

I.—COMENTARIOS MONOGRAFICOS

RESOLUCIONES TARDIAS Y CONFLICTO DE INTERESES PRIVADOS

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL TEMA.—II. UN NUEVO PUNTO DE VISTA: EL CONFLICTO DE INTERESES PRIVADOS.—III. EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL: EL RESPETO AL INTERÉS PROTEGIDO POR EL PRIMITIVO ACTO.—IV. EL FUNDAMENTO DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL CUANDO LA RESOLUCIÓN TARDÍA ESTIMA EL RECURSO: 1. *El silencio negativo como acto*. 2. *Nulidad de la resolución tardía por infringir el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo*. 3. *Posible conversión del acto nulo*. 4. *El principio de seguridad jurídica*.—V. EL FUNDAMENTO DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL CUANDO LA RESOLUCIÓN TARDÍA DESESTIMA EL RECURSO.—VI. CRÍTICA DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL: 1. *Hacia una nueva composición de intereses*. 2. *La protección del interés prevalente*. 3. *Las consecuencias del retraso de la Administración*. 4. *Validez y eficacia de la resolución tardía estimatoria*: a) Validez de esta resolución. b) Eficacia.—VII. CONCLUSIONES.

I

DELIMITACIÓN DEL TEMA

El silencio administrativo, y en conexión con el mismo el problema de las resoluciones tardías, es quizá uno de los temas que más ha interesado a la doctrina (1). La distinción entre silencio positivo y negativo, y la diferente naturaleza de ambos, han sido puestas de manifiesto para instrumentar las garantías del administrado frente a la Administra-

(1) Así, aparte de la bibliografía sobre el tema anterior a la Ley de la Jurisdicción que cita GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en el núm. 16 de esta REVISTA, p. 85, la doctrina se ha preocupado del tema con posterioridad a dicha Ley en diversos trabajos, como son, entre otros, los siguientes: BOQUERA: *Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo*, núm. 30 de esta REVISTA, pp. 85-101. TRUJILLO PEÑA: *La desviación del poder, en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo*, núm. 35 de esta REVISTA, pp. 153 a 167. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, núm. 47 de esta REVISTA, pp. 207 a 229. MARTÍN MATEO: *Silencio positivo y actividad autorizante*, núm. 48 de esta REVISTA, pp. 205 a 241. BOLEA FORADADA: *El retraso de la Administración y el silencio administrativo*, núm. 51 de esta REVISTA, pp. 303 a 319. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios*, núm. 53 de esta REVISTA, pp. 277 a 303. GARRIDO FALLA: *El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa*, en "REVL", núm. 91, pp. 51 a 66. GONZÁLEZ RIVERO: *El silencio administrativo en el derecho español*, en "REVL", núm. 111, pp. 329 a 382. BAENA: *Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*, en "REVL", núm. 121, pp. 1 a 25. GONZÁLEZ PÉREZ: *El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento*, en "DA", núms. 8-9, pp. 35 a 43.

ción. Así, el silencio negativo constituye una ficción legal, lo que explica que la resolución tardía —tanto en vía de petición como de recurso— siempre reabra el plazo para recurrir; por el contrario, el silencio positivo —favorable al administrado— es un acto, por lo que la resolución tardía no puede revisarlo sino por el cauce de la revisión de oficio y con las garantías de fondo y forma establecidas para tal supuesto. La aparente contradicción que ello supone —puesto que en principio parece que tanto el silencio positivo como negativo deben tener, lógicamente, la misma naturaleza— se explica únicamente desde la perspectiva que hemos enunciado: la protección del interés del administrado frente a la inactividad de la Administración que, en definitiva, no debe beneficiarse del incumplimiento de su deber de actuar. Esta posición doctrinal se ha reflejado en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, e incluso en cambios de legislación, cuyo estudio excede del ámbito del presente trabajo (2).

Ahora bien, hasta ahora la doctrina se ha fijado especialmente en el supuesto de que exista un administrado afectado frente al silencio de la Administración. Pero el tema se complica en el supuesto de que existan dos —o más— administrados con intereses contrapuestos. Y este aspecto cobra especial relevancia en el caso de la resolución tardía en vía de recurso, como pasamos a exponer.

El supuesto que vamos a estudiar puede, así, delimitarse de la siguiente forma: supongamos que la Administración dicta un acto que favorece a un administrado; dicho acto es impugnado por otro que estima le perjudica. La Administración no resuelve el recurso en plazo legal y por ello —aplicación del silencio negativo— se entiende desestimado el recurso. El recurrente no impugna la desestimación por silencio y espera a que se produzca resolución expresa que, efectivamente, dicta la Administración una vez transcurrido el año desde la interposición del recurso. Pueden suceder entonces dos cosas: que la resolución sea estimatoria del recurso o que sea desestimatoria. Y aquí se plantea el problema que anunciamos: ¿Es válida la resolución estimatoria tardía y el particular favorecido por el primitivo acto puede verlo anulado, a lo mejor años más tarde de haberse dictado? ¿La resolución desestimatoria tardía reabre el plazo para recurrir y el particular favorecido por el primitivo acto puede verlo anulado, en este caso, por una sentencia?

La respuesta a las cuestiones que planteamos es clara para la doctrina a la que hasta ahora nos hemos referido: la resolución estimatoria tardía es plenamente válida, puesto que el recurrente puede esperar a la resolución expresa o recurrir la desestimación por silencio; y la resolución desestimatoria reabre el plazo para recurrir. Todo ello, porque el silencio negativo es una mera ficción legal en beneficio —y no en perjuicio— del recurrente, como, en definitiva, refleja explícitamente nuestra legislación y nuestra Jurisprudencia.

(2) Sobre el tema, cfr., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, núm. 47 de esta REVISTA, pp. 207 a 229.

II

UN NUEVO PUNTO DE VISTA: EL CONFLICTO DE INTERESES PRIVADOS

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se ha formulado partiendo esencialmente del supuesto de que existe un solo administrado frente a la Administración. No es ocioso, por ello, plantearse si debe sostenerse la misma tesis en el caso de que exista un conflicto privado de intereses—entre dos administrados—sobre el que incide el acto administrativo (3).

Esta hipótesis, cada día más frecuente, ofrece nuevas perspectivas. Permítasenos hacer referencia a algún supuesto real para demostrar la trascendencia práctica del tema. Así, el titular de una marca inscrita en el Registro de Propiedad Industrial que haya sido recurrida, ¿deberá estar pendiente durante años de que la Administración decida o no estimar el recurso? O el titular de una licencia de construcción recurrida, ¿deberá estar pendiente indefinidamente de que la Administración decida estimar el recurso y dé orden de demoler las obras?

Como puede deducirse del mero enunciado de estos interrogantes, y partiendo de que la Administración tiene el deber de dictar una resolución expresa, aunque sea tardía y cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la interposición del recurso (4), entran aquí en conflicto dos intereses privados. De una parte, el del primitivo beneficiario del acto, que puede verlo declarado nulo años más tarde y cuyos derechos e intereses quedan así pendientes de forma indefinida. Y, de otro lado, el del recurrente, a quien el legislador le dice que puede optar entre recurrir la desestimación por silencio o esperar la resolución expresa, y que lógicamente no debe verse perjudicado por haber decidido esperar tal resolución. ¿Qué interés debe prevalecer? La contestación a esta interrogante constituye el objeto del presente trabajo.

III

EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL: EL RESPETO AL INTERÉS PROTEGIDO POR EL PRIMITIVO ACTO

El supuesto que planteamos ha sido objeto de consideración expresa por una reiterada jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo.

(3) El tema, con carácter general, ha empezado ya a ser objeto de estudio por la doctrina. Así RIVERO ISERN: *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Inst. García Oviedo, Sevilla 1969. LECUINA VILLA: *Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración*, núm. 60 de esta REVISTA, páginas 133 a 175.

(4) De acuerdo con el artículo 94,3 de la Ley de Procedimiento administrativo en la redacción dada al mismo por la Ley de 2 de diciembre de 1963: "En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa."

Y en dicha jurisprudencia nuestro más Alto Tribunal se ha inclinado por sostener la nulidad de la resolución tardía estimatoria del recurso, y, caso de ser desestimatoria, por entender que la resolución tardía no reabre el plazo para recurrir ante la jurisdicción contenciosa. Esta doctrina constituye —por lo que conocemos— una excepción a la propia doctrina de la Sala y a la sentada por las Salas III y V de lo Contencioso del Tribunal Supremo, y su fundamento se encuentra precisamente en la presencia de un conflicto privado de intereses, ante el cual la Sala estima más respetable el interés protegido por el primitivo acto, que fue objeto del recurso en vía administrativa tardíamente resuelto.

La doctrina de la Sala IV que vamos a comentar se viene produciendo, hasta ahora, con relación a un solo supuesto. Se trata siempre de litigios promovidos con motivo de la inscripción, normalmente de marcas, en el Registro de la Propiedad Industrial. Existe un particular que ha conseguido la inscripción de una marca en dicho Registro. El titular de otra marca, ya inscrita, recurre el acto de inscripción en reposición. Y la Administración resuelve una vez transcurrido el plazo del año desde la interposición del recurso. Puen bien, en estos supuestos si el recurso es estimado, la Sala declara nulo, o al menos ineficaz, el acto expreso de estimación, y si la resolución expresa tardía es desestimatoria, la Sala declara inadmisibile el recurso contra la misma. En definitiva, como vemos, el interés del destinatario del primitivo acto queda así protegido frente a la eventualidad de una resolución expresa tardía que, por lo demás, la Administración tiene el deber de dictar.

Aun cuando son numerosas las sentencias de la Sala IV posteriores a la ley de la jurisdicción en que se ha mantenido esta doctrina (5), nos limitamos en este momento a exponer las más recientes de ellas en que se reitera la jurisprudencia anterior, y se exponen con carácter sucinto las conclusiones a que llega nuestro más Alto Tribunal. Así, la *sentencia de 1 de julio de 1969*, cuyo considerando segundo dice :

“CDO.—Que, en efecto, el recurso contencioso administrativo contra un acto que fue impugnado en reposición y en que *la resolución de ésta fue dictada después del transcurso de un año, es anulable en el caso de que parte legitimada así lo reclame*; lo cual es diferente a afirmar, como hace el Registro de la Propiedad Industrial, que la Administración no puede resolver el recurso de reposición tardíamente, afirmación ésta errónea, pues *la facultad de la Administración para resolver tal recurso, no sólo es un derecho de la misma, sino que es un deber, sin que la ley —ni antes ni después de la reforma del artículo 94 de la de Procedimiento administrativo— establezca un plazo para que la Administración resuelva de modo expreso tal recurso*; el verdadero sentido

(5) Así, en Sentencias de 13 de noviembre de 1961, 20 de febrero, 8 de marzo y 11 de noviembre de 1962, 28 de enero, 8 de febrero, 25 de marzo, 25 de abril, 28 de junio, 28 de octubre, 22 de noviembre y 13 de diciembre de 1963: 4 de mayo, 12 de mayo y 30 de junio de 1965; 8 de febrero y 1 de julio de 1969, y 6 de marzo de 1970.

de la jurisprudencia de este Tribunal al respecto no es el de afirmar que la resolución tardía no tendrá eficacia para que, con base en ella, pueda acudir a esta jurisdicción la parte que dejó ganar firmeza al acto recurrido en reposición por no haber interpuesto el contencioso antes del plazo de un año en la circunstancia que determina el párrafo segundo del artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción; de donde se desprende —como se dice y explica en la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1969— que la resolución tardía puede gozar de eficacia en algunos casos, tales como en el caso de ser consentida por parte legitimada a quien perjudica y en el de una posible aplicación del artículo 90 de la Ley de la Jurisdicción, caso éste en que, sirviendo de satisfacción extrajudicial, puede aportar la utilidad de economía en el proceso.”

