STS de 25 de septiembre de 1915 («Gaceta de Madrid» de 4 de noviembre de 1915) se anula una resolución en la que se suspendía la tramitación de una solicitud de pensión de 800 pesetas anuales hasta que se publicara el Reglamento correspondiente (119). En cambio, un supuesto significativo en la reducción de la discrecionalidad administrativa con consecuencias jurídicas relevantes lo constituye la STS de 3 de enero de 1917 («Gaceta de Madrid» de 9 de abril de 1917). En este caso, la presencia de un derecho subjetivo, como es la propiedad privada (120), comporta que se deduzca jurisprudencialmente un supuesto de silencio administrativo positivo. Así, es bastante elocuente el TS cuando advierte que

(119) El TS es bastante taxativo al afirmar: «Considerando que la excepción alegada por el Ministerio Fiscal no es de apreciar, pues si bien la providencia del Tribunal gubernativo deja en suspenso el trámite del expediente, esta suspensión es indefinida, y, por tanto, constituye una verdadera denegación de derecho para el interesado, quien tiene el amparo de las leyes para que se resuelva en justicia su petición, según lo declarado en constante jurisprudencia.» La falta de discrecionalidad en el aplazamiento de los procedimientos está también presente en la STS de 9 de octubre de 1919 («Gaceta de Madrid» de 10 de diciembre de 1919), donde se anula un acuerdo de la Administración de no haber lugar a resolver sobre la indemnización pedida por una Comunidad de Presbíteros, hasta que se establecieran, de acuerdo con Roma, y como consecuencia de otro expediente general, los términos en que podría ser resarcida.

(120) Según el Auto de 19 de junio de 1896, no puede estimarse la concesión o denegación de licencias para edificar «como de potestad discrecional antes, por el contrario, es materia de facultad reglada, puesto que los Ayuntamientos, al otorgar o denegar esa clase de licencias, tienen que atemperarse a los planos aprobados para el ensanche, ornato o saneamiento de las poblaciones, a lo que preceptúan las Ordenanzas municipales y a las restricciones que establecen los Reglamentos de policía, seguridad e higiene públicas».

«[...] como no es lícito al Ayuntamiento tener indefinidamente en tramitación el expediente sobre concesión de la licencia para construir, privando al propietario “de los derechos inherentes a la propiedad, uno de los cuales es el de poder edificar en su terreno y hacer las obras que le convenga con sujeción a lo dispuesto en los reglamentos de Policía y Ordenanzas municipales, y del que no puede ser privado sino por una causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización [...] en modo alguno pueda ser estimado el motivo que el Ayuntamiento [...] alega para no conceder la licencia solicitada, cual es el pretender que el interesado espere a que [la Corporación] estudie y resuelva el expediente de modificación de líneas del plano de ensanche [...] porque los Ayuntamientos no pueden denegar las licencias para edificar, por la razón de no estar aprobado el proyecto de modificación del plano de ensanche”; y

Que solicitada en debida forma por [...] Pérez Lucía en 1.º de Mayo de 1911, la licencia para edificar en terreno de su propiedad, aprobado definitivamente el Proyecto de Ensanche y transcurridos no pocos meses desde la solicitud de la licencia sin que el Ayuntamiento la concediese ni negase, y sin que la Comisión de Ensanche haya iniciado el expediente de expropiación [...], se deduce que ya conforme a la regla 2.ª de la RO de 20 de abril de 1867, ya con arreglo al artículo 24 de la Ley de 26 de julio de 1892 y al 43 del reglamento de 31 de mayo de 1893, ha podido el propietario [...] edificar en su finca, a tenor de lo dispuesto por tan explícitos preceptos».

De esta forma se viene a «sancionar» la inactividad de la Administración, que no había procedido a expropiar o adoptar las medidas pertinentes durante un plazo establecido (121). Ello era en completa sintonía con una Administración eminentemente liberal en la que su creciente importancia era vista con desconfianza y recelo. Pensemos que, un año antes de esta sentencia, el tratadista FERNÁNDEZ DE VELASCO se había pronunciado favorable a «reconocerle un valor tácito favorable siempre al que pide una declaración a la Administración». Se argumentaba que «es un procedimiento económico, incluso de tiempo, para el que solicita aquélla y para la

(121) Con anterioridad, la RO de 12 de agosto de 1885 había establecido la obligación de los Ayuntamientos de expropiar e indemnizar los terrenos particulares destinados a vía pública en la zona de ensanche cuando el Ayuntamiento denegó la licencia de construcción «o lo que es igual, se abstuvo de concederla». Con la legislación de 1892 se va más allá, pues ante la inactividad de la Administración en la tramitación del procedimiento expropiatorio cuando «transcurra un mes sin resolución alguna del Ayuntamiento el propietario podrá construir en la parte edificable, con sujeción a las alineaciones debidas y previo cumplimiento de los demás requisitos que sobre construcciones hayan de observarse con arreglo a la legislación vigente [...]».

misma Administración, que puede abstenerse de contestar cuando su respuesta hubiera de deferir a la declaración solicitada, pues declaración y silencio se resolverían en iguales reconocimientos» (122).

