

# SOBRE SILENCIO ADMINISTRATIVO Y RECURSO CONTENCIOSO

*SUMARIO:* Introducción. El tema de la «resolución tardía».—I. Los precedentes jurisprudenciales y de agravios anteriores a la Ley de la Jurisdicción de 1956 y sus fundamentos negativos.—II. La crítica doctrinal a estas posiciones y su recepción en las Leyes de la Jurisdicción y de Procedimiento Administrativo.—III. La jurisprudencia posterior a estas Leyes y su insistencia en la tesis negativa anterior en el caso del silencio en el recurso de reposición.—IV. La intervención del legislador y la reforma en 1963 del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ley y jurisprudencia en la economía del Derecho administrativo.—V. La insistencia en la antigua posición negativa con posterioridad a la Ley de 2 de diciembre de 1963.—VI. La doctrina de la Sala 3.<sup>a</sup> sobre la naturaleza del silencio y el valor de las resoluciones tardías respecto a los plazos de las reclamaciones económico-administrativas. Idem de la Sala 4.<sup>a</sup> sobre recursos administrativos.—VII. La superación definitiva del supuesto obstáculo del artículo 58, 2, de la Ley de la Jurisdicción. Las Sentencias de la Sala 5.<sup>a</sup> de 6 y 16 de marzo de 1965.—VIII. La salvedad del silencio positivo o estimatorio y su fundamento en la diferencia de naturaleza de esta institución respecto a la del silencio negativo.

Quiero glosar brevemente una serie de Sentencias dictadas recientemente por el Tribunal Supremo en relación con el tema del silencio administrativo y el recurso contencioso-administrativo.

Aludo al tema bien conocido de la eficacia de la resolución expresa dictada luego de haber caducado el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación por silencio administrativo del recurso o la reclamación pendientes, el tema que se suele convenir en llamar de «la resolución tardía». Esta, ¿reabre o no un nuevo plazo de impugnación contenciosa una vez que se ha agotado el plazo disponible contra la denegación por silencio? Tal es la cuestión, bien simple de enunciado, aunque de trascendencia práctica y dogmática considerable.

## I

El tema surgió tempranamente con ocasión de la primera introducción en nuestro sistema de la técnica del silencio administrativo, esto es, en la aplicación de los Estatutos Locales Calvo Sotelo, de la Ley Municipal

republicana de 1935 y de la Ley de 18 de marzo de 1944, a propósito del recurso de agravios.

Estos precedentes no fueron generosos. El Tribunal Supremo, embarcado entonces en la tendencia decidida hacia la declaración de inadmisibilidad de los recursos, que tan explícitamente condenaría luego la Exposición de Motivos de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no tuvo mayor dificultad en razonar que las resoluciones denegatorias expresas no reabrían los plazos para acudir al recurso contencioso cuando había ya transcurrido el computado desde la denegación por silencio. Ya aparece en esta jurisprudencia el elenco de argumentos que luego habrían de repetirse inalterablemente, todos ellos de un característico sabor formalista:

- Doctrina del carácter improrrogable de los plazos, referida esta improrrogabilidad al plazo inicialmente disponible para impugnar la denegación por silencio (Sentencias de 30 de mayo de 1932, 8 de julio de 1942, 14 de octubre de 1947, etc.).
- Doctrina del acto consentido: el particular no ha impugnado la denegación por silencio, al dejar vencer los plazos para ello; el hecho de que una posterior resolución expresa ratifique esa denegación no rompe la firmeza de ésta, que es ya definitiva; la resolución expresa no sería más que un acto confirmatorio de la denegación por silencio, ya consentida (Sentencias de 2 de julio de 1929, 3 de marzo de 1947, 25 de marzo de 1949, etc.).
- Pues lo contrario supondría «una opción concedida al recurrente para acogerse a su arbitrio a uno u otro de los términos, lo que la Ley no precisa por parte alguna (Sentencia de 19 de marzo de 1947).
- Como tampoco podría admitirse la consecuencia que en otro caso resultaría de «dejar al arbitrio de las Corporaciones la prórroga de los términos ordenados para el ejercicio de las acciones» (Sentencias de 24 de marzo de 1930, 25 de octubre de 1950, 19 de enero de 1952, etc.).
- Por otra parte, por el transcurso del plazo de silencio se ha producido una resolución administrativa tácita que impide a la Administración resolver en adelante sobre el mismo tema, en virtud del principio que la impide volver sobre sus propios actos, con lo que la resolución expresa y tardía vendría a ser en sí misma nula e ineficaz (Sentencias de 12 de julio de 1928, 26 de junio de 1934, 3 de mayo de 1950, 24 de enero de 1958, etcétera).
- Porque, en fin, el Preámbulo del Estatuto Municipal, con carácter de interpretación auténtica, había justificado la introducción de la técnica del silencio administrativo en la sola razón de que «esta y otras fórmulas producirán en la práctica inme-

diata regularización de esta zona del vivir burocrático», con lo que pretende exclusivamente mejorar objetivamente los procedimientos de resoluciones, pero no favorecer la inactividad, ni de la Administración ni de los particulares (Sentencia de 8 de mayo de 1946).

Sólo, entre tanta dialéctica triste (1), alguna lúcida, aislada Sentencia acertó a ver el verdadero núcleo sustancial del problema, que tanto excede de la aplicación mecánica y ciega de reglas de procedimiento a las que, contra su naturaleza, pretende hacerse jugar autónomamente. Así la Sentencia de 8 de abril de 1933, cuyo razonamiento bien merece el honor de una transcripción:

«Hay que tomar como base la naturaleza que el silencio administrativo tiene de ser una presunción establecida precisamente en favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes quiso favorecer, como sucedería si, no obstante la existencia de un acuerdo administrativo, como sucede en este caso, mediante el que resuelve de un modo expreso cierta reclamación (reputándola con ello viva), para los efectos de librar a quien resuelve de sus consecuencias, se considerase inexactamente que había guardado silencio, privando así a los interesados del consiguiente derecho ante un acto de la Administración y negando a ésta una facultad tan interesante a sus funciones como es la de purgar sus propios actos de la deficiente tramitación de que adoleciesen al dejar incontestado lo que pudo y debió racionalmente contestarse».

Mucho más sorprendente es que el Consejo de Estado, administrando la jurisdicción de agravios, según la citada Ley de 1944, se alinease al lado de la peor tesis, formalista y rigurosa. El Consejo, como es sabido, dió muestras en esta breve experiencia de su retorno a una cuasi-jurisdicción administrativa, de una extraordinaria sensibilidad por las garantías del administrado, rompiendo decididamente con las autolimitaciones convencionales que la jurisprudencia contencioso-administrativa se habría impuesto desde la Ley de lo Contencioso de 1888; baste aludir, como ejemplos característicos, a la admisión normal de la legitimación por interés (2), abandonando la posición contraria del Tribunal Supre-

(1) Me remito, para justificar este calificativo, a mi anterior artículo *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, en esta REVISTA, núm. 42, 267 ss., en que me limito a formular técnicamente la resuelta posición sobre el tema de la última y más autorizada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(2) Vid. PÉREZ HERNÁNDEZ, *La naturaleza jurídica del recurso de agravios*, Publicaciones del Consejo de Estado, 1950, y *El recurso de agravios*, Pamplona, 1954, 65 ss.; CARRIDO FALLA, *El interés para recurrir en agravios*, en el núm. 9 de esta REVISTA, 1952, 157 ss.

mo (3), que atenazaba drásticamente e injustamente el sistema entero de garantías, o también a la aceptación normal de un recurso directo contra Reglamentos (4), en el que tanta resistencia encuentra hoy todavía alguna jurisprudencia actual, substantivando y extendiendo una serie de imperfecciones técnicas que cuentan entre las más notorias de la nueva Ley Jurisdiccional (5). Por esto resulta sorprendente que el Consejo, en esta materia que ahora estudiamos, mantuviese en pie íntegras las estrechas razones negativas de la jurisprudencia que hemos sistematizado más atrás (quizá, salvo en el punto relativo a la pérdida de la competencia administrativa, para resolver tardíamente, doctrina expresamente rechazada).