Y, más recientemente, la *sentencia de 6 de marzo de 1970* reitera la doctrina anterior y afirma la invalidez e ineficacia de la resolución tardía estimatoria del recurso. La Sala IV señala que se trata de una doctrina tan repetida que resulta ya innecesario reiterar la argumentación en que se basa; la simple remisión a las sentencias anteriores (considerando tercero):

“...relevan de mayor argumentación, dando por reproducida la expuesta en estas ocasiones, mostrativa de la *ineficacia y anulabilidad del acto* expuesto que se impugna, emanado fuera de plazo con pretendido alcance invalidador de un derecho subjetivo, por lo que entablada contra aquel acuerdo de 17 de julio de 1965, la actual reclamación, es pertinente que ésta prospere...”

Como vemos, las sentencias citadas contienen la exposición sucinta de la doctrina de la Sala, remitiéndose a las consideraciones efectuadas en otras anteriores. Resulta así necesario examinar tales sentencias y los fundamentos en que se basa esta doctrina. Sin perjuicio de ello, la mera lectura de los considerandos transcritos suscita ya algunos interrogantes, especialmente con relación a la resolución tardía estimatoria del recurso. ¿Cómo puede explicarse que sea nula la resolución que se dicta por expreso mandato del legislador, que impone a la Administración el deber de resolver expresamente? ¿Cómo puede el mero retraso constituir una causa de nulidad cuando el legislador ordena que la Administración resuelva cualquiera que sea el tiempo transcurrido? ¿Es que el legislador impone a la Administración el deber de dictar resoluciones anulables, una vez transcurrido el plazo de un año desde la interposición del recurso? (6).

(6) La eficacia limitada de la resolución tardía, que admite la sentencia de 1 de julio de 1969, no modifica la pertinencia de las preguntas que han quedado enunciadas. Porque, en efecto, la eficacia de la resolución anulable se producirá normalmente si la parte legitimada no la recurre; y en cuanto a que tenga eficacia como satisfacción extrajudicial, por aplicación del artículo 90 de la Ley de la Jurisdicción, ello será en los

Y con relación a la resolución desestimatoria surge también una serie de interrogantes. ¿Cómo armonizar la afirmación de estas sentencias de que la resolución tardía desestimatoria no es susceptible de recurso contencioso, con la jurisprudencia de la misma Sala que afirma —en los supuestos en que no existe conflicto privado de intereses— que el silencio negativo es una ficción, que el acto primitivo no gana firmeza y que la resolución tardía puede ser recurrida ante la Jurisdicción? (7).

Para contestar estos interrogantes es preciso examinar la jurisprudencia de la Sala, distinguiendo dos supuestos claramente diferenciados: que la resolución tardía sea estimatoria o que sea desestimatoria del recurso; examinemos separadamente cada uno de ellos.

IV

EL FUNDAMENTO DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL CUANDO LA RESOLUCIÓN TARDÍA ESTIMA EL RECURSO

En el supuesto de que la resolución tardía —después de transcurrido un año desde la interposición del recurso— sea estimatoria del recurso, la jurisprudencia sostiene que tal resolución es anulable. Las razones que apoyan esta tesis se encuentran expuestas con toda explicitud en la *sentencia de 8 de febrero de 1963*, cuya doctrina se reitera y matiza en otras posteriores. El supuesto contemplado por esta sentencia es el siguiente. En 6 de mayo de 1959, Laboratorios L. solicitó la inscripción de una determinada marca en el Registro de Propiedad Industrial, a lo que se accedió por acto de 14 de diciembre de 1959. Contra dicho acto interpuso recurso de reposición el titular de otra marca en 15 de marzo de 1960, y en 8 de junio de 1961 se resolvió expresamente dicho recurso —con posterioridad al año desde su interposición— que fue estimado, anulándose en consecuencia el primitivo acto de 14 de diciembre de 1959. E interpuesto recurso contencioso contra la resolución tardía, el Tribunal Supremo declara su nulidad en base a los siguientes argumentos, que recogen los considerandos tercero, cuarto, quinto y séptimo de la sentencia que comentamos:

“CDO.—Que así las cosas debe hacerse notar que, aunque el acto administrativo del 8 de junio de 1961 constituye el objeto del presente recurso y sea la Administración demandada, *se debaten*

casos en que se haya recurrido la desestimación por silencio, supuesto distinto del que aquí es objeto de estudio, ya que partimos de que el recurrente en vía administrativa ha optado por esperar la resolución expresa de su recurso.

(7) Así, entre las Sentencias más recientes de la propia Sala IV, las de 7 de noviembre de 1969 y 21 de enero de 1971. En la primera de estas sentencias parece iniciarse una rectificación del sentido de la jurisprudencia cuyo estudio es objeto del presente trabajo. Rectificación que no se ha visto confirmada, pues con posterioridad se han dictado nuevas sentencias de sentido contrario en materia de Propiedad Industrial —como la de 6 de marzo de 1970— a la que nos hemos referido en el texto.

y pugnan a través de él intereses particulares contrapuestos, lo que origina que la Administración pública, al pronunciarse en favor de unos contraría a los otros y que... resulta inexcusable contemplar este conjunto de factores que juegan en el pleito para su más acertado fallo dentro de la estricta legalidad."

"CDO.—Que ya en tema y aducida por el demandante la invalidez de la resolución de 8 de junio de 1961 por estribarla el órgano de que dimana en un recurso de reposición que a juicio de aquél encontrábase denegado anteriormente a causa de la inactividad en que permaneció la Administración durante el año que marca el número 2 del artículo 58 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, es menester declarar en este orden que... no cabe desconocer que el silencio negativo se ha venido equiparando a la desestimación de la pretensión..., y que la Ley de 27 de diciembre de 1956, por su parte, aún en el artículo 38, confiere también al silencio un primer carácter de denegación o desestimación presunta, siquiera susceptible de rectificación mediante el acuerdo expreso, carácter desestimatorio que se configura de definitivo al referirse la Ley en el artículo 55, como objeto o materia posible del recurso contencioso-administrativo al acto que resolviera la reposición expresamente o por silencio administrativo, equiparándolos al respecto, con lo que acaecido este silencio —en el sistema del artículo 58, porque ahora no juega el 38— da por producido dicho acto resolutivo en firme del recurso que finiquita, y sin distingo alguno en su alcance, lo cual no consiente restringirle a la simple facilitación de la vía jurisdiccional, desligando a la Administración de *las consecuencias del consenso tácito respecto del particular que mediante él hubo de tener por afirmado su derecho combatido* en la reposición por el impugnador enfrentado; ... *por no estarse en el supuesto, singular, del número 4 del artículo 58, único en que se autoriza la vigencia del acto expreso recaído después de expirar el año del término legal.*"

"CDO.—Que producido, según se deja razonado, el acto administrativo tácito, decidente por el silencio negativo del recurso de reposición, al transcurrir el año sin otro acuerdo en el mismo cesó también el impulso revisor de dicho recurso, liquidando con aquel acto tácito de igual valor que el expreso... y, por ende, el apoyo de la posterior resolución del Registro de la Propiedad Industrial de 8 de junio de 1961 en el recurso de reposición... por lo que tal acuerdo, surgido fuera del plazo señalado en derecho para dictarle con semejante base, *quedó incurso en invalidez, incluso por aplicación del artículo 49 de la ley de Procedimiento administrativo*, discriminador de la nulidad del acto a causa de actuaciones administrativas realizadas tardíamente, y desvalorizado en este orden, resta únicamente juzgar si prescindiendo ya de la promoción por el administrado, *puede encerrar el acto en sí*

mismo elementos para otorgarle validez a tenor de los artículos 51 y 53 de esta Ley de Procedimiento, cual si fuere dictado por la Administración de oficio, en ejercicio de su potestad."

"CDO.—Que, por otro lado. la conclusión que antecede está en la línea de la seguridad jurídica, el derecho a la cual proclama el artículo 17 del Fuero de los Españoles —Ley Fundamental— porque, de admitirse la perdurabilidad *sine die* del recurso de reposición para que, fundada en él, pudiera la Administración volver de su resolución en cualquier época, se convertiría aquella seguridad en incertidumbre con respecto al 3.º... pues, sentado el criterio posibilista, regirá igual si aquélla se pronunciaba expresamente después de meses que después de años de surgido el silencio fijado en el número 2 del artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción, mientras que su estricta observancia en los términos indicados unifica la actuación de las partes y de la Administración... y ello sin dar lugar en sentido contrario a eventos imprevistos o irremediables para el recurrente y para la Administración, ya que el primero tuvo en su mano acudir a la vía contenciosa durante aquel largo período, y el no verificarlo denotó allanamiento al acto o, al menos, negligente proceder... y en lo concerniente a la Administración, con independencia de que aquel año de duración legal del silencio desestimatorio parece muy suficiente para que formara opinión..., siempre le queda el medio de promover la anulación de la concedida, si acaso la cree pertinente, ajustándose a las normas legales, aunque claro que fuera ya del recurso de reposición."

La cita de la sentencia es larga, pero expresiva de la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, plenamente consciente de que en el fondo se debate un conflicto de intereses particulares, aunque formalmente se instrumente como una impugnación de un acto administrativo; así lo demuestra el hecho de que la sentencia dedique un considerando completo a sentar este punto de partida, afirmando que es inexcusable "contemplar este conjunto de factores que juegan en el pleito para su más acertado fallo dentro de la estricta legalidad"; esta base de partida sirve así de criterio director de la sentencia, que interpretará la legalidad en función de los intereses en juego para llegar a una solución justa. Criterio que, no hay que decirlo, compartimos plenamente, aunque discrepamos, como veremos, de las conclusiones a las que se llega.