III. RECAPITULACIÓN: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO SURGE COMO UNA TÉCNICA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las diversas etapas estudiadas a lo largo de este capítulo ponen en evidencia cómo el silencio administrativo no es un instrumento meramente técnico, indiferente a la evolución histórica, sino que su significado y función está estrechamente vinculado con el sistema jurídico vigente y con la importancia que se da al factor tiempo en cada momento histórico (123). Así, ya desde los inicios se constata una temprana y constante preocupación por el factor tiempo en el funcionamiento de nuestras Administraciones públicas. Esta preocupación responde fundamentalmente durante largos períodos históricos a la necesidad de hacer funcionar una Administración pública en un Estado que entra en grave crisis durante el siglo XIX y que se ve incapaz de mantener su papel de antigua potencia mundial en el nuevo contexto europeo. Durante este período está presente la concepción francesa del *Etat legal*, como una forma de organización de los poderes del Estado y de afirmación de la supremacía del Poder legislativo. En este contexto el silencio administrativo no tendrá sus orígenes en la necesidad de garantizar derechos de los particulares, sino en la exigencia de evitar que, en determinados ámbitos, la inactividad administrativa genere perjuicios a la propia Administración y a los intereses que ella persigue. Se pretende evitar que queden abiertos indefinidamente pleitos contra el Estado y, para ello, la producción del silencio implica que puedan empezar a contarse los plazos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, generándose un acto firme.

La presencia de supuestos de silencio administrativo (1846 y 1850) ya desde los mismos orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa, y con anterioridad a la implantación de la reclamación previa a la vía judicial, es un elemento más que, junto a otros argumentos utilizados por la doctrina, pone de manifiesto la exigencia de un acto administrativo ejecutivo previo como presupuesto para acceder a la mencionada jurisdicción. Si los asuntos contencioso-administrativos no se planteaban a partir de un

(122) Vid., de este autor, *El «silencio» en los actos administrativos*, en «Revista de los Tribunales y de Legislación Universal», 2, 8 de enero de 1916, tomo L, pág. 20.

(123) Como certamente ha señalado el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT: «Podría pensarse que el silencio administrativo es una institución de carácter meramente técnico que, como tal, no guarda ninguna conexión con los valores y principios jurídicos imperantes en cada época. No es ésta, como ya se comprende, la tesis que aquí se sostiene; y si bien no puedo detenerme ahora en la evolución del silencio administrativo, sí será fácil mostrar la conexión indicada partiendo de la Constitución en la que se plasman los valores y principios inspiradores del sistema jurídico.» Vid., de este autor, *El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional*, en «DA», 208, abril-diciembre 1986, monográfico *La inactividad administrativa*, pág. 82.

acto previo, ¿qué sentido tendría establecer supuestos de silencio administrativo aunque fuera en ámbitos muy concretos? La presencia de estos supuestos de silencio administrativo se realiza, por lo demás, en el ámbito de la Administración financiera de la época. Este ámbito fue, sin duda, uno de los problemas más graves con los que se enfrentó el naciente Estado constitucional de mediados del siglo XIX.

Con todo, debe remarcarse el hecho que el silencio administrativo no alcanzó una regulación o implantación general durante esta época. Tal circunstancia es, sin duda, otro factor más que apunta a la necesaria relativización de la influencia de la reclamación previa a la vía judicial en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si tal influencia fue tan decisiva y tan importante no se entiende muy bien por qué no se trasladó la técnica de la reclamación en todos sus términos, incluida la existencia del silencio administrativo.

Esta ausencia de regulación general tenía, sin embargo, un grave y serio inconveniente: en la mayoría de los supuestos produce constantes inhibiciones de los órganos jurisdiccionales, que se declaran incompetentes, reenviando el pleito a la Administración pública hasta que ésta no finalice su procedimiento. Ello produjo situaciones realmente alarmantes, de auténtica indefensión, en donde se encuentran reclamaciones y procedimientos sustanciados ante la Administración durante largos períodos de tiempo, que llegan incluso treinta años después al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, la jurisprudencia española no asume un rol decisivo en el alumbramiento de nuevos mecanismos de control y de dinamización de la actividad administrativa. Al contrario, queda estancada durante largos años en el estrecho margen de la Ley jurisdiccional de 13 de septiembre de 1888. Las sentencias y decisiones de los tribunales de lo contencioso van a remolque de un legislador que produjo durante el período de codificación unas leyes de compromiso que venían a asegurar el *status quo* de las clases dominantes. Asimismo, la legislación sobre procedimiento administrativo, si bien establece unos plazos para su resolución, se remite a los reglamentos ministeriales, los cuales establecen una regulación desigual y a veces inefectiva. En este desolador panorama tiene cabida la recepción de las tesis germánicas del *Rechtsstaat* alemán, ya sea directamente, ya sea a través de la decisiva influencia de los autores italianos del primer tercio de nuestro siglo. Por tanto, habrá que esperar todavía bastantes años para la plena consolidación del silencio administrativo, concebido como una garantía de los particulares (124).

(124) Al respecto, vid. Vicenç AGUADO I CUDOLA, *La evolución histórica del silencio administrativo: De los Estatutos de Calvo-Sotelo hasta la Ley 30/1992*, en «REALA», 273, enero-abril 1997, págs. 29-75.