Pesó, sin duda posible, en esta posición del Consejo el hecho de que el artículo 4.º de la Ley de 18 de marzo de 1944 no era en este punto más que una transcripción pura y simple del artículo 218 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 («el plazo para interponerlo será de treinta días, contados desde que se hubiera notificado la resolución denegatoria del recurso de reposición, o desde que se entiende desestimado por transcurrir el término señalado sin que haya resuelto la Administración, conforme al apartado anterior»), debiendo tenerse en cuenta tanto las limitaciones derivadas de una interpretación literal de este precepto, que era prácticamente el único que coartaba la total libertad creadora de la jurisprudencia de agravios, como el hecho de que la regla idéntica de la Ley Municipal (como, a partir de 1950, de la Ley de Régimen Local, art. 377) venía siendo paralelamente aplicada por el Tribunal Supremo en la forma indicada, con lo que la adopción de una

(3) El hecho de que la Ley de 1888, y todas sus refundiciones posteriores, exigiera como requisito del recurso que las resoluciones impugnadas «vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante» no justificaba el rigor interpretativo con que se aplicó; baste decir que en fecha tan temprana como 1847 el Consejo de Estado, en el régimen de la llamada justicia retenida, había reconocido la legitimación por «interés legítimo» (Real Decreto-Sentencia de 30 de junio de 1847) y reconocido un «derecho a las formas» (Real Decreto-Sentencia de 27 de julio de 1848). Aún hoy mismo, la famosa cláusula general de competencia de la justicia administrativa («la cláusula regia del Estado de Derecho») del artículo 19, 4, de la Ley Fundamental de Bonn reconoce el derecho de recurso, casi en los mismos términos que nuestra vieja Ley de lo Contencioso, a quien se sienta vulnerado en sus derechos («jemand... in seinen Rechten verletzt»), sin que este término «derechos» haya sido interpretado nunca por los Tribunales alemanes en el sentido estricto y riguroso que entendió nuestra vieja jurisprudencia. Cfr. BACHOF, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, 287 ss. Por otra parte, la titularidad de un derecho no puede ser condición de legitimación, sino de fondo (el art. 28, 2, de la Ley Jurisdiccional, en relación con el art. 42, está técnicamente equivocado, aunque no sea ésta la ocasión de demostrarlo).

(4) Cfr. GÓMEZ-ACEBO, Nota en el núm. 6 de esta REVISTA, 1951, 265 ss.; PÉREZ HERNÁNDEZ, *La naturaleza jurídica del recurso de agravios y El recurso de agravios*, Pamplona, 1954, 78.

(5) Referencias, en mis trabajos *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo* y *El principio de la interpretación más favorable*, cit. en los números 38 y 42 de esta REVISTA.

posición distinta podría sonar como una verdadera desautorización. En cuanto a la interpretación literal del precepto, no cabe duda de que el efecto denegatorio del silencio no estaba enunciado en el texto legal como una facultad del recurrente, así como que el cómputo del plazo desde la denegación presunta se definía como subsidiaria del cómputo desde la resolución expresa, contra el enunciado legal que más tarde se impondría (6).

## II

La cuestión comenzó a aclararse por obra de estudios doctrinales, que pusieron en evidencia la contradicción formal de esas soluciones con la naturaleza institucional del silencio administrativo. Especialmente son de notar ahora los excelentes trabajos de don Nicolás PÉREZ SERRANO (7) y de GARRIDO FALLA (8), que se enfrentaron críticamente con la jurisprudencia, postulando soluciones radicalmente distintas. Cuando se llegó a una nueva formulación legal de la técnica del silencio y a una generalización de la misma, por obra de las Leyes de la jurisdicción contenciosa de 1956 y de Procedimiento Administrativo de 1958, esas posturas críticas habían ganado totalmente la opinión científica y fué, sin duda posible, expresa la intención del legislador de recogerlas en estos nuevos textos legales.

El artículo 38 de la Ley Jurisdiccional precisó que por el transcurso del plazo legal desde la denuncia de mora

«el interesado podrá considerar desestimada su petición al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada».

Se contesta aquí, casi una por una, con la concentración propia de una expresión normativa, a todas las objeciones, que la jurisprudencia había acumulado para justificar su posición estricta. El silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de

---

(6) PÉREZ HERNÁNDEZ, *El silencio administrativo en la Ley de 18 de marzo de 1944*, en el núm. 2 de esta REVISTA, 131 ss. (recogido en *El recurso de agravios*, 118 ss.), analizó muy agudamente estas cuestiones, justificando la posición del Consejo. En el fondo, toda la posición se fundaba en este aserto, que pretende deducirse de la Ley de 1944: «El silencio administrativo no puede configurarse como una presunción de que la Administración no ha resuelto ni como una medida establecida en beneficio exclusivo del particular».

(7) *El silencio administrativo ante la doctrina jurisprudencial*, «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», octubre 1951.

(8) *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en el núm. 16 de esta REVISTA, 85 ss.

voluntad administrativa, está montado en beneficio del particular y como una facultad suya, al cual, por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar la resolución expresa (se entiende que para impugnar luego ésta, si le conviniese hacerlo), por cuanto que lo que el silencio no es, en todo caso, es una manera de pronunciarse la Administración, a la cual se recuerda por ello su estricta obligación de resolver y de hacerlo fundadamente. Hay, como se ve, en la concentrada fórmula legal, un verdadero epítome de la recta doctrina del silencio (9).

En términos prácticamente idénticos se pronunció la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 94, en su redacción originaria de 1958.

Pudo creerse definitivamente resuelta la cuestión. Era ignorar la potencia de las sutilezas argumentales cuando se empeñan en la tarea destructora de justificar una inadmisibilidad de los recursos contenciosos.

### III

Poco tiempo después de estas innovaciones legislativas, en efecto, comenzaron a aparecer Sentencias que enlazaban directamente, como si nada hubiese ocurrido, con la antigua jurisprudencia.