Sentado el punto de partida —que compartimos—, veamos cuáles son los argumentos que conducen a declarar la nulidad de la resolución tardía: 1) la desestimación por silencio es un acto; 2) la nulidad de la resolución tardía deriva del artículo 49 de la Ley de Procedimiento administrativo; 3) puede, no obstante, ser válida como revisión de oficio, y 4) la nulidad que se proclama viene exigida por la seguridad

jurídica. Cada uno de estos argumentos merece una consideración separada.

1) El primer argumento que utiliza la jurisprudencia es la calificación del silencio negativo como un acto. Para valorar adecuadamente este argumento, debe partirse de que la sentencia que comentamos se dicta antes de la reforma de la Ley de Procedimiento administrativo de 2 de diciembre de 1963. El Tribunal Supremo reitera aquí una tesis que se había venido manteniendo por la legislación y jurisprudencia anterior a la Ley de la Jurisdicción. Y que encuentra apoyo formal en esta Ley, que en su artículo 55 ofrece base para concebir el silencio negativo como un acto y que en el artículo 38 sólo obliga a la Administración a dictar resolución expresa en vía de petición y no en vía de recurso, de donde deduce que los plazos que establece el artículo 58 —para impugnar la resolución del recurso de reposición— no pueden, en definitiva, pasar del año contado desde la interposición del recurso, porque a partir de este momento la resolución primitiva ha ganado firmeza y, en consecuencia, la resolución tardía no produce efecto alguno.

Los argumentos de la Sala han de comprenderse desde el conflicto de intereses en presencia. Porque, además, viene a afirmar que el silencio de la Administración —negativo para el recurrente en reposición— es afirmativo para el particular beneficiado por el acto recurrido, “que mediante él (silencio) hubo de tener por afirmado su derecho combatido en la reposición por el impugnador enfrentado”.

¿Puede sostenerse, en el supuesto de conflicto entre intereses privados, que el silencio —en vía de recurso— es negativo para el recurrente y positivo para el beneficiado por el acto recurrido? Si se admite este razonamiento, la tesis de la sentencia tendría un sólido fundamento. Porque, como —según la doctrina más autorizada— el silencio positivo se configura como un acto, la revisión del mismo no podría hacerse sino por el cauce y con las garantías y limitaciones establecidas para la revisión de oficio de los actos administrativos a que más adelante nos referiremos (8).

Ahora bien, no parece que esta posición deba ser compartida. El silencio negativo se concibe por el legislador como un simple arbitrio técnico para facilitar el acceso a la jurisdicción ante la inactividad de la Administración, pero no presupone la existencia de un acto ni impone la obligación de recurrir contra el mismo en un plazo determinado. Esta tesis, que encontraba ya apoyo en la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción y de la propia Ley de Procedimiento, tuvo plena confirmación en la reforma del artículo 94 de esta última ley, en 2 de diciembre de 1963, que vino a establecer un régimen igual para el silencio en vía de recurso que el ya establecido por la Ley de la Jurisdicción —y la

(8) Sobre el tema, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, pp. 224 y ss., que contiene referencia a la jurisprudencia que sienta esta doctrina.

propia Ley de Procedimiento— para la vía de petición (9). Con ello se resolvía la disparidad de trato establecido con base en la legislación por la jurisprudencia, ya que el recurrente, una vez producido el silencio negativo por el mero transcurso del tiempo, podía optar por considerar desestimado el recurso o esperar la resolución expresa, que en todo caso la Administración tenía el deber de dictar. Esta modificación legal aclara, de forma terminante, que el silencio negativo es una pura ficción legal cuya única finalidad es abrir la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional (10); y al no existir acto administrativo por silencio, la primitiva resolución no puede ganar firmeza, puesto que existe un recurso frente a la misma aún no resuelto (11).

Si esto es así, si el silencio administrativo es una mera ficción legal, resulta claro que no puede desbordarse su función y entender que constituye un supuesto de silencio positivo —con el carácter de acto— para el favorecido por el primitivo acto de la Administración. Y ello porque, además, tal afirmación iría contra lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento, que afirma tajantemente que para que el silencio se entienda positivo ha de estar así establecido por disposición expresa o ha de tratarse de supuestos de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Y no concurriendo en el supuesto que comentamos ninguna de las circunstancias de excepción previstas en la Ley, la consecuencia es que el silencio negativo para una parte —pura ficción legal— no puede ser afirmativo para la otra, porque ello supondría extender los supuestos taxativos de excepción previstos por el legislador.

En definitiva, y al menos desde la ley de 2 de diciembre de 1963, parece que la tesis de la sentencia transcrita no podía ya sostenerse. La evidencia de esta argumentación fue comprendida, sin duda alguna, por la Sala IV, que —con posterioridad a la Ley de 2 de diciembre de 1963— hubo de hacerse eco del argumento que aquí comentamos. Sin embargo, no por ello cambia su posición de respeto a los derechos o intereses protegidos por el primitivo acto; en la primera sentencia en que la Sala se enfrenta con la nueva regulación, su tesis va a fundamentarse en la seguridad jurídica. Dice así la *sentencia de 30 de junio de 1965* en su considerando tercero :

(9) La mera lectura del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo en la redacción dada al mismo por la Ley de 2 de diciembre de 1963 confirma la afirmación que se efectúa en el texto. Dice así en su apartado 2: “*Igual facultad de opción* (que en vía de petición) asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo.”

(10) El carácter del silencio negativo como presunción legal —y no acto tácito—, como ficción legal, o como hecho jurídico al que en virtud de una ficción legal se le atribuyen determinados efectos, se encuentra reconocida de forma general por la doctrina. Así, entre otros, GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina...*, cit., p. 92. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, p. 211.

(11) Esta es la tesis del interesante trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Silencio negativo, actos firmes...*, cit., a cuyos argumentos nos remitimos íntegramente.

“CDO.—Que si bien después de la reforma introducida en el texto del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo por la revisora de 2 de diciembre de 1963, que le hizo perder su paralelismo con el artículo 38 de la Ley Jurisdiccional, cabe sostener que *la Administración está siempre obligada a resolver de modo expreso, aunque sea tardío* y que el recurrente en vía gubernativa puede acudir a la contenciosa tan pronto se entienda producida la desestimación tácita o esperar a la expresa para impugnarla cuando se produzca, es lo cierto que en la fecha en que acusó el acto no se hallaba vigente el precepto reformado, pero aunque lo hubiese estado *aquella facultad de opción*, que no crea problema alguno cuando un solo interesado se enfrenta directamente con la morosidad administrativa, *no puede ser admitida desde el momento en que exista un tercero cuya titularidad jurídica amparada por el Registro de la Propiedad Industrial se consolida a virtud del transcurso del plazo* en que cabía impugnarla jurisdiccionalmente, pues con otro criterio, aparte de los agravios que se causarían a derechos subjetivos formalmente declarados, las complejas relaciones a que dan origen las diversas modalidades de dicha propiedad especial, con repercusión en el Derecho internacional plasmado en los convenios en la materia, quedarían en muchos casos adolecidas de incertidumbre e inestabilidad como sujetas a un evento resolutorio de perturbadoras consecuencias.”

En definitiva, como vemos, el argumento en que se apoya ahora la jurisprudencia es la seguridad jurídica, en base al cual mantiene la inaplicación del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo, Tendremos ocasión de comentar este argumento más adelante. Únicamente interesa dejar aquí constancia de que la propia Sala IV va a interpretar el Ordenamiento de dos formas distintas, según que exista o no un conflicto de intereses privados; en el primer caso, la primitiva resolución gana firmeza al no haberse recurrido la desestimación por silencio, que se considera como un acto, y la facultad de opción otorgada por el artículo 94 de la Ley de Procedimiento se convierte en una carga; en el segundo, la desestimación por silencio es una ficción legal, el acto primitivo no gana firmeza, el particular puede optar entre impugnar la desestimación por silencio o esperar la resolución expresa (12).

(12) Entre las sentencias más recientes de la propia Sala IV que sientan la doctrina contraria a la transcrita, conviene recordar la de 7 de noviembre de 1969; en tal sentencia se plantea ya la existencia de esta doctrina contradictoria y se sientan las bases para superar la contradicción que, aún hoy, sigue sin embargo vigente: Dice así el considerando segundo de esta sentencia: “...es innegable que para imprimir al silencio administrativo su auténtica significación puntualizada claramente en el preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se ha rectificado la orientación jurisprudencial que acaba de extractarse y con arreglo a la tesis imperante más atinada *no resulta ya ortodoxa la afirmación de que el acto presunto se convierte en firme después del año, sino que el interesado frente a la facultad derivada del silencio administrativo puede combatir*

La existencia de esta interpretación contradictoria de los mismos preceptos legales únicamente se explica por el mantenimiento de una tesis —la protección del interés protegido por el primitivo acto— creada por una jurisprudencia anterior a la modificación de la Ley de Procedimiento administrativo, tesis cuya instrumentación técnica no se acomoda ya a la nueva formulación del artículo 94 de dicha Ley, hasta el punto de que la propia jurisprudencia afirma la inaplicación de dicho precepto en los supuestos en que exista un conflicto de intereses privados; y de esta forma, para proteger al beneficiario del primitivo acto, se impone al titular del otro interés en presencia la carga de recurrir contra la desestimación por silencio; carga que no está prevista en la Ley —como creemos haber demostrado—, que otorga con toda explicitud una facultad de opción para recurrir la desestimación por silencio o esperar la resolución expresa.

2) El segundo argumento que utilizaba la Sala IV —Considerando quinto de la sentencia de 8 de marzo de 1963, antes transcrito— era que la resolución tardía adolecía de un vicio de nulidad por haberse dictado fuera del plazo del año legalmente establecido. Para ello partía de que, dado que el silencio negativo era un acto, la resolución primitiva había quedado firme una vez transcurrido un año desde la interposición de la reposición; y como la resolución tardía se había dictado fuera del plazo legal del año, tal resolución era inválida incluso por aplicación del artículo 49 de la Ley de Procedimiento administrativo, que, recordémoslo, dice así:

“Las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido sólo implicarán la anulación del acto si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo y la responsabilidad del funcionario de la demora si a ello hubiera lugar.”

Pues bien, para la sentencia a que aludimos, la resolución tardía producida después del año contado desde la interposición del recurso —plazo durante el cual podía impugnarse la desestimación por silencio— es una resolución nula por haberse producido fuera del tiempo establecido. Ahora bien, como se deduce de la mera lectura del precepto transcrito, para que tal nulidad se produzca es preciso “que así lo impusiera la naturaleza del término o plazo”. Es, por tanto, necesario preguntarse si nos encontramos ante un supuesto en que la naturaleza del término o plazo impone tal nulidad.