Se comenzó estableciendo que la ventaja que en favor del recurrente resultaba del artículo 38 de la Ley de la jurisdicción no podía interpretarse retroactivamente, concretamente cuando la denegación por silencio se había producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley (así, Sentencia de 23 de septiembre de 1960, Sala 3.ª) (10). Así se resiste a verse en la nueva formulación legal lo que en realidad es, a saber, una simple explicitación de lo que la naturaleza jurídica del silencio intrínsecamente postulaba, y se configura su solución preceptiva como una verdadera alteración de régimen legal. Tesis inadmisibles, puesto que nada en las anteriores formulaciones legales justificaba el rigor de las soluciones jurisprudenciales, construídas de arriba a abajo con meros argumentos traídos de fuera del texto legal y con principios convencionales con los que se forzaba la interpretación de éste.

(9) La Exposición de Motivos de la Ley hizo aún más explícita esta doctrina. Recordando la técnica general del acto previo, justifica el que se instituya «un régimen general de silencio administrativo mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración. El silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptualizado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado».

(10) En la «Recopilación Aranzadi», núm. 3.092, se indica, con error fácilmente localizable, «con posterioridad a la vigencia o entrada en vigor de la Ley»; debe decir «con anterioridad».

Esta posición anunciaba ya una interpretación restrictiva de la técnica del artículo 38 de la Ley jurisdiccional. Esta interpretación restrictiva se concretó en una serie de Sentencias, procedentes inicialmente de la Sala 4.<sup>a</sup> (por cierto, contra toda su tradición, pues notorio es que suele ser la más abierta en materia de admisibilidad de los recursos), que se apoyaron temáticamente sobre una distinción del régimen del silencio administrativo, según éste se produjese en vía de petición o en vía de recurso. El régimen del artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción, como el del artículo 94 de la de Procedimiento Administrativo, debía limitarse al silencio producido en vía de petición, requerido de la previa denuncia de mora, pero no era de aplicación el silencio en vía de recurso, que se produce automáticamente, sin precisar denuncia de la mora, régimen este último dentro del cual las soluciones expresas producidas una vez vencido el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, según el artículo 58, párrafo 2, de la Ley, no abren un nuevo plazo de interposición de este recurso.

En las Sentencias de 13 de noviembre de 1961, 20 de febrero y 3 de marzo de 1962, 8 de marzo y 28 de junio de 1963 se perfila esta tesis definitivamente, con un gran lujo de argumentos.

Los esquematizaremos brevemente :

- En el plano exegético : la opción que se concede en el artículo 38 para recurrir, bien la denegación por silencio, bien la resolución expresa, esperando a que ésta se produzca, no aparece formulada en los artículos 54 y 58, núm. 2, a propósito del recurso de reposición (11). Esta diferencia tiene un fundamento, porque en el silencio en vía de petición el requirente ignora cuáles son las razones en que se apoya la negativa presunta de la Administración y puede interesarle esperar a conocerlas, en tanto que en el caso de la reposición esas razones le son conocidas, en cuanto expresas en el acto contra el que la reposición se ha deducido.
- Transcurrido el plazo del año para acudir al recurso contencioso, «se produce irrevocablemente una situación jurídica de fir-

(11) En realidad, sí se formula dicha opción en el artículo 54: «1. Transcurrido un mes desde la interposición del recurso de reposición sin que se notificare su resolución, se entenderá desestimado y quedará expedita la vía contencioso-administrativa. 2. Si recayere resolución expresa, el plazo para formularlo se contará desde la notificación de la misma». Ídem para la alzada en el artículo 123 de la Ley de Procedimiento, aunque el plazo de silencio sea distinto. Este obstáculo fué fácilmente salvado por las Sentencias citadas: el párrafo 2.º del artículo 54 se refiere a la resolución expresa que pudiese dictarse «antes de transcurrir el plazo señalado por el artículo 58, 2.º». El gran argumento fué siempre por eso este último precepto, que fija el plazo de un año para acudir al recurso contencioso cuando no hubiese resolución expresa de la reposición, plazo que si bien repite (aunque en distinto cómputo) el párrafo 4 del mismo artículo 58 para los demás casos de silencio, no contiene la reserva que en este último expresamente se hace de «salvo si con posterioridad recae acuerdo expreso»; en esta diferencia entre el 58, 2, y el 58, 4, está montada, en realidad, hay que reconocer que con agudeza exegética, aunque fuese aplicada a una causa que no lo mereciese, toda esta interpretación.

meza, situación que, por tanto, no cabe alterar con el acto administrativo posterior».

- El acto tácito —*¡sic!*— en que el silencio consiste tiene el mismo valor que el expreso, con lo que si éste es posterior y contrario será inválido por implicar una revocación de oficio de un acto declaratorio de derechos (12).
- De lo contrario, se dejaría a arbitrio de la Administración el prorrogar los plazos de recurso.
- E incluso se estaría en una situación de incertidumbre contraria al principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 17 del Fuero de los Españoles (13).
- En fin, autoridad de la antigua jurisprudencia y de la de agravios, que se cita expresa y complacidamente.

Al cabo, pues, de esta evolución, hemos de nuevo en el punto de partida como si entre tanto nada hubiese pasado.

Es curioso que toda esta sutileza exegética prescindiera totalmente de los conceptos de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción, que alguna autoridad han de tener cuando se trata de interpretar la intención de sus preceptos, que es de lo que justamente se trataba. Estos conceptos (14) parecen categóricamente contrarios a esta interpretación jurisprudencial y a esta insólita rehabilitación de la jurisprudencia anterior a la Ley. Concretamente, toda la distinción entre el régimen de los artículos 38 y 54 está rigurosamente contradicha por el propio legislador, cuando en la Exposición de Motivos no sólo enuncia toda una concepción del silencio enteramente contraria a la construida tan trabajosamente por esta jurisprudencia, sino que explícitamente dice, luego de referirse al «régimen general del silencio administrativo» del artículo 38:

«Lo mismo habrá que considerar, por idéntica razón, cuando otros textos legales o reglamentarios establezcan, en beneficio de los interesados, plazos más reducidos que los que se prevén en esta Ley para que se entienda producido acto presunto».

---

(12) En el caso de la Sentencia de 8 de marzo de 1963, se declaró inválida, en efecto, la resolución *estimatoria* tardía de una reposición por este argumento. Se recayó, pues, en la tesis verdaderamente extrema de la primera jurisprudencia, repudiada expresamente por la jurisdicción de agravios, de una incompetencia de la Administración para resolver transcurrido el plazo del silencio, con un matiz, sin embargo: que esa jurisprudencia refería la incompetencia al momento posterior a la denegación por silencio, y esta Sentencia la refiere al momento posterior al plazo del año con que el recurrente contaba para acudir al Tribunal contencioso. Quizá es más artificiosa esta segunda construcción, como fácilmente se comprende, y más indefendible.

(13) Argumento utilizado, con cita expresa del precepto constitucional, en la Sentencia de 8 de marzo de 1963.

(14) Se han reproducido en la nota 9 anterior.



Esta declaración parece suficiente para contradecir esa jurisprudencia, basada toda ella sobre la distinción de dos regímenes de silencio distintos, según exista o no denuncia de mora. El que en el artículo 54 no exista tal denuncia y se otorgue un plazo más corto «en beneficio de los interesados», no altera la naturaleza esencial del silencio ni puede interpretarse como un gravamen impuesto a los interesados en cuanto que les crea una supuesta carga y no una facultad de recurrir. La razón es idéntica en uno y otro caso, vemos que dice la Exposición de Motivos, para que haya que estar al mismo régimen.