A nuestro entender, la respuesta a esta cuestión ha de ser necesaria-

facultativamente la desestimación tácita o presunta, o esperar a que se dicte resolución expresa cualquiera que sea el momento en que ello ocurra; de donde se sigue la posibilidad de la Administración de hacer lo que precisamente se le impone como deber ... o imponiéndolo al administrado que habiendo demostrado su disconformidad con la decisión inferior tiene derecho a la espera relacionada por no ser susceptible por lo argumentado, de crear cualquier tipo de firmeza, por constituir tan sólo una mera presunción legal.”

mente negativa. En efecto, no existe ningún plazo legal de un año para dictar resolución expresa, de forma tal que la dictada posteriormente sea nula. Por el contrario, la Administración ha de resolver expresamente, sin limitación de tiempo y, por ello, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, como impone el artículo 94 de Procedimiento administrativo en la redacción dada al mismo por la Ley de 2 de diciembre de 1963; y esta obligación de resolver sólo puede comprenderse si la resolución que en definitiva se dicte es válida, porque es impensable que el legislador imponga a la Administración la obligación de dictar una resolución nula; y porque no tendría sentido que el citado precepto confiriera un derecho de opción al recurrente, que le faculta para esperar la resolución expresa del recurso, si tal resolución—caso de ser estimatoria— va a estar viciada de nulidad precisamente por haber transcurrido el plazo del año durante el cual el recurrente no ha acudido, ni tiene por qué acudir, a la jurisdicción, porque el legislador no le ha impuesto tal carga, sino que, antes al contrario, le ha otorgado una facultad de opción.

El razonamiento de la sentencia ha quedado, con toda evidencia, desvirtuado con posterioridad a la Ley de 2 de diciembre de 1963. Así lo ha comprendido la propia Sala IV del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 30 de junio de 1965—la primera que se plantea la problemática planteada por dicha Ley— ya no habla de nulidad de la resolución tardía, sino de ineficacia de tal resolución, cuya validez se reconoce expresamente. Dice así, el considerando segundo de dicha sentencia :

“CDO.—Que en materia de propiedad industrial, una vez que previa la tramitación de expediente público y contradictorio, con llamamiento a las oposiciones, cristaliza en el oportuno acto la concesión otorgada por la Administración no es lícito a ésta modificarlo o dejarlo sin efecto en perjuicio del concesionario más que en los supuestos de estimar recursos de reposición deducidos en tiempo y forma por los oponentes o de decretar de oficio la nulidad por infringir manifiestamente la Ley, según dictamen favorable del Consejo de Estado a tenor de lo dispuesto en el artículo 110 de la de Procedimiento administrativo, y como en el caso de autos, contraído al primero de tales supuestos, los escritos formalizadores de los recursos de reposición entablados se presentaron ambos el 1 de marzo de 1962 y no fueron estimados expresamente hasta el 8 de mayo de 1963, y el acuerdo concesional no se dejó parcialmente sin efecto hasta el 7 de junio siguiente, esto es, después de transcurrido con considerable exceso el año dentro del cual los interesados debieron utilizar contra la denegación presunta el contencioso-administrativo conforme al artículo 58, párrafo 2.º, de la Ley de la Jurisdicción, es visto que, por una parte, ganó firmeza al ser tácitamente consentida la resolución concesional, y por otra caducó el término en que podía válidamente

impugnarse en esta vía, *originándose y consolidándose así una situación que la Administración no puede desconocer ni revocar a través de una resolución expresa y tardía que altera fundamentalmente el contenido de la titularidad declarada, acto extemporáneo que con independencia de la facultad que aquélla tenga para emitirlo y de su intrínseca validez ha de reputarse ineficaz para extinguir o minorar el derecho subjetivo del concesionario, según doctrina de la Sala manifestada en sus sentencias de 20 de febrero y 3 de octubre de 1962, 25 de marzo y 25 de abril de 1963 y 16 de marzo de 1964.*”

Como se deduce de la simple lectura de este considerando, la nueva Ley de 2 de diciembre de 1963 —de la que se hace eco el considerando siguiente de esta sentencia, antes transcrito— ha colocado a la jurisprudencia ante un dilema difícil de superar. Por un lado, existe la tendencia a mantener la doctrina anterior —protección del interés favorecido por el primitivo acto— y, por otro, han desaparecido los argumentos en que tal doctrina se basaba. Porque, en efecto, ¿cómo armonizar las afirmaciones de que la resolución tardía es válida y de que, a la vez, supone la alteración de una situación que la Administración no puede desconocer? Una de dos: o la resolución supone realmente la alteración de una situación que la Administración no puede *legalmente* desconocer —en cuyo caso será nula—, o tal situación puede *legalmente* alterarse —en cuyo caso la resolución tardía será válida—. Lo que no puede afirmarse es simultáneamente los dos términos de la alternativa, porque si la resolución es válida ello supone que no contiene vicio legal en sus pronunciamientos y que su contenido es plenamente legal, por lo que si altera una situación anterior es porque tal situación podía *legalmente* ser alterada.

Y por otro lado, ¿cómo puede sostenerse la ineficacia de la resolución tardía estimatoria que se declara válida? La sentencia que comentamos no ofrece explicación alguna al respecto. La única afirmación que contiene es que tal ineficacia existe a los efectos de “extinguir o minorar el derecho subjetivo del concesionario”. En definitiva, como vemos, la última razón que fundamenta la tesis jurisprudencial es la protección del interés protegido por el primitivo acto, interés que, desde luego, no ha sido contemplado por el legislador como causa de ineficacia de los actos administrativos; basta leer el artículo 45 de la Ley de Procedimiento administrativo, que sienta exactamente la afirmación contraria: los actos válidos son eficaces desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa; la eficacia sólo queda demorada cuando lo exija el contenido del acto o esté supeditado a su notificación, publicación o aprobación posterior.

Pues bien, en nuestro caso ni en la resolución tardía se disponía la demora de la eficacia, ni tal demora venía exigida por el contenido del acto, que no estaba sometido en su eficacia a plazo o condición suspen-

siva alguna. Por ello, una vez cumplido el requisito de la notificación —de acuerdo con el artículo 79 de la Ley de Procedimiento administrativo—, el acto es plenamente eficaz, sin que la pretendida ineficacia pueda apoyarse en precepto alguno ni en los principios generales del Ordenamiento, que parte de la presunción de validez del acto administrativo, de su carácter ejecutivo y de su eficacia, hasta el punto de permitir el uso de la acción de oficio a la Administración para proceder a su ejecución.

Esta afirmación de la sentencia —ineficacia de un acto válido— sólo puede explicarse por la tesis de la protección del interés protegido por el primitivo acto; protección que, sin duda alguna, se estima como la solución justa, tal y como había venido admitiendo la sala en reiterada jurisprudencia anterior (13).

3) La sentencia de 8 de febrero de 1963 —considerando quinto antes transcrito— se planteaba el tema de si el acto nulo —por infringir el artículo 49 de la Ley de Procedimiento administrativo— podía ser válido por conversión, como si hubiera sido dictado en vía de revisión de oficio. El planteamiento era perfectamente pertinente —desde la perspectiva de la sentencia—, pues la aplicación de la conversión podía permitir sostener la validez del acto dictado fuera del plazo del año, pero dentro del plazo de cuatro años previsto en la Ley de Procedimiento administrativo en el supuesto de actos anulables —artículo 110— que expresamente se contempla por el juzgador.

Como es lógico, la sentencia llega a la conclusión de que la conversión es inaplicable. Y ello porque no se han cumplido los requisitos del artículo 110 de la Ley de Procedimiento administrativo que, recordémoslo, exige, además del requisito del plazo, la existencia de una infracción manifiesta —es decir, notoria y grave— de una ley —por tanto, de ley formal—, y dictamen favorable del Consejo de Estado —que la Administración no había pedido— (14). Por lo demás, la inaplicabilidad de la conversión se producirá normalmente en todas las resoluciones tardías, pues si la Administración no se ha planteado expresamente el problema no habrá pedido dictamen al Consejo de Estado, omisión de informe preceptivo que es insubsanable e impide la conversión; aparte de la dificultad que supone la necesidad de que concurren los demás requisitos legalmente exigidos.

(13) Quizá por el deseo de superar las dificultades que plantea esta doctrina, la Sala IV ha vuelto, en sentencias más recientes, a su tesis anterior de la invalidez e ineficacia de la resolución tardía estimatoria. Así las *Sentencias de 8 de febrero y 1 de julio de 1969* y *6 de marzo de 1970*, en las que ya no se razonan los fundamentos de esta invalidez sino que la Sala se remite a las consideraciones contenidas en anteriores sentencias.

(14) La conversión de los actos nulos se regula, como es sabido, en el artículo 53 de la Ley de Procedimiento administrativo. Se trata de una figura tomada, como tantas otras, del derecho privado donde tiene diversas aplicaciones. Sobre el tema, *vid.*, por todos, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid 1967, pp. 486 y ss.

Sobre la revisión de oficio, *vid.*, LAVILLA ALSINA: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, núm. 34 de esta REVISTA, pp. 53 a 99.

Ahora bien, una vez que se admita que la resolución tardía es válida —según creemos haber demostrado— el argumento de la aplicación de la conversión pierde interés; y ello, porque la conversión es aplicable a los actos nulos y no a los actos válidos.

4) El último argumento en que se apoya la tesis jurisprudencial que venimos examinando es el principio de seguridad jurídica. Este argumento se expone con toda explicitud en el considerando octavo —antes transcrito— de la sentencia de 8 de marzo de 1963.

El razonamiento de la sentencia se basa en la contemplación de la incertidumbre que produciría, al beneficiario del acto primitivo, el que la Administración pudiera dictar una resolución expresa en cualquier tiempo; tiempo que, “sentado el criterio posibilista”, podría ser de años desde el momento en que fue interpuesto el recurso. En efecto, una vez interpuesto el recurso de reposición la Administración podría dejar pasar años sin resolverlo y, si se admite la validez y eficacia de la resolución tardía, el beneficiario del primitivo acto quedaría en una situación indefinida de incertidumbre que el Tribunal estima iría contra el principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 17 del Fuero de los Españoles.

Además, se razona, el plazo legal de estimación o desestimación del recurso de un año —que proclama la jurisprudencia en base al artículo 58, 2, de la Ley de la Jurisdicción— es suficiente para que la Administración pueda formar opinión sobre los extremos debatidos, pudiendo, además, con posterioridad promover la revisión de oficio ajustándose a las normas legales; y es también suficiente para que el recurrente en reposición interponga el recurso contencioso, de forma tal que al no hacerlo así “denotó allanamiento o al menos negligente proceder”.

La tesis de la jurisprudencia parece así perfectamente lógica; cuando existe un tercer interesado, tanto la Administración como el particular recurrente han de actuar con una diligencia especial; la Administración no puede prolongar la incertidumbre más allá de un año —contado desde la interposición del recurso— y el particular recurrente tiene la carga de impugnar el silencio negativo ante la jurisdicción dentro del plazo del año al que nos hemos referido.

Queda así al descubierto la raíz última de la jurisprudencia que estamos exponiendo. La contemplación del conflicto de intereses existente y el deseo de hallar una solución justa al retraso de la Administración en resolver. A nuestro entender el enfoque de la jurisprudencia es digno de todo elogio; el punto de partida que utiliza es exactamente el que hay que utilizar: la búsqueda de una solución justa al conflicto de intereses planteado. Ahora bien, admitiendo plenamente este punto de partida, podemos preguntarnos si la solución de la jurisprudencia es la más ajustada a nuestro Ordenamiento, y si la búsqueda de una solución justa conduce en nuestro Ordenamiento a la tesis jurisprudencial o a una tesis distinta.

El tema es importante. como fácilmente se comprende. De admitirse

y generalizarse la tesis jurisprudencial—en este momento de carácter aislado y limitada a los supuestos de propiedad industrial— se llegaría a la conclusión de que en los supuestos —cada vez más numerosos— en que existiera un conflicto de intereses privados el plazo para resolver el recurso expresamente sería de un año desde la interposición de la reposición, plazo que también regiría para que el recurrente interpusiera el recurso contencioso. ¿Es ésta la solución más ajustada al Ordenamiento? ¿Viene exigida por el principio de seguridad jurídica?

Limitándonos ahora a contestar esta última pregunta —cuyo contenido es objeto del presente apartado—, hemos de afirmar que la solución jurisprudencial satisface, evidentemente, la seguridad jurídica del beneficiario del primitivo acto. Pero, ¿y la seguridad jurídica del recurrente? Toda la Ley de Procedimiento administrativo está pensada como un sistema de garantías del administrado frente a la actividad —o inactividad— de la Administración. Al administrado que recurre se le otorga un derecho de opción para esperar la resolución expresa o impugnar la desestimación por silencio (artículo 94 de la ley citada); y la jurisprudencia que comentamos desconoce esta facultad de opción y le impone la carga de acudir a la vía contenciosa; y ello, porque según dice la *sentencia de 30 de junio de 1965* —considerando 3.º— la facultad de opción prevista en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo

“que no crea problema alguno cuando un solo administrado se enfrenta directamente con la morosidad administrativa, *no puede ser admitida (la facultad de opción)* desde el momento que exista un tercero cuya titularidad jurídica amparada por el Registro de la Propiedad Industrial se consolida a virtud del transcurso del plazo en que cabía impugnarla jurisdiccionalmente, *pues con otro criterio, aparte de los agravios que se causarían a derechos subjetivos formalmente declarados, las complejas relaciones a que dan origen las diversas modalidades de dicha propiedad especial, con repercusión en el Derecho internacional plasmado en los convenios en la materia, quedarían en muchos casos adolecidos de incertidumbre e inestabilidad como sujetos a un evento resolutorio de perturbadoras consecuencias*”.

Estimamos que este desconocimiento de la facultad de opción —explícitamente reconocida por el legislador—, y su transformación en una carga, es contrario a las garantías previstas de forma inequívoca por el legislador en favor del recurrente.

Pero es que, además, con ello se desconoce otra garantía prevista por el legislador en favor del administrado, la de que la resolución que no le ha sido notificada no le perjudique ni sea eficaz contra el mismo, pudiendo recurrirla en cualquier tiempo; porque, en efecto, la jurisprudencia parte de que la desestimación por silencio es un acto, con lo

que viene a imponer su eficacia en contra del recurrente, pese a que, como es obvio, tal supuesto acto no le ha sido notificado; la solución tampoco es así coherente con la regulación del artículo 79 de la Ley de Procedimiento administrativo, que es así plenamente congruente con duce lógicamente a la afirmación de que el particular pueda optar entre darse por enterado de la desestimación por silencio —y recurrirla— o esperar a la notificación de la resolución expresa, sin que ello le perjudique (15). Y esto es lo que establece el artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo, que es así plenamente congruente con las garantías que —también por razones de seguridad jurídica— establece la Ley de Procedimiento administrativo.

Lo único poco coherente con la regulación de esta Ley —que, recordémoslo, es posterior a la de la Jurisdicción— es que el artículo 58, 2, de la Ley Jurisdiccional establezca que la desestimación por silencio ha de recurrirse dentro del año, porque la posterior resolución expresa es también recurrible de acuerdo con el artículo 94 de la Ley de Procedimiento, compatible con el artículo 58, 1, de la Ley Jurisdiccional; y decimos que es incoherente porque entonces queda prácticamente indefenso el recurrente desde que transcurre el año hasta que la Administración dicta resolución expresa, ya que sólo se le otorga la posibilidad de presentar escritos de queja para pedir se dicte tal resolución. La regulación lógica sería que una vez producida la desestimación por silencio —pura ficción legal que permite presumir la desestimación— ésta pudiese ser impugnada en cualquier tiempo antes de la resolución expresa, pues, siguiendo con la ficción legal, la resolución no notificada no debe perjudicar al afectado que puede impugnarla en cualquier tiempo (art. 79 de la Ley de Procedimiento); el problema al que nos hemos referido ha sido ya estudiado por la doctrina, por lo que no parece oportuno insistir sobre el mismo (16).

Resulta así que para proteger la seguridad y el derecho del beneficiario del primitivo acto se desconoce la seguridad y el derecho del recurrente —tan estimable como el de aquél—. Y este desconocimiento se opera a base de transformar en una carga lo que la Ley ha previsto como una facultad, y alterando los principios que en garantía del administrado sienta, con carácter general, la Ley de Procedimiento administrativo. Por lo demás, tampoco parece admisible presumir el allanamiento o consentimiento del recurrente cuando la Ley expresamente le otorga una facultad de opción, en uso de la cual puede esperar la resolución expresa.

Pero es que, además —como antes hemos expuesto—, la tesis juris-

(15) Conclusión a la que ya había llegado la doctrina, en base a los principios en materia de notificaciones, incluso con anterioridad a la Ley de Procedimiento administrativo. Así VILLAR: *La doctrina del acto confirmatorio*, núm. 8 de esta REVISTA, p. 28. También GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina...*, cit., p. 114.

(16) Sobre el tema, cfr., por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Silencio negativo, actos firmes...*, cit., pp. 285 y ss., que estudia este problema, y su posible solución dentro del ordenamiento vigente, con relación a la vía de petición.

prudencial lleva a afirmar la ineficacia de un acto válido —como es la resolución tardía— y a configurar como un acto la desestimación por silencio, cuando la jurisprudencia de todas las Salas —y de la propia Sala IV en otros supuestos— afirma que es una ficción legal.

En fin, nos parece ya haber expuesto las razones —creemos que fundadas— por las que no compartimos la tesis de la Sala IV, lo que a su vez nos plantea la necesidad de determinar cuál es la solución que se propugna para el problema. Pero, con carácter previo, conviene terminar de exponer la tesis de la jurisprudencia, de protección al interés protegido por el primitivo acto, en el supuesto de que la resolución tardía no sea estimatoria sino, por el contrario, desestimatoria del recurso.

V

EL FUNDAMENTO DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL CUANDO LA RESOLUCIÓN TARDÍA DESESTIMA EL RECURSO

Nos hemos referido al supuesto de que la resolución tardía estime el recurso de reposición interpuesto. Ahora vamos a referirnos al caso contrario, de que tal resolución sea desestimatoria y no se haya recurrido previamente contra la desestimación por silencio en el plazo de un año. ¿Qué sucede en esta hipótesis? ¿Podrá el recurrente en reposición impugnar dicha resolución tardía en vía contenciosa? La respuesta a esta última pregunta debe ser, en principio, afirmativa. Si el recurrente tiene la facultad de optar entre impugnar la desestimación por silencio o esperar la resolución expresa (art. 94 de la Ley de Procedimiento administrativo) ello implica que podrá impugnar esta resolución en vía contenciosa cuando sea desestimatoria. En este sentido, tanto la doctrina, como asimismo la jurisprudencia de las diferentes Salas del Tribunal Supremo, confirman y fundamentan la tesis que aquí se sostiene (17).

Sin embargo, y como excepción a lo anterior, la Sala IV niega que pueda impugnarse la resolución tardía desestimatoria cuando existe planteado un conflicto privado de intereses. Así, en *sentencia de 8 de febrero de 1969* —Considerando tercero— se recoge la tesis de la Sala en los siguientes términos:

“... pues la doctrina de la citada jurisprudencia no sólo respeta el derecho, sino que proclama el deber de la Administración —antes y después de la reforma, en 2 de diciembre de 1963, del

(17) En este punto, cfr., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, cuyo objeto es precisamente el estudio de este problema, por lo que remitimos a sus argumentos, plenamente fundados; en este trabajo se cita la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo. Permítasenos únicamente añadir que ésta es asimismo la posición de la Sala IV en *Sentencias*, posteriores al citado trabajo, de 7 de noviembre de 1969 y 21 de enero de 1971, antes citadas.

artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo— de resolver el recurso de reposición de modo expreso, aunque sea tardíamente, por ser acto viable desde el punto de vista de la Administración que lo dicta, pues respondiendo a unos pedimentos formulados por quien podía interponer aquel recurso no es dable a aquélla dejar de resolverlo expresamente después de una denegación presunta; *lo único que establecen las citadas sentencias es que la resolución tardía del recurso de reposición no tendrá eficacia para que, con base en ella, pueda interponer el recurso contencioso administrativo la parte que dejó ganar firmeza al acto recurrido en reposición.*”

La tesis de la jurisprudencia que la sentencia transcrita expone en sus conclusiones se fundamenta en la firmeza del acto primitivo, adquirida por el transcurso de un año desde la interposición de la reposición sin haber acudido al contencioso contra la desestimación por silencio. Así lo mantienen con toda explicitud una serie de *sentencias*, que son el antecedente en que se basa la que hemos transcrito, *de 13 de noviembre de 1961, 20 de febrero, 8 de marzo y 11 de diciembre de 1962, y 28 de enero de 1963*. Decía ya en este sentido la *sentencia de 13 de noviembre de 1961* —Considerandos segundo y tercero:

“CDO.—Que el artículo 58 de la Ley Jurisdiccional antes citada regula, en sus números 1.º y 2.º, específicamente el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo cuando medie, como en este caso sucede, el preceptivo de reposición y establece dicho artículo que tal plazo será de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición, si es expreso, y que si no lo fuere, el plazo será entonces de un año, a contar de la fecha de interposición del mismo recurso, por lo que, instada la reposición, el término para acudir a la vía contenciosa empieza según el número 1.º del artículo 54 de aquella Ley, al pasar un mes desde que el recurso de reposición fue interpuesto sin que su resolución se notificase y concluye transcurrido el año de impulsar la repetida reposición, salvo que antes se notificara acuerdo resolutorio de la misma, porque entonces determinaría la aplicación del número 1.º del artículo 58 en relación con el 2.º del 54 de la citada Ley, mas transcurrido el año caduca el plazo, produciéndose irrevocablemente una situación jurídica de firmeza que extingue la acción contenciosa, situación que, por tanto, no cabe alterar con el acto administrativo posterior —en este caso denegatorio— para abrir de nuevo el paso, cerrado en derecho positivo, a la reclamación jurisdiccional.”