Pero el legislador iba a hablar todavía más claramente.

#### IV

La reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo por la Ley de 2 de diciembre de 1963 fué utilizada confesadamente para resolver el problema por esta jurisprudencia creado, que determinó un abandono de multitud de recursos, según fué notorio, y que dió lugar inmediatamente a una utilización descarada del silencio por la Administración para no resolver y para vedar el acceso de los interesados a los Tribunales contenciosos (15), experiencia insuperablemente expresiva.

A este efecto se dió nueva redacción al artículo 94 de dicha Ley, fiel trasunto, como ya sabemos, del 38 de la Ley de la Jurisdicción. El nuevo texto legal intercala después del mismo párrafo anterior, que es el que consagra la opción del interesado para impugnar la denegación por silencio o esperar la resolución expresa, un párrafo nuevo, que me permito transcribir:

«Igual facultad de opción 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».

El párrafo último remacha aún:

«En uno y otro caso, la denegación presunta no excluirá el deber de dictar una resolución expresa...».

---

(15) GONZÁLEZ PÉREZ ha referido el caso de las notificaciones de resoluciones en las que se dice que se da contra éstas recurso contencioso si desde la interposición de la reposición no han transcurrido un año, siendo así que la resolución misma se produce con posterioridad a este plazo, lo cual, y corroboro sin reservas su juicio, «constituye una burla para el administrado» (*La expropiación forzosa por razón de urbanismo*, en el número 45 de esta REVISTA y ahora en el libro del mismo título, Madrid, 1965, 86). Se ha olvidado de referir otras notificaciones procedentes, por cierto, en lo que me consta, del mismo Departamento, en que se comunicaba haberse desestimado el recurso «por silencio administrativo» con la misma coletilla final y vejatoria sobre la procedencia hipotética del recurso contencioso-administrativo cuando la hipótesis no se daba ya.

Ha quedado ya claro que no cabe esa pretendida distinción de régimen, a estos efectos, entre el silencio en vía de petición y el silencio en vía de recurso. El legislador ha condenado en términos inequívocos el intento de considerar el silencio de distinta naturaleza y de efectos distintos en uno y otro caso. En concreto, el silencio desestimatorio no es en ninguno de los dos casos un acto tácito susceptible de crear cualquier tipo de firmeza o de situación definitiva, sino una mera presunción legal que sólo puede utilizar en su favor el interesado, a efectos de la interposición de los recursos pertinentes, sin perjuicio de que sea facultad suya también esperar la resolución expresa, que la Administración continúa en deber de dictar; consecuencia indeclinable de todo lo cual es que la resolución tardía abre por sí misma, en los términos ordinarios, un plazo de impugnación, sin que tenga ningún sentido intentar oponer a este plazo la caducidad del que pudo utilizar el interesado para impugnar la denegación por silencio, desde el momento en que la caducidad supone una carga y no una facultad.

El Preámbulo de la Ley de reforma declara que esta modificación del artículo 94

«viene a reforzar el cuadro de garantías del administrado o la facilitación del ejercicio de sus derechos, aspectos a los que la Ley dedicó siempre especial preocupación».

Una vez más el legislador ha venido a rectificar una práctica jurisprudencial en esta materia de las «garantías del administrado y de la facilitación del ejercicio de sus derechos». Sería de desear que esta experiencia se repitiese cada vez menos, porque denota una economía insana en la relación entre Ley y jurisprudencia dentro del Derecho administrativo. La Ley debe dar unas bases muy generales, que cumple a la jurisprudencia desarrollar y perfeccionar sucesivamente, pero no degradar y resecar. Es un poco absurdo que haya tenido que ser el legislador el que imponga al Juez la técnica de la desviación de poder, o el relativismo de las formas procesales y la necesidad de un espiritualismo interpretativo, o, en fin, el que, paradójicamente, venga a recordarle, contra sí mismo, que confundir Ordenamiento jurídico y Leyes «equivale a incu- rir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones». En las condiciones cambiantes y proteicas del mundo moderno el Derecho administrativo y el sistema de garantías, en concreto, no puede evolucionar por saltos legislativos, sino por la lúcida y constante obra de una jurisprudencia con espíritu creador, creyente y entusiasta en su propia labor y en la absoluta necesidad que de la misma siente existencialmente la sociedad actual y la causa de la Justicia y del Derecho. Misión primaria de los Tribunales es contrarrestar las imperfecciones de las Leyes, no localizarlas más o menos convencionalmente para pararse en ellas, administrar, precisamente, un orden de principios permanentes frente a la fugacidad y parcialidad de las Leyes, jerarquizar en el man-

dato de éstas lo que es sustancial y básico de lo que es relativo y accesorio.

El Derecho administrativo no es susceptible de una formalización legal definitiva, como pueda serlo —aunque siempre será incompletamente— cualquiera otra de las partes del Ordenamiento codificables y codificadas. Cada vez menos, por eso, tiene sentido el que los Tribunales reclamen de la Ley una precisión técnica o verbal que «la naturaleza de las instituciones» o el sistema de garantías impongan por sí mismo, simplemente porque ello no está en la economía interna del Derecho administrativo, y, en último extremo, porque es el Juez más que el legislador el verdadero depositario del Derecho.

Así, por ejemplo, y para ceñirnos a nuestro tema, es posible que la redacción distinta entre los párrafos 2 y 4 del artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción no tenga una explicación fácil (aunque ya veremos que tampoco precisamente difícil), pero es evidente que esa explicación no puede buscarse cuando, además, consta la voluntad contraria del legislador, en una restricción del sistema de garantías y en una conversión del silencio administrativo en una carga positiva para el particular, cuando tan graves son todas las que soporta en el sistema de la justicia administrativa (16) (17). Lo natural hubiese sido constatar aquí una simple imperfección verbal en la Ley —si es que fuese preciso, lo cual es también discutible, como veremos— y atender inmediatamente a suplirla con un

---

(16) Permítaseme que remita de nuevo sobre ello a mi anterior trabajo *El principio de la interpretación más favorable, passim*, especialmente 274 ss.: «En las complicadas sirtes del proceso contencioso-administrativo y de sus supuestos previos se producen todos los días pérdidas de derechos materiales que habría que ser muy insensible a los valores jurídicos para no deplorar profundamente. Es esto lo que da a las declaraciones de inadmisión de los recursos un tinte de verdaderas denegaciones de justicia en la conciencia de los administrados, que no alcanzan a comprender lo que ellos se imaginan —y la jurisprudencia antigua no dejaba de darles la razón en ocasiones— que es una simple resistencia a enjuiciar los actos del poder político. Esa situación debe, a mi juicio, ser radicalmente rectificada. Hay que comenzar a pensar seriamente en una reforma profunda del sistema español de justicia administrativa tendente a barrer todo ese cúmulo de obstáculos, en su mayoría completamente convencionales, que cierra el paso a la tutela judicial plenaria, que es la verdadera garantía de los derechos y que no hay razón válida para condicionar, limitar o dosificar». Quienes primero deben creer en esto último son, naturalmente, los propios Tribunales.