“CDO.—Que no es obstáculo para la interpretación legal expuesta lo establecido en el artículo 38 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, el cual permite esperar sin plazo fijo a que se dicte reso-

lución expresa, pues contempla dicho artículo un supuesto distinto del regulado por el 58 y no guarda adecuación con el recurso contencioso-administrativo cuando le ha precedido el de reposición que exige el artículo 52, como aquí acaece, porque este último supuesto tiene una especial preceptiva completa con separación del artículo 38 en los dos números del 58, de los cuales el 2.º prescinde en absoluto de la mora, sustituida por el automatismo, no da opción en el procedimiento a utilizar, ni manda que la Administración resuelva explícitamente, ni tampoco autoriza a accionar después del año...”

“CDO.—Que los razonamientos anteriores se robustecen con el número 4 del propio artículo 58 ... previniendo dicho número 4 que cuando se trata de actos presuntos en virtud del silencio administrativo regulado en el artículo 38, el plazo de un año para promover el recurso contencioso-administrativo será desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, salvo si con posterioridad recae acuerdo expreso, en cuyo caso será el del párrafo 1.º, de donde se infiere que, si para este solo caso de haberse llegado al acto a través del artículo 38, que permite esperar sin plazo la resolución expresa, autoriza el 58, en su número 4.º, que tal resolución dictada después del año determine que a partir de ella sea observable el número 1.º, preceptivo de los dos meses contados desde la misma, es bien palmario que para que el caso presente del número 2.º en que no se regula el silencio por el artículo 38 y se origina “ipso facto”, no sólo no reza tal salvedad del número 4.º, así circunscrita, sino que manifiestamente queda excluido de ella y, por ende, al no estar-se, como no se está ahora en la hipótesis del repetido número 4.º, tampoco hay posibilidad de atribuir al acuerdo expreso que recayó pasado el año de silencio automático validez para aplicar el número 1.º del artículo 58 ...”

La mera lectura de estos Considerandos evidencian que la tesis jurisprudencial se basa en la distinta regulación prevista en la Ley de la Jurisdicción para la vía de petición —art. 38— y para la vía de recurso —art. 58—, en la que el legislador no imponía a la Administración la obligación de resolver ni otorgaba una facultad de opción al recurrente para esperar la resolución expresa. Ahora bien, después de la Ley de 2 de diciembre de 1963, el artículo 94 de la Ley de Procedimiento impone a la Administración la obligación de resolver, y otorga al recurrente la facultad de esperar la resolución expresa. Resulta así que el razonamiento jurisprudencial queda sin base adecuada después de dicha ley (18), cómo se comprueba por el hecho de que la propia Sala haya admitido en otras sentencias —antes citadas— que el silencio en vía de

(18) Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, incluso con especial referencia al caso que contemplamos del silencio administrativo en recurso de reposición. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho Procesal Administrativo*, tomo II. Madrid 1966, p. 476.

recurso es una mera ficción legal, que la resolución recurrida no gana firmeza por el transcurso del año y que puede impugnarse la resolución tardía ante la jurisdicción.

Esta contradicción en la jurisprudencia de la misma Sala sólo puede explicarse por la presencia de un conflicto de intereses privados. El deseo de encontrar una solución justa lleva a la Sala a afirmar dos tesis distintas según que frente a la Administración se encuentre un administrado, o dos titulares de intereses contrapuestos. En el primer caso, el silencio es una ficción, el acto recurrido no gana firmeza y la resolución tardía puede impugnarse en vía contenciosa; en el segundo, el silencio es un acto, la resolución recurrida gana firmeza y la resolución tardía no puede impugnarse en vía contenciosa. He aquí cómo el deseo de encontrar una solución justa, que la Sala IV concreta en la protección del interés protegido por el primitivo acto, acaba en una contradicción manifiesta.

No es ocioso por ello que nos preguntemos si cabe encontrar otra solución ajustada a nuestro Ordenamiento que, contemplando los intereses en presencia, suponga una solución justa del problema planteado. El intento de contestar a esta pregunta constituye el objeto de las consideraciones que se efectúan a continuación.

VI

CRÍTICA DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL

1. La tesis de la jurisprudencia se inspira esencialmente, según creemos haber demostrado, en el deseo de obtener una composición de intereses justa y, no hay que decirlo, ajustada al Ordenamiento jurídico; esta tesis fue formulada con anterioridad a la reforma de la Ley de Procedimiento administrativo de 2 de diciembre de 1963, por lo que, con la perspectiva que ofrece la nueva legislación, es necesario plantearse si puede mantenerse la tesis jurisprudencial formulada desde supuestos y perspectivas anteriores.

Por las razones antes expuestas, estimamos que en el momento actual es necesario encontrar una nueva composición de intereses justa. En efecto, la protección del interés del beneficiario del primitivo acto, contra el riesgo de una resolución tardía, olvida la necesaria protección del interés del recurrente que ha esperado en uso de la facultad de opción, que le concede al legislador, a que se produzca tal resolución, que la Administración tiene el deber de dictar. La solución de la jurisprudencia desconoce así este interés, tan digno de protección como el del primitivo beneficiario del acto, interés que, no lo olvidemos, ha sido explícitamente protegido por el legislador a través de una modificación del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo con la finalidad

—como dice la exposición de motivos de la Ley de 2 de diciembre de 1963— de

“... reforzar el cuadro de garantías del administrado o la facilitación del ejercicio de sus derechos, aspectos a los que la Ley dedicó siempre especial atención.”

Resulta así que si el interés del beneficiario del primitivo acto es digno de protección, también lo es el interés del recurrente, que es el único que ha sido específicamente contemplado por el legislador. La solución no puede, pues, consistir en sacrificar el interés del segundo al del primero, porque ello no se ajusta al Ordenamiento jurídico. Abonamos además esta tesis las siguientes razones, antes expuestas, que resumimos ahora brevemente :

- Para llegar a esta solución la jurisprudencia se ve forzada a convertir la impugnación de la desestimación por silencio en una carga, cuando el legislador la ha previsto específicamente como una facultad.
- Se ve obligada a afirmar que la resolución tardía es nula, cuando tal nulidad está excluida por el Ordenamiento; y, en una segunda fase, a afirmar que es válida pero ineficaz, pese a no concurrir ninguna de las causas legales de ineficacia previstas en el artículo 45 de la Ley de Procedimiento.
- Cae en la contradicción de afirmar que el silencio negativo es en unos casos una ficción y en otros un acto; que en unos casos da lugar a que gane firmeza la resolución impugnada y en otros no; que la resolución tardía posterior al año es impugnabile en unos casos ante la jurisdicción y en otros no. Y ello en base a los mismos preceptos, que se han de interpretar de forma diametralmente opuesta en uno y otro caso.
- Defiende la seguridad jurídica del primitivo beneficiario del acto, pero olvida la seguridad jurídica del recurrente, a quien tampoco se le puede tener indefinidamente sin resolver acerca de sus pretensiones; ni decirle que puede esperar tranquilamente, porque la Administración tiene la obligación de resolver expresamente, para que luego si la resolución es estimatoria de su recurso sea nula, o al menos ineficaz; y si es desestimatoria no pueda impugnarse en vía contenciosa.

Las consideraciones anteriores justifican nuestra creencia de que la solución jurisprudencial no es quizá la más ajustada al Ordenamiento jurídico; y, si se nos permite decirlo con todo respeto, de que sólo es parcialmente justa en cuanto no contempla todos los términos del problema y se inclina a proteger a uno de los intereses particulares en presencia, olvidando el otro.

Y mientras tanto, quien queda incólume en esta composición de intereses es precisamente la única parte en el proceso que verdaderamente ha incumplido su obligación o, más precisamente, que la ha cumplido irregularmente: la Administración demandada. En efecto, cuando el legislador establece que el recurso de reposición se entenderá desestimado por el transcurso de un mes —artículo 54 de la Ley de la Jurisdicción— y el recurso de alzada por el de tres meses —art. 125, 1, de la Ley de Procedimiento administrativo— está afirmando simultáneamente que éste es el plazo que considera normal para resolver tales recursos. Y, con mayor amplitud, dado que se trata de la instrucción del procedimiento ordinario normalmente más complejo, el artículo 61, 1 y 2 de la propia Ley de Procedimiento señala un plazo normal máximo de seis meses para la tramitación de los expedientes, notoriamente incumplido en el caso de las resoluciones tardías posteriores al año desde la interpretación del recurso.

La propia Ley de Procedimiento subraya el incumplimiento de esta obligación otorgando al recurrente el remedio —notoriamente insuficiente, como ha puesto de relieve la propia jurisprudencia (19)— previsto en el artículo 94, 3, de la Ley de Procedimiento, al decir:

“En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. *Contra el incumplimiento de este deber* podrá deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio de responsabilidad personal, si hubiera lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente.”

He aquí una nueva perspectiva digna de toda consideración, que puede facilitar la solución justa, y ajustada al Ordenamiento, del problema. No hay sólo dos intereses privados enfrentados entre los que haya que optar; existe también un interés público en que se resuelva expresamente en un plazo determinado, y es, precisamente, el desconocimiento de este interés público por la Administración —que incumple su obligación— lo que ocasiona el problema que se plantea la jurisprudencia. Desde esta nueva perspectiva, la cuestión puede ya ser contemplada en su propia e intrínseca simplicidad. ¿Cuál es en realidad el objeto del debate? Determinar las consecuencias del retraso de la Administración. Y, podemos seguir preguntándonos, ¿quién debe sufrir las consecuencias de este retraso? La respuesta, planteado el problema en toda su simplicidad, aparece ya como evidente: *las consecuencias del retraso de la Administración debe sufrirlas única y exclusivamente la propia Administración y no pueden, por tanto, imputarse —como hace*

(19) Así la *Sentencia* de la propia Sala IV de 7 de noviembre de 1969 señala en su considerando segundo *in fine*, que “pese a la advertencia legal verdaderamente conminatoria a la Administración de que la denegación presunta no excluye su deber de dictar una resolución expresa ... una tal solución de optar por la espera deja colocado al optante en situación de consecuencias prácticamente irreparables”.

la Jurisprudencia— a ninguno de los administrados titulares de los intereses privados en conflicto. He aquí una afirmación, en verdad elemental, que sirve como fundamento y punto de partida para instrumentar técnicamente una solución exigida por la justicia.

2. Pues bien, si el retraso de la Administración sólo a ella es imputable, parece evidente que no puede dar lugar a que deje de efectuarse la composición de intereses privados de una forma justa. Es decir, no puede justificar que deje de entrarse en el fondo del asunto y de dictarse la resolución que proceda en justicia, resolución a través de la cual se asegura la consecución del interés público en presencia y se protege al interés privado prevalente. La tesis de la jurisprudencia olvida este aspecto de fondo al venir a declarar la ineficacia de la resolución tardía válida —e incluso la invalidez de la misma—, con lo cual se consagra la prevalencia del interés privado no ajustado al Ordenamiento jurídico; ello en el caso de que la resolución tardía sea estimatoria, porque si es desestimatoria al declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso se produce una denegación de justicia al recurrente, a quien no es imputable la tardanza de la Administración en resolver.

De esta forma no se consigue una composición justa de los intereses privados en juego, composición que no debe impedir el retraso de la Administración que, al ser sólo a ella imputable, no puede traducirse en que la resolución de la cuestión debatida carezca de validez o, en su caso, de eficacia alguna. Con ello se da además una interpretación coherente y unitaria del Ordenamiento, evitando las actuales contradicciones, llegándose a las afirmaciones siguientes, cuya procedencia creemos haber demostrado a lo largo del presente trabajo:

- El silencio negativo se consideraría como una ficción legal en todos los casos, evitando las distintas calificaciones que ahora se aplican.
- El acto primitivo no ganaría firmeza en ningún caso antes de la resolución tardía.
- La resolución tardía estimatoria sería siempre plenamente válida y eficaz.
- La resolución tardía desestimatoria sería siempre recurrible en vía contenciosa.
- La facultad de opción para recurrir la desestimación tácita no se convertiría en una carga en determinados supuestos.

3. Una vez garantizada la consecución de una justa composición de los intereses privados en presencia, solución que estimamos es la más ajustada al Ordenamiento jurídico, queda en pie un problema importante. Con la solución que propugnamos se consigue, en definitiva, que, sea en vía administrativa o en vía contenciosa, prevalezca el interés privado ajustado al Ordenamiento jurídico. Se consigue *asimismo* que el Ordenamiento sea interpretado de forma unitaria y coherente con

su contenido. Ahora bien, queda planteado, como decimos, un problema importante y es el de determinar a través de qué instrumentación técnica pueden imputarse a la Administración las consecuencias de su retraso en resolver.

Porque, hasta ahora, la solución que se propone deja también incólume a la Administración cuando ésta con su retraso ha podido causar perjuicios a los interesados. *Es necesario, pues, determinar cuál es la consecuencia de este retraso, cuyos efectos no pueden imputarse a ninguno de los titulares de los intereses privados en presencia.*

El mismo plantamiento de la cuestión, en verdad elemental, hace aparecer la respuesta como evidente: si las consecuencias del retraso de la Administración no pueden imputarse a los administrados, ello excluye cualquier solución que haga incidir las consecuencias sobre los mismos. Habrá, por tanto, que buscar una institución que permita imputar tales resultados de forma individual y exclusiva a la Administración; y esta no es otra que la responsabilidad de la Administración.

En efecto, cualquier solución distinta lleva a dejar incólume a la Administración o a imputar las consecuencias de su retraso a uno de los titulares de intereses privados en presencia. Así la declaración de que la resolución tardía estimatoria es inválida, o, en su caso, ineficaz, lleva a imputar las consecuencias del retraso de la Administración al recurrente en reposición, cuya razón se reconoce a los puros efectos teóricos, pero sin otorgar a tal declaración trascendencia alguna. Y la declaración de que la resolución tardía desestimatoria no es impugnabile en vía contenciosa, traslada también estas consecuencias al recurrente a quien se impide el acceso a la vía judicial con la garantía que ello supone.

La única solución que permite imputar a la Administración las consecuencias de su retraso, de forma exclusiva, es la aplicación de la responsabilidad de la Administración. El retraso de la Administración supone un funcionamiento anormal de sus servicios públicos, y los daños que este anormal funcionamiento haya ocasionado deben ser indemnizados. Por lo demás, ningún obstáculo se encuentra para ello en nuestro Ordenamiento jurídico, que concibe la responsabilidad de la Administración en términos amplios y generosos en los que encaja perfectamente el supuesto que comentamos (20).

(20) La admisión de la responsabilidad de la Administración derivada de su retraso en resolver ha sido apuntada por la doctrina; así BOLEA: *El retraso de la Administración*, cit., p. 319, la concibe como una de las medidas oportunas para reforzar el cumplimiento por la Administración de su deber de resolver, en garantía del administrado. Para este autor la responsabilidad procede en estos supuestos por aplicación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Lo que además sucede en nuestro caso es que la aplicación de la responsabilidad de la Administración viene exigida, con toda evidencia, por la especial perspectiva en que nos sitúa el problema objeto de estudio, ya que es el medio que permite llegar a una composición justa de los intereses privados en conflicto, sin imputar las consecuencias del retraso de la Administración a los administrados.

También apunta esta solución, en materia de silencio positivo, MARTÍN MATEO: *Silencio positivo y actividad autorizante*, núm. 48 de esta REVISTA, p. 239.

Una aplicación de la responsabilidad a un caso concreto de conflicto de intereses

Bien entendido que los daños derivados del retraso de la Administración pueden haberse producido a cualquiera de los titulares de intereses privados en presencia. En efecto, si el primitivo acto es ilegal, el retraso de la Administración en resolver el recurso puede haber beneficiado al destinatario de dicho acto, que ha estado disfrutando de un derecho o de una posición que no se ajusta al Ordenamiento jurídico; y puede haber perjudicado al recurrente que ha estado afectado por las consecuencias de un acto ilegal durante mayor tiempo del legalmente previsto; decimos esto, porque la Jurisprudencia parte siempre de considerar los efectos desfavorables de la resolución tardía estimatoria sobre el beneficiario del primitivo acto, olvidando los intereses del perjudicado por el mismo. En definitiva, la justificación de la existencia real de los daños y la determinación del perjudicado deberá efectuarse en cada caso concreto a la vista de las circunstancias concurrentes.

De esta forma se consigue llegar a una solución justa, y ajustada al Ordenamiento, de la cuestión planteada. La composición de fondo de los intereses privados en presencia se hará de acuerdo con el Ordenamiento; y el retraso de la Administración en resolver dará lugar a su responsabilidad, evitándose que las consecuencias del mismo se trasladen a los titulares de intereses privados en presencia.

4. Las consideraciones anteriores conducen a la afirmación de que la resolución tardía estimatoria del recurso no adolece por tal causa de un vicio de nulidad, según creemos haber demostrado; cualquier otra solución conduce a imputar al administrado las consecuencias del retraso de la Administración, consecuencias que sólo a ella pueden imputarse a través de su declaración de responsabilidad.

Conviene, sin embargo, plantearse el problema de si el retraso de la Administración se toma en consideración por el Ordenamiento de forma tal que venga a condicionar —en alguna medida— el contenido de la resolución tardía o su eficacia. El problema no es puramente teórico; se ha planteado en algunos supuestos reales, por lo que conviene examinar su fundamento y la solución que conviene al mismo en nuestro Ordenamiento jurídico.

a) La validez de la resolución tardía estimatoria ha sido puesta en cuestión —en ocasiones— por el beneficiario del primitivo acto, en base a estimar que, una vez transcurrido el año desde la interposición del recurso, el contenido de la resolución tardía no podía ser estimatoria del mismo, y ello por imponerlo así el artículo 112 de la Ley de Procedimiento administrativo, que, recordémoslo, dice:

“Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u

privados, en el trabajo de LECUINA: *Función arbitral...*, cit., donde se exponen razonamientos sugerentes en orden al alcance de esta responsabilidad, de la que, en general, tan poca utilización se hace en la práctica.

otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes.”

En base a este precepto —se dice— la Administración no puede ejercer sus facultades de anulación en vía de recurso, porque dado el tiempo transcurrido su ejercicio resultaría, bien contrario a la equidad, bien contrario al derecho de los particulares destinatarios del primitivo acto.

Como se observa, se trata así de aplicar a la resolución de los recursos la limitación establecida en el artículo 112, transcrito, para la vía de revisión. ¿Es esto jurídicamente posible? A nuestro entender no; la razón de ello es muy clara, como no será difícil demostrar.

En la vía de revisión nunca existe un conflicto de intereses privados que sea asimilable al existente en vía de recurso; cuando un particular solicita la revisión de un acto anulable lo hace como un remedio extremo, porque ha dejado transcurrir el plazo para interponer el correspondiente recurso y, por ello, ha consentido el primitivo acto que ha quedado firme al no haberlo recurrido en tiempo y forma. El beneficiario del primitivo acto tiene así asegurada la protección de su interés frente a los terceros; y es lógico que la posibilidad, en verdad excepcional, de que el acto sea revisado esté sometida a una serie de límites que vienen exigidos por la seguridad jurídica. De aquí —lo que no sucede en la vía de recurso— que la potestad de la Administración esté limitada en función de la gravedad de la infracción cometida y de la seguridad jurídica; así, la revisión de los actos anulables sólo puede efectuarse en los supuestos de infracción manifiesta de Ley, previo dictamen favorable del Consejo de Estado y cuando no han transcurrido cuatro años desde que se dictaron; y, en todo caso, con los límites del artículo 112 de la Ley de Procedimiento, antes transcrito. La existencia de todas estas garantías es lógica, porque aquí sólo entra en consideración el interés público concurrente, tanto en el restablecimiento del Ordenamiento jurídico como en mantener la seguridad jurídica; la posible contraposición de estos dos fines de interés público puede así ser valorada decidiéndose a favor del interés prevalente, para cuya determinación el artículo 112 sienta los criterios que hemos expuesto.

En cambio, en vía de recurso lo que entra fundamentalmente en consideración es la necesidad de resolver justamente las pretensiones del recurrente, que ha actuado con diligencia, interponiendo en plazo el recurso sin consentir la primitiva resolución. Los poderes de la Administración son aquí mayores que en vía de revisión porque prima la justicia sobre la seguridad jurídica; y ello porque tan estimable es la seguridad jurídica del primitivo beneficiario del acto como la del recurrente, que tiene un derecho al procedimiento y a que se dicte resolución expresa entrando en el fondo del asunto, sin que las facultades de la Administración se vean limitadas por el transcurso del tiempo. Sería totalmente incongruente que el legislador otorgara al particular la facultad de esperar a la resolución expresa de su recurso para que

tal espera produjera al recurrente un perjuicio tan notorio como sería el que la Administración no pudiera ya legalmente estimar su recurso.

La tesis que aquí se sostiene aparece confirmada, y se fundamenta, en la doctrina del Consejo de Estado, que ha afirmado reiteradamente que los límites del artículo 112 de la Ley de Procedimiento administrativo no son aplicables en vía de recurso. Esta doctrina se viene manteniendo pacíficamente por el Consejo de Estado desde que se dictó la Ley de Procedimiento administrativo, en supuestos en los cuales existía un conflicto de intereses privados. Así en *Dictámenes*, entre otros, de 21 de mayo de 1959, 26 de noviembre de 1960 y 5 de octubre de 1961.