(17) Ya sin ese nuevo juego de fechas de caducidad que la transformación jurisprudencial del silencio le echaría encima, los administrados normales tendrán que terminar por llevar un complicado libro de vencimientos análogo al de los Procuradores, con objeto de evitar firmezas irremovibles y «actos consentidos» de los que no podrán librarse ya mientras vivan. Si a ello se une la carga de tener que consultar diariamente el *Boletín Oficial del Estado* y los *Boletines Oficiales* de todas las Provincias españolas para poder conocer un posible emplazamiento (art. 64 de la Ley Jurisdiccional) en un pleito contencioso-administrativo que le afecte y que puede ser tramitado y fallado íntegramente a sus espaldas, se comprende que «el buen administrado», paralelo actual del «bonus paterfamilias» romano, tendría que ocupar a estos menesteres casi tanto tiempo como a su trabajo para que no pudiese reprochársele ninguna negligencia. Esto no es serio, dicho sea con todos los respetos, y sólo en *El castillo*, de KAFKA, puede encontrar una explicación, no ya una justificación.

sentido constructivo, sin que ello hubiese implicado la menor violación de ningún principio sustantivo, antes bien, una reafirmación de muchos de ellos, todos de primera importancia.

## V

Pero esa reforma legal tan explícita en su formulación y de intención tan inequívoca no ha sido aún, sorprendentemente, la palabra final sobre el problema. Dando una muestra verdaderamente extrema de la tendencia inercial y conservadora de la jurisprudencia, que es un rasgo común que tiene quizá con todas las formas burocráticas de organización, he aquí que con posterioridad a la Ley de 2 de diciembre de 1963 han seguido apareciendo decisiones jurisprudenciales que reiteran las viejas doctrinas. Así, las Sentencias, entre otras, de 16 de marzo, 2 y 18 de mayo, 5 de octubre y 30 de noviembre de 1964. Los argumentos son los conocidos, más la autoridad que daría esa serie jurisprudencial anterior. Por supuesto, en estas Sentencias no se encuentra ni una sola palabra sobre la nueva redacción del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que simplemente se ignora (o, al menos, no se cita). ¿Por qué?

Nos parece innecesario criticar esta jurisprudencia. Supuesto todo lo anterior, más la circunstancia de una clarificación inequívoca del problema por vía legislativa, por sí misma, nos parece, queda criticada.

## VI

Más interés tiene detenerse no ya en las quiebras y desfallecimientos de la jurisprudencia, sino en sus logros, en sus avances, tímidamente iniciados primero, confirmados con seguridad más tarde, en lucha abierta ya con las posiciones anteriores. Es el caso de nuestro tema. A la vez que esa tendencia inexplicablemente conservadora a que acabamos de referirnos seguía manifestándose, comienzan a dictarse Sentencias en que aparece ya la buena doctrina.

A la vez que esa doctrina negativa se formaba, en efecto, se encuentran también manifestaciones del mejor criterio. La Sala 3.<sup>a</sup> estableció con reiteración la verdadera naturaleza del silencio, aunque a propósito de la admisibilidad de reclamaciones económico-administrativas contra actos fiscales municipales cuando ha mediado reposición y no con referencia a la admisibilidad del propio recurso contencioso-administrativo, sin abordar, pues, directamente el supuesto escollo del artículo 58, número 2, de la Ley de la Jurisdicción. Así, la Sentencia de 19 de noviembre de 1962 (Ponente, señor JIMÉNEZ ASENJO), cuyos criterios confirma la Sentencia de la propia Sala de 25 de marzo de 1963 (Ponente, señor SILVA MELERO). Detengámonos en esta última, más explícita sobre el particular. La Sentencia confirma y hace suyos los Considerandos de la Sala

de la Audiencia Territorial de Barcelona, los cuales enuncian sin dificultad la verdadera interpretación del artículo 38 de la Ley jurisdiccional, «de acuerdo con el verdadero significado del silencio administrativo». Ello permite llanamente contradecir en forma los conocidos argumentos de la improrrogabilidad de los plazos procesales y del supuesto carácter de acto confirmatorio de la resolución expresa tardía, de acuerdo con «los términos claros del artículo 38 de la Ley y principios afirmados por la Exposición de Motivos»,

«y es que, como corresponde a la verdadera naturaleza del silencio, el transcurso del plazo no significa resolución del expediente, sino simplemente la posibilidad de acudir a la vía administrativa o jurisdiccional; pero si el particular no ejercita esta posibilidad, ideada en su favor, podrá esperar a que la Administración resuelva, y a partir de esta resolución dispondrá del plazo para impugnar la decisión administrativa».

Armado con estos principios sustanciales, no tiene luego dificultad la Sentencia en interpretar en este mismo sentido el artículo 377 de la Ley de Régimen Local y los artículos 232, 237 y 238 del Reglamento de Haciendas Locales, puesto que al disponer los mismos que por el transcurso del plazo de silencio se entiende la reposición desestimada,

«ha de entenderse, de acuerdo con lo expuesto, que se entenderá desestimado para que el particular, si lo desea, pueda interponer el recurso procedente».

Es ésta una muestra preciosa de cómo hay que interpretar un precepto legal, desde la tierra firme de un principio institucional sólido, y no con una supuesta hermenéutica aprincipal y aséptica, que, en el fondo, como tan fácil es de ver en este caso, esconde siempre un principio erróneo más o menos patente (aquí, que el silencio sea una resolución de la Administración). Creo que fué KEYNES el que observó que los llamados economistas prácticos, los que desdeñando las teorías dicen hacer uso del solo sentido común, son siempre totalmente tributarios de alguna teoría anticuada y superada. También ocurre así en los supuestos juristas prácticos que aseguran profesar un culto exclusivo a los textos legales y un desdén declarado por las doctrinas de los autores. No hay más teoría que la teoría a la práctica, y no hay práctica posible que no tenga que partir, consciente o inconscientemente, de una idea teórica previa (si así no fuese, la ciencia del Derecho sería la más absurda e injustificable de las ciencias).

La misma Sala, bajo la misma ponencia del señor SILVA MELERO, confirma esa doctrina en Sentencia de 22 de junio de 1964, ahora ya con cita expresa del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Aquí se habla ya que si se trata de aplicar los preceptos ya citados de régimen local,

«basta para llegar a idéntica solución *interpretar conforme a los principios aludidos*»

tales preceptos, confirmación expresa, pues, según lo que acaba de notarse, de la necesidad de una interpretación principal y de su facilidad, una vez que el principio está correctamente establecido.

La Sala 4.<sup>a</sup> aplica la misma doctrina en su Sentencia de 31 de octubre de 1964 (Ponente, señor BECERRIL), también a propósito de la admisibilidad de un recurso en vía administrativa y no en vía contenciosa. La Sala declara con carácter general, sin embargo, que

«a partir de la vigencia de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y de la de Procedimiento Administrativo..., el plazo para recurrir en vía administrativa o *contenciosa* se abre a partir del momento en que se notifica el acto posterior [a la denegación por silencio] expreso..., sin que pueda pretenderse que el acto posterior sea confirmatorio del anterior no expreso, pues en virtud del *principio de la garantía que el silencio administrativo*, supone en beneficio exclusivo del administrado, éste, aunque se haya producido una denegación presunta de sus peticiones, puede esperar a que la Administración, cumpliendo su obligación, dicte acto expreso y recurrirlo».

De nuevo, la invocación del principio institucional del silencio resuelve llanamente todo problema interpretativo.

## VII

Pero faltaba aún un enfrentamiento directo de la buena tesis con el texto del artículo 58, 2, de la Ley de la Jurisdicción, o, lo que es lo mismo, faltaba enjuiciar el tema de la resolución tardía y su aptitud para reabrir la admisión del recurso contencioso-administrativo cuando aquella resolución se dicta con posterioridad al plazo del año desde que la reposición fué interpuesta. Este problema acaba de ser abordado por la Sala 5.<sup>a</sup> en dos magníficas Sentencias, que tiene por ello el más grande interés estudiar aquí. Son las Sentencias de 6 y 16 de marzo, la primera bajo ponencia del señor MORA RÉCIL y la segunda del señor CERVÍ CEBRERA.

La de 6 de marzo entra derechamente en el problema. La tesis de la inadmisibilidad, basada en que el recurso contencioso se interpuso contra la resolución expresa producida más de dos años después de la interposición del recurso de reposición y, por tanto, vencido el plazo del año del artículo 58, 2, de la Ley, tesis invocada en autos por el Abogado del Estado, se rechaza expeditivamente. El artículo 58, 2, contempla

«el supuesto de que el acuerdo resolutorio del recurso de reposición sea tácito, en cuyo caso, en efecto, el plazo para interponer el con-

tencioso-administrativo será de un año, a contar de la fecha de interposición del de reposición; mas como en el presente caso ha habido resolución expresa de este último recurso, sin que obste a ello el que haya sido tardía..., el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será, de conformidad con el número 1 del mismo artículo 58 citado, de dos meses, contados desde la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición».

Como se ve, el supuesto obstáculo legal no es precisamente una montaña, y el Tribunal Supremo lo salva con absoluta simplicidad, una vez que ha eliminado el falso principio, que no está en la Ley, y que antes bien ésta condena, de que el silencio sea una manera de resolver para la Administración.

Con un completo despliegue de argumentos, para subrayar, sin duda, la seguridad del criterio, contestando ahora una por una a todas las antiguas objeciones, la Sentencia de 16 de marzo de 1965 reitera esta posición.

Comienza observando, desde la perspectiva de que el silencio es una mera presunción legal, que no cabe tal presunción cuando la Administración se ha pronunciado expresamente. Y que cuando este pronunciamiento se ha producido, «cualquiera que sea el momento en que se produzca» (18), es de aplicación el párrafo 1.º del artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción, que computa el plazo de interposición del contencioso desde los dos meses siguientes a la notificación de la resolución expresa.

Sobre el primer argumento insiste expresamente, poniéndolo en relación, con gran penetración, con la doctrina general del silencio administrativo:

«No puede darse prevalencia a las presunciones legales cuando existen actos ciertos resolutorios, ya que debe estarse a la realidad jurídica..., y más aún cuando la doctrina o normativa de la desestimación presunta no significa en forma alguna que ésta se haya producido, sino que constituye únicamente una ficción legal en beneficio de los administrados, para que, ante pereza o negligencia de la Administración en resolver, puedan éstos obtener el examen de sus presuntos derechos en la vía jurisdiccional, pero nunca cabe aceptarla como impedimento que obstaculice el conocimiento de actos expresos concretos e individualizados, pues ello iría contra los fines de dicho Ordenamiento jurídico y contra el propósito de la Ley jurisdiccional, que bien claramente consigna en su Exposición de Motivos, como deseo y voluntad de la misma, el que en el

(18) En el caso fallado por esta Sentencia la resolución expresa de la reposición se había producido dentro del plazo del año siguiente a la interposición, aunque se había notificado después. Sin embargo, el razonamiento de la Sentencia no se circunscribe a esta particularidad, no hace de la misma *ratio decidendi* (como se pretendió en la jurisprudencia de agravios: PÉREZ HERNÁNDEZ, *el recurso de agravios*, 136 ss., con base también en una Sentencia de 13 de octubre de 1947) y argumenta ampliamente para todos los casos de resoluciones expresas «tardías». La otra Sentencia estudiada no tenía, por su parte, dicha particularidad.

«régimen general del silencio administrativo» el acceso del interesado a la Jurisdicción contencioso-administrativa se producirá «si lo desea».

He aquí una magnífica justificación de un criterio interpretativo seguro: el silencio es una ficción legal, y éstas no deben sustantivarse, sino utilizarse *uti valeat*, en tanto que produce los efectos que el Ordenamiento pretende con su articulación; y estos efectos o fines, expresa y declaradamente queridos por la Ley, son justamente los de arbitrar un beneficio para el administrado y no un obstáculo, un perjuicio o una carga.

Aparece ya en esta Sentencia el inexcusable razonamiento sobre la reforma legal del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En verdad, si la posición contraria pretende realmente apoyarse en el texto y la *voluntas legis*, analizar el sentido de esa reforma legal es absolutamente ineludible; cuando no se ha hecho es que en realidad la jurisprudencia en cuestión ha pretendido vivir sobre sus propias doctrinas, sustentivándolas a través de la simple y cómoda invocación del precedente. Dice ahora la Sentencia estudiada, de 16 de marzo de 1965, tras haber expuesto la recta doctrina institucional del silencio:

«Lo que se encuentra aún más ratificado por la Ley de 2 de diciembre de 1963, que al modificar el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo del 17 de julio de 1958 y darle nueva redacción, tras estatuir en su párrafo 1.º el derecho de cualquier peticionario, una vez transcurridos tres meses de la solicitud, a denunciar la mora de la Administración en resolver y pasados otros tres de haberlo hecho, a poder «considerar desestimada su petición» a los efectos de recurrir administrativa o jurisdiccionalmente, «o esperar la resolución expresa de su petición», añade en su nuevo párrafo 2.º, que «igual facultad de opción 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», finalizando en el párrafo 3.º disponiendo que «en uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa», con lo que es manifiesto que todo interesado, tanto el que haya formulado solicitud primaria, como el que hubiere producido cualquier recurso comprendido en el procedimiento administrativo, a que se refiere la Ley que regula éste, del 17 de julio de 1958 en sus artículos 113 al 128 —los de alzada, reposición o revisión—, puede esperar a la resolución expresa de su petición, sin que la excesiva tardanza de la Administración en producirla le prive del derecho a acudir a la vía procedente contra ella, dentro de los plazos legales, una vez haya tenido lugar y aun cuando se hubieren agotado anteriormente los términos para recurrir contra las desestimaciones presuntas, si optó por no ejercitar su derecho contra éstas, por preferir esperar a conocer la resolución expresa y sus fundamentaciones».



La doctrina de estas dos Sentencias (19), absolutamente indiscutible, como hemos tratado de poner de relieve, puede entenderse que ha resuelto definitivamente, conforme al mejor criterio, el grave problema que el régimen del silencio administrativo tenía planteado desde antiguo en nuestro Derecho. Es de esperar que el Tribunal Supremo siga en adelante esta vía tan lúcida y con tanto rigor técnico emprendida por una de sus Salas, abandonando para siempre las antiguas vacilaciones y quiebras (20).