El *Dictamen de 21 de mayo de 1959* dice así (21):

“...no es aplicable aquí claramente la doctrina sobre los límites de las facultades revocatorias de los actos administrativos, puesto que la anulación se hizo resolviendo sobre una reclamación válida de don A. M. y para salvar los legítimos derechos de éste, y los poderes de la Administración para volver sobre sus propios actos en vía de recurso interpuesto por quien está legitimado para ello, y a través de la reclamación adecuada, son ilimitadas siempre que se adecúen en cuanto al fondo de su pronunciamiento, a la legalidad...”

El *Dictamen de 26 de noviembre de 1960* dice así (22):

“...tampoco entiende el Consejo de Estado de aplicación los artículos 109 y siguientes de la misma Ley de Procedimiento administrativo, porque tales preceptos son de aplicación, como indica el capítulo donde están colocados, a los supuestos de revisión de oficio de los actos administrativos, en tanto que en el presente expediente no es de oficio como se ha promovido la anulación, sino en virtud de reclamación (que debe calificarse de recurso por su contenido, aunque no lo designen así los comparecientes, conforme al principio del artículo 114,2 de la Ley), lo que sitúa la cuestión en el capítulo II del mismo título de la Ley, es decir, revisión en vía de reclamación o de recurso...”

Y, por su parte, el *Dictamen de 5 de octubre de 1961*, añade (23):

“El Consejo de Estado ha de poner de relieve que el principio de seguridad jurídica... impide modificar el acto concesional por razones de equidad. Precisa tener en cuenta que, en este punto, se trata de una revisión de oficio y no de la resolución de un recurso. Y sabido es que son menores los poderes

(21) Véase *Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado*, 1958-1959, Madrid, 1961, pp. 395 a 399.

(22) Véase *Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado*, 1959-1960, Madrid 1961, pp. 231 y ss.

(23) Véase *Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado*, 1961-1962, p. 49.

de oficio que los que tiene la Administración para resolver en vía de recurso. La revisión de oficio de los actos administrativos declarativos de derechos sólo puede ser legalmente amparada por alguna de las razones objetivas señaladas en el capítulo IV de la vigente Ley de Procedimiento administrativo, sin que las facultades revocatorias y anulatorias de la Administración puedan entenderse ampliadas por razones de equidad, sino que, por el contrario, el artículo 112 de aquella Ley lo que hace es prohibir, en aras de la seguridad jurídica, el ejercicio de tales facultades cuando, por la prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido, u otras circunstancias, tal ejercicio pudiera ser contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes.”

Las consideraciones anteriores —y la doctrina del Consejo de Estado— fundamentan la tesis que aquí se sostiene. El retraso de la Administración no condiciona en modo alguno el contenido de la resolución estimatoria del recurso. La resolución estimatoria —si se ajusta en cuanto al fondo el Ordenamiento jurídico— será así plenamente válida.

b) Como ya hemos señalado anteriormente, al ser válida la resolución tardía estimatoria será también plenamente eficaz, de acuerdo con los principios y normas de la Ley de Procedimiento administrativo en orden a la eficacia de los actos, ejecutividad y ejecución de los mismos.

Sin embargo, cabe plantearse algunos supuestos excepcionales en que el carácter tardío de la resolución puede influir sobre su ejecución. Vamos a referirnos a dos supuestos que puede plantear el transcurso del tiempo como son la posible aplicación por la Administración —de forma anticipada— del artículo 228 de la Ley del Suelo y del artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción.

— En primer lugar, nos referimos al artículo 228 de la Ley del Suelo, que, recordémoslo, dice así:

“1. Si en virtud de sentencia se hubiere de desistir de la construcción o destruir alguna obra de urbanización, el Juzgado o Tribunal al que compete ejecutar el fallo lo comunicará a la Comisión Provincial de Urbanismo para que en el plazo de dos meses notifique al órgano jurisdiccional si, por motivos de interés público, se impone seguir o conservar la obra, y si no lo hiciera, se entenderá que nada obsta a la ejecución.

2. Si dispusiera la prosecución o conservación de la obra, el Juzgado o Tribunal fijará la indemnización que el condenado deba abonar al perjudicado...”

Como se deduce de la mera lectura de este precepto, una vez dictada sentencia que suponga la destrucción de alguna obra, tal sentencia puede llevarse a cabo de forma distinta a la contenida en sus propios

pronunciamientos, y ello en el supuesto de que la Comisión Provincial de Urbanismo informe que existen razones de interés público por las que se impone seguir o conservar la obra. Y el problema que planteamos es el siguiente. En el supuesto de que la resolución tardía sea estimatoria, y dado el tiempo transcurrido se haya verificado la obra amparada por el primitivo acto, obra que ha de ser destruida, ¿deberá procederse necesariamente a su destrucción? ¿O podrá la Administración pedir informe a la Comisión Provincial de Urbanismo y, en su caso, ejecutar el acuerdo en forma de indemnización de daños y perjuicios al recurrente?

A nuestro entender en este supuesto la respuesta debe ser afirmativa; y ello por una razón muy sencilla. En efecto, siendo el informe de la Comisión Provincial de Urbanismo vinculante para el Tribunal, es claro que la ejecución de la sentencia en sus propios términos —o mediante indemnización— queda en último extremo en manos de la Administración. Y por razones de economía procesal se impone la solución que propugnamos, porque no tendría sentido obligar a seguir un pleito al primitivo beneficiario del acto para que en el supuesto más desfavorable para el mismo —que lo perdiera— el resultado final fuera más favorable —la conservación de la obra—. Si, en definitiva, el resultado final —repetimos, en el supuesto más desfavorable para el primitivo beneficiario del acto— sería la conservación de la obra, la Administración debe adoptar todas las cautelas necesarias para no producir un resultado de mayor gravedad; queda así entonces justificado que la protección del interés del recurrente se lleve a cabo mediante la declaración de su derecho a la indemnización de daños y perjuicios, a determinar en fase de ejecución del acuerdo.

Por lo demás, no queremos entrar aquí —por no considerar oportuno el momento— en los problemas que suscita el artículo 228 de la Ley del Suelo —verdadero talón de Aquiles del urbanismo—, que explica por qué se acaban legalizando los hechos consumados; a este problema me he referido ya en otro lugar por lo que me remito a las consideraciones allí efectuadas (24).

— En segundo lugar, vamos a considerar el supuesto en que la ejecución del acto resulte legal o físicamente imposible. Como la resolución estimatoria debe contemplar la situación existente en el momento de interponerse el recurso, puede suceder que el transcurso del tiempo haga imposible —legal o físicamente— la ejecución de la resolución tardía estimatoria. El supuesto ha sido contemplado por el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción, y por la jurisprudencia, que en estos supuestos llega a la solución de que el fallo debe llevarse a efecto mediante la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al recurrente. En el supuesto, pues, de que la resolución tardía estimatoria sea imposible de llevar a cabo en sus propios términos, ¿podrá la Administración de-

(24) *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*. Madrid 1971, páginas 78 y ss.

clarar que la ejecución se llevará a cabo mediante la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al recurrente?

Aunque el supuesto será infrecuente, estimamos que, si realmente existe esta imposibilidad, la Administración podrá efectuar esta declaración, porque lo contrario será reconocer el interés del recurrente con efectos meramente teóricos y sin trascendencia práctica alguna. Quizá un ejemplo será suficientemente expresivo para ilustrar la procedencia de la solución que aquí se mantiene: supongamos que se declara ruinoso una casa y se lleva a cabo el desahucio administrativo; el inquilino afectado gana su recurso contra la declaración de ruina, pero —dado el retraso de la Administración en resolver— la casa ha sido ya derribada. ¿Cómo puede llevarse a cabo la reposición del inquilino en su primitiva vivienda ya inexistente? Si la ejecución de la resolución estimatoria no se hiciera por equivalencia, los intereses del beneficiado por el primitivo acto quedarían con una protección meramente teórica.

Y junto a la imposibilidad física puede aparecer también la imposibilidad legal —aun cuando tales supuestos sean excepcionales—, como ocurrirá cuando debido a un cambio de la legislación la ejecución del acuerdo sea imposible, supuesto que ha sido considerado en alguna ocasión por la jurisprudencia. Así, el contemplado por la *Sentencia de 9 de noviembre de 1964*, por la que se declaró la nulidad del acto recurrido y el derecho del recurrente a llevar a cabo la gestión afianzada de la exacción de determinados arbitrios municipales que habían sido suprimidos con posterioridad al primitivo acto municipal impugnado. Supongamos ahora que la estimación del recurso se hubiera producido por una resolución tardía cuando ya se había producido el cambio de régimen legal; es evidente que tal resolución no hubiera podido llevarse a cabo en sus propios términos y que la solución lógica es que la Administración hubiere procedido a su ejecución por equivalencia, indemnizando al recurrente por los perjuicios que le había ocasionado al no llevar a cabo la gestión durante el tiempo en que dichos arbitrios siguieron vigentes.

VII

CONCLUSIONES

La tesis que se sostiene puede resumirse en unas conclusiones muy breves que estimamos ajustadas al Ordenamiento jurídico, y que exponemos con carácter sucinto:

- La resolución tardía estimatoria es plenamente válida y eficaz siempre que se ajuste en cuanto al fondo al Ordenamiento jurídico; sólo en algunos supuestos excepcionales, expresamente previstos por las leyes, la ejecución podrá llevarse a cabo mediante indemnización sustitutiva.

- La resolución tardía desestimatoria puede ser impugnada en vía contenciosa.
- Las consecuencias del retraso de la Administración debe sufrirlas, única y exclusivamente, la propia Administración, que deberá responder de los daños y perjuicios que, con su retraso, haya ocasionado a los intereses privados en presencia.

Esta es la solución que, según creemos haber demostrado, corresponde al momento actual de nuestro Ordenamiento, y que garantiza una composición justa de los intereses en presencia. Lo cual no implica —aunque, obviamente excede del ámbito del presente trabajo— que “de lege ferenda” pueda pensarse en otras soluciones, pues como ha afirmado la doctrina existen, cada día más relaciones y conflictos de intereses particulares sobre las que incide el Derecho administrativo; tema del que hasta ahora la doctrina no se ha preocupado con exceso y cuyo estudio puede llegar a repercutir sobre el propio concepto del Derecho administrativo (25).

RAFAEL GÓMEZ FERRER

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo

(25) Vid. el prólogo de CLAVERO a la obra de RIVERO: *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*. Una referencia al tema en PARADA: *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, núm. 55 de esta REVISTA, pp. 111 y ss., en el que propugna de *lege ferenda* la admisión de procesos contencioso-administrativos entre simples particulares para aquellos supuestos en que el acto administrativo se limite a decidir una controversia entre los mismos sin que exista o esté presente un interés público, “supuestos más frecuentes de lo que se cree”.