(19) Otra Sentencia de la misma Sala 5.ª, la de 6 de abril de 1965, confirma la misma doctrina, aunque en su vertiente negativa. Un particular había impugnado en vía contenciosa la denegación por silencio de un recurso de reposición dirigido contra un justiprecio expropiatorio. Pendiente el recurso contencioso y vencido ya el plazo del año del artículo 58, Z, de la Ley, la Administración resuelve expresamente la reposición, modificando la cifra del justiprecio. El recurrente no amplió el recurso contencioso contra esta resolución expresa. La Sala estima la alegación de inadmisibilidad porque «el acto administrativo objeto del presente recurso contencioso-administrativo, constituido por [la resolución originaria] y su confirmación tácita por silencio administrativo, aprobatorio de la valoración de las fincas expropiadas a que se contrae dicho recurso, ha dejado de tener existencia legal..., desde el momento en que la propia Administración que la había dictado la dejó sin efecto y la sustituyó por otro u otros actos... que rectifican las valoraciones primeramente asignadas a las fincas en resolución de los recursos de reposición interpuestos», actos estos últimos que no han sido recurridos ante el Tribunal. Se trata, en efecto, de la vertiente negativa de la doctrina de que el acto expreso prevalece frente al presunto acordado por silencio pero acaso la aplicación sea extrema en el caso concreto y de suyo no exenta posiblemente de crítica. Si el acto expreso hubiese sido un acto de contenido totalmente distinto que el combatido a través de la denegación por silencio, el razonamiento de la Sala me parece correcto. Tratándose, como era el caso, de una tasación del justiprecio de una finca, lo que habrá hecho el acto expreso es subir algo la valoración. Siempre que la nueva cifra fuese aún inferior, como es de sospechar, a la reclamada por el recurrente, no veo la menor dificultad en que la fuerza atractiva de la jurisdicción pueda seguir conociendo del caso y decidir definitivamente de la cuestión ante ella planteada, sin necesidad de requerir un nuevo proceso que no tiene verdadera independencia substancial respecto del ya planteado. Hay aquí un formalismo claro, sin verdadera justificación de fondo, y, naturalmente, contra principios materiales de superior rango. Comprobamos que en Derecho son siempre difíciles y arriesgadas las generalizaciones y en general que toda calificación es siempre «a efectos de» (lo que sea) y no a otros. Ello es debido a la estructura «tópica» o discontinua y no axiomática o lineal del orden jurídico, según la magistral caracterización de VIERWEG (ver ahora la edición española de su obra *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, y mi Prólogo a la misma, así como mi estudio *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en el núm. 40 de esta REVISTA). Lo volveremos a ver inmediatamente en el tema a que se refiere el próximo apartado de este trabajo.

(20) En prensa este trabajo, dos nuevas sentencias de la misma Sala 5.ª, y por cierto de los mismos Ponentes señores MORA RÉGIL y CERVIÁ CABRERA, las de 11 y 22 de junio de 1965, reafirman el criterio mantenido en las dos glosadas en el texto. En la de 11 de junio se dedica un Considerando a rebatir la forma de notificación criticada tan justamente por GONZÁLEZ PÉREZ (cit. *supra*, nota 15), que implica «interpretaciones que conduzcan al absurdo, puesto que la Orden ministerial contemplada sería de imposible impugnación». En la de 22 de junio se contiene una importantísima doctrina sobre la ampliación del recurso contencioso interpuesto contra la denegación por silencio a la resolución expresa posterior, en la línea de nuestro comentario de la nota anterior. Se rectifica expresamente una doctrina jurisprudencial, citando incluso las sentencias que la establecieron, de que

## VIII

Para concluir con los aspectos sistemáticos del tema conviene hacer una importante salvedad, y es la relativa al régimen del silencio positivo o estimatorio. Las conclusiones que acabamos de obtener no son de aplicación a este supuesto del silencio estimatorio, y en concreto respecto al punto clave de si la Administración puede o no volver sobre la decisión presunta o por silencio. En el caso del silencio positivo la jurisprudencia ha visto certeramente que no cabe aceptar que la Administración resuelva en forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular (o de otra Administración) por el transcurso del plazo de silencio. Los pronunciamientos son reiterados en este sentido. Recordemos algunos entre los más recientes:

*Sentencia de 3 de octubre de 1963* (Sala 4.ª, Ponente, señor BECERRIL): «Que alegada en la demanda, como motivo o causa que fundamenta el recurso, la existencia en el presente caso de un otorgamiento tácito de la licencia en virtud de la aplicación de la doctrina del silencio positivo, y según lo prescrito en los apartados 5.º y párrafo c) del 7.º del artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, dado que la licencia fué solicitada por escrito fecha de 2 de marzo de 1958, que tuvo entrada en el Registro General de la Corporación, aunque no consta la fecha exacta, si bien en 2 de abril siguiente estaba ya practicada la liquidación y pago de derechos provisionales, siendo desestimada por Decreto-acuerdo fecha 28 de mayo de 1958, y cualquiera que sea el sistema de cómputo que se acepte, resulta notorio que transcurrieron con exceso los plazos previstos para que el acto tácito aprobatorio de la licencia tuviese existencia en Derecho, dado que la documentación presentada estaba completa de acuerdo con la Ordenanza, fueron liquidados los derechos provisionales y de un examen del expediente no hay base alguna para poder sostener que la demora pueda imputarse al solicitante; de todo ello, en base de lo dispuesto en el artículo 9.º del Reglamento de Servicios y demás concor-

---

la ampliación de la acción judicial requiera un escrito individualizado deducido con anterioridad a la demanda; dice la sentencia de 22 de junio de 1965: «realmente no existe obligación legal de cumplir dicho requisito, bastando que se deduzca la petición en la forma que sea e incluso en aquélla, y menos ante el criterio espiritualista que inspira la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que no permite se establezcan condiciones formalistas no dispuestas expresamente y que obliga a interpretar con amplio criterio cuanto concierne a las circunstancias adjetivas de los actos que las partes deban verificar en los procedimientos jurisdiccionales correspondientes»; acepta por ello que la ampliación se efectuase en la demanda, por no constar en el expediente que la resolución expresa hubiese sido notificada al recurrente con anterioridad a la entrega por el Tribunal de dicho expediente para formalizar la demanda. Esta sentencia es un magnífico modelo, en verdad, del mejor criterio interpretativo constructivo en materia de admisibilidad de los recursos. La deliberación con que rectifica una anterior interpretación formalista es un ejemplo.

dantes, es dable concluir que la licencia de apertura solicitada fué concedida por acto tácito, ante la pasividad de la Administración, y de dicho acto surgieron en favor del administrado unos derechos que la Administración no puede desconocer, dictando un acto posterior—el recurrido— que implica una revisión de oficio de un acto administrativo creador de derechos y protegido por lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley de Régimen Local; aquí no se da la hipótesis de haberlo dejado sin efecto al resolver la reposición, sino que lo que se hizo es sencillamente silenciarlo, y al dictar otro acto de contenido enteramente contrario, implica su revocación; por ello, el recurso tiene que ser estimado, ya que el acuerdo recurrido infringe el artículo 369 de la Ley de Régimen Local, aunque admitamos que el acto denegatorio de la licencia no está ajustado a la Ordenanza correspondiente; mas, insistimos, al existir un acuerdo de la misma Corporación —aunque sea tácito— que concedía la licencia, no puede ser revocado por la Corporación, más que a través del correspondiente recurso de lesividad».

*Sentencia de 23 de octubre de 1964* (Sala 4.ª, Ponente, señor ROBERES GARCÍA): «Que la cuestión que se debate en el presente recurso de apelación se reduce a decidir si debe prevalecer el Decreto de la Alcaldía de Madrid de 14 de julio de 1962, por el que se denegó a doña María S. M. licencia para despacho de leche con estable en la casa número 322 de la calle de López de Hoyos, de esta capital, o si debe confirmarse la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso que estimó concedida tal licencia por silencio administrativo positivo, por haber transcurrido más de un mes a partir de la fecha de la solicitud sin que hubiera recaído resolución a la misma; por aplicación que hace el Tribunal de la Audiencia de Madrid del número 5.º del artículo 9.º del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales [debe decir de Servicios de las Corporaciones Locales], en su relación con el número 4.º y con el apartado c) del número 7.º del mismo artículo del Reglamento: única cuestión ésta de aplicación del silencio administrativo positivo, que fué objeto del presente recurso. Partiendo la Sentencia recurrida de que la solicitud de apertura del establecimiento se produjo por doña María S. antes del 31 de mayo de 1961, y de que su solicitud no se resolvió hasta el 14 de julio de 1962, tal Sentencia del Tribunal inferior no puede ser combatida, como hace el Ayuntamiento en el escrito de apelación...».

*Sentencia de 3 de noviembre de 1964* (Sala 4.ª, Ponente, señor FERNÁNDEZ HERNANDO): «Que en la presente relación, a través de la cual el Ayuntamiento de B. impugna la Sentencia dictada el 23 de noviembre de 1963 por la Sala de lo Contencioso-administrativo de Vizcaya, se replantea ante la Sala con identidad de presentaciones y de alegatos fácticos y jurídicos la cuestión litigiosa suscitada

en primera instancia y que sintéticamente consiste en discernir si los Acuerdos emitidos por la Corporación municipal apelante con fecha 22 de octubre y 19 de noviembre de 1962, ordenando al apelado don Servodeo A. B. la suspensión de las obras que realizaba en la carretera de Albóniga, para construir una casa triple con un total de 15 viviendas de renta limitada subvencionadas, son válidos y obligatorios en cuanto fundados en que el constructor carecía de licencia de edificación y además el solar no tenía alcantarillado; o, por el contrario, improcedentes y anulables en atención a que la licencia se había obtenido por silencio administrativo y el edificio proyectado disponía de saneamiento. Que al relacionar tales preceptos con el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que admite por vía de excepción el efecto positivo del silencio en materia de autorizaciones, y con el 369 de la Ley de Régimen Local, enunciador del principio de irrevocabilidad de los acuerdos municipales declaratorios de derechos subjetivos, se evidencia que *al revés de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo*, la Administración no puede en ninguna de sus esferas desconocer, contradecir ni alterar, mediante la emanación de un acto posterior expreso, la situación jurídica consolidada al amparo del tácito originario, ya que el conjunto de facultades que para el administrado derivan de las autorizaciones *ex lege* que el mismo implica, gozan de idénticas garantías de estabilidad y permanencia que si hubieran sido otorgadas de modo expreso, como declararon las Sentencias de la Sala de 29 de enero y 8 de junio de 1961 y 23 de noviembre de 1962».

En la última Sentencia, como se ve, el Tribunal Supremo contrapone con absoluta precisión el régimen del silencio positivo con el del silencio negativo.

¿Por qué esa flagrante diferencia de régimen en uno y otro caso? Sencillamente, porque el silencio positivo y el negativo son instituciones esencialmente diversas, como ha visto penetrantemente esta jurisprudencia, pese a utilizar ambas la técnica formal común de la presunción legal realizada sobre un transcurso de tiempo sin que la Administración resuelva. El silencio negativo, ya lo sabemos, es un arbitrio para permitir al particular impugnar los actos administrativos (cuando los recursos previos contra los mismos no se resuelven) o la falta de declaración de tales actos (cuando se trata de una petición originaria y no impugnatoria que no se resuelve); es, pues, un arbitrio que opera enteramente en el orden del procedimiento impugnatorio y a sus fines exclusivos. En cambio, el silencio positivo estimatorio no tiene nada que ver con esta finalidad. Es una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave las exigencias de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa previa; el silencio positivo viene en rigor a sustituir esta técnica de la autorización o aprobación previas por la de un veto (aunque tenga que presentarse

en la forma convencional de denegación del acto requerido) (21) durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado.

Si acertamos a penetrar la idea básica de esta institución, que domina y explica su mecanismo formal, y no al revés, y que es, como siempre, la clave interpretativa de la misma y de todas sus aplicaciones (22), se comprende fácilmente que, en efecto, no pueda reconocerse a la Administración una facultad de volver sobre el otorgamiento positivo que el particular o el ente tutelado, en su caso, han ganado definitivamente en su patrimonio por ministerio de la Ley. La jurisprudencia aplica con todo acierto la regla de la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos (23). La posibilidad de aplicación de esta regla supone que el otorgamiento por silencio de la autorización o aprobación solicitadas es el otorgamiento de un verdadero acto administrativo, lo que no era el caso, según vimos, del silencio denegatorio. ¿Por qué en un caso sí y en otro no? El Derecho, ya lo hemos dicho incidentalmente, no es una construcción de *l'esprit de système*. No es que carezca de lógica, es que tiene su lógica propia, que no es la de los grandes esquemas expositivos, sino la de servir las necesidades sociales, en vista de las cuales están montados esos sutiles arbitrios que son las instituciones singulares.

El Tribunal Supremo ha acertado a verlo así definitivamente, y ha dado con ello otra excelente lección de comprensión, en un tema resbaladizo y difícil y de considerable significación práctica dentro del sistema de garantías.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.  
Catedrático de la Facultad de Derecho  
de Madrid.

---

(21) En términos más rigurosos podría precisarse así: cuando existe silencio positivo, más que ante la técnica de intervención de sometimiento de una actividad a autorización previa nos encontramos ante la técnica de la carga de comunicación del proyecto a la Administración con facultad de ésta de dictar una orden prohibitiva durante un plazo preclusivo. Enmascara esta realidad sustancial el hecho de que la comunicación del proyecto se presente bajo forma de solicitud de autorización y que la orden prohibitiva, a su vez, adopte el carácter y se instrumente como una denegación de la autorización solicitada. Pero se trata de una simple ficción legal, motivada por la facilidad que proporciona el referirse a la técnica autorizativa, que es la más perfilada, así como la más habitual (no pretendemos estudiar aquí todos los problemas del silencio positivo).

(22) *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales*, cit., 219 ss., y el Prólogo a la obra de VIEHWEG, también citado.

(23) Como podría aplicar, desde la perspectiva de la conversión de técnicas de intervención —*supra*, nota 21—, la regla de la incompetencia administrativa *ratione temporis*. Vid. el estudio de AUBY, *L'incompétence «ratione temporis»*. *Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps*, «Revue de Droit Public», 1953, 5 ss.

