

# El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional \*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DISTRIBUCION DEL PODER SOBRE EL TERRITORIO: 1. Estado centralizado y silencio positivo. 2. La distribución del poder sobre el territorio: A) El silencio administrativo en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas: a) Inadecuación de la figura del silencio. b) El silencio como posible técnica de integración del ejercicio de competencias. B) El silencio positivo en las relaciones entre el Estado o las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales: a) Compatibilidad del principio de autonomía y del control de legalidad. b) La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. III. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DERECHOS CONSTITUCIONALES: 1. Derechos de carácter liberal: A) Libertades y derechos del individuo aislado. B) Derechos cuyo ejercicio se realiza en relación con otras personas. C) Derechos de contenido económico: en especial la propiedad. D) Silencio y principio de legalidad: ambivalencia del silencio. 2. Derechos de tipo democrático. 3. Los denominados derechos de carácter económico y social. IV. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 1. Silencio en vía de petición. 2. Silencio y plazos preclusivos: A) En vía administrativa. B) En vía contenciosa. 3. Silencio administrativo y conflicto de intereses privados. 4. Silencio administrativo y carácter revisor de la jurisdicción. V. CONSIDERACION FINAL.

## I. INTRODUCCION

Las instituciones jurídicas cobran todo su significado cuando se contemplan desde la perspectiva de la función que cumplen en el sistema jurídico, y, dentro del mismo, en orden a la realización de los valores y principios a los que sirve todo el conjunto, de forma expresa o implícita. Este es el sentido profundo de cada institución, que faci-

---

\* Artículo escrito para el libro-homenaje al Prof. don José Luis VILLAR PALASÍ.

lita su comprensión acabada y que no puede enmascararse a pretexto de la neutralidad de la ciencia jurídica (1).

La ciencia jurídica se elabora y reelabora todos los días en atención a ciertos valores y principios que pueden ser, o no, los vigentes políticamente. En el primer caso, especialmente cuando existe un consenso social sobre tales principios y valores, la conexión aparece normalmente, y puede determinarse sin graves dificultades; en el segundo, en la medida en que el jurista pretende conseguir que el sistema jurídico funcione de acuerdo con unos valores y principios no acordes con los oficiales, no puede resaltar, como resulta obvio, la fractura existente entre éstos y los que inspiran las soluciones que propone (2).

Podría pensarse que el silencio administrativo es una institución de carácter meramente técnico que, como tal, no guarda ninguna conexión con los valores y principios jurídicos imperantes en cada época. No es ésta, como ya se comprende, la tesis que aquí se sostiene; y si bien no puedo detenerme ahora en la evolución del silencio administrativo, sí será fácil mostrar la conexión indicada partiendo de la Constitución, en la que se plasman los valores y principios inspiradores del sistema jurídico.

Así, el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución, consagra como valores superiores del Ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1). Estos valores vienen a sintetizar dos siglos de evolución y se reflejan en los derechos que reconoce la Constitución (3), de cuño liberal, de carácter democrático y de tipo social (4). Al servicio de estos valores se es-

(1) Que no puede confundirse con la objetividad de la ciencia, la cual debe elaborarse en atención a la realización de valores y principios, por medio de categorías generales. En cuanto a los principios jurídicos como fundamentos del Derecho, *vid.* GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, páginas 289 y ss.

Ello es bien visible en nuestra Constitución, que consagra en su artículo 1 los valores superiores del Ordenamiento —liberal, igualdad, justicia y pluralismo político—, en función de los cuales, y de su consecución, se estructura el sistema jurídico. En definitiva, como puso de relieve RIVERO, *Les libertés publiques*, Ed. Presses Universitaires de France, t. I, 1973, todo sistema jurídico nacional, en su nivel más profundo, es la expresión de un cierto número de valores, de una concepción del hombre y de la sociedad.

(2) Nuestra reciente experiencia constitucional es la mejor prueba de las afirmaciones del texto. En efecto, la Constitución refleja en determinados aspectos soluciones propuestas por la doctrina e incluso reflejadas en la legislación, en un contexto político distinto.

(3) La concepción de los derechos del hombre y del ciudadano como fundamento de la Constitución aparece clara en las primeras Constituciones francesas. Así, la de 3 de septiembre de 1791 viene precedida por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y el preámbulo de la propia Constitución afirma que «l'Assemblée Nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions que blessaient la liberté et l'égalité des droits».

(4) Precisamente esta acumulación de derechos es el fruto de las aportaciones sucesivas de las tres revoluciones que, como indica RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, trad. esp., Ed. Pegaso, Madrid, 1944, p. XCIII, se encontraban presentes en la Revolución francesa. Por otra parte, la mera lectura de las primeras Constituciones francesas evidencia esta presencia; así, en la Constitución jacobina del año I, 24 de junio de 1793, en concreto en la Declaración de Derechos que precede a su articulado, se reconocen, junto a los derechos de cuño liberal, otros de carácter democrático y de tipo social.

estructura el Estado y la organización política de una forma determinada, que se traduce, por lo que ahora interesa, en una distribución del poder no sólo en sentido clásico u horizontal, sino también en sentido vertical (5). La distribución del poder sobre el territorio aparece así como una garantía de la libertad: de la libertad individual y del respeto a las características culturales y peculiaridades históricas de las diversas nacionalidades y regiones que integran la Nación española (6).

Podemos ahora preguntarnos qué tiene que ver todo esto con el silencio administrativo. La respuesta a esta interrogante es justamente el contenido del presente trabajo.

## II. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DISTRIBUCION DEL PODER SOBRE EL TERRITORIO

1. La doctrina jurídica ha tendido a identificar la Revolución francesa con la revolución liberal y la revolución liberal con la centralización. Ello es, a reserva del mejor juicio de los historiadores, una simplificación, que no valora adecuadamente la existencia de diversas revoluciones en el seno de la Revolución, y cómo la dinámica de las fuerzas e intereses en presencia y la consecución del objetivo de sustituir una sociedad estamental por una sociedad clasista conducen a la centralización y a la dictadura de Napoleón, que consagrará el cambio de la estructura social (7).

Pero, en fin, dejando aparte estas disquisiciones, es lo cierto que el Estado español será en la mayor parte del siglo XIX un Estado centralizado, en el que la distribución del poder sobre el territorio se produce débilmente en el nivel local, cuya organización es uno de los caballos de batalla entre moderados y progresistas; situación que, con el paréntesis de la Segunda República —y otros antecedentes que podrían citarse, como la Mancomunidad de Cataluña—, se acentúa a partir de 1939 (8), hasta llegar a la Constitución, que introduce un cam-

(5) Sobre el principio de división de poderes en la época actual y las funciones que cumple, *vid.* GARCÍA PELAYO, «El Estado social y sus implicaciones», en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pp. 57 y ss.

En relación con los controles verticales del poder, LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Ed. Ariel, Barcelona, 1964, pp. 353 y ss.

(6) Así, el artículo 2 de la Constitución garantiza «el derecho» a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española, y el artículo 137 se refiere a las «características históricas, culturales y económicas comunes».

(7) Sobre todos estos puntos, en los que, como es obvio, no puedo detenerme, es de interés la lectura de las obras correspondientes a este período incluidas en la *Nouvelle Histoire de la France Contemporaine*, Ed. Seuil, 1972: M. VOVILLE, *La Chute de la Monarchie*; M. BOULOISEAU, *La République jacobine*; D. WORONOFF, *La République bourgeoise*, y L. BERGERON, *L'épisode napoléonien*.

(8) Sobre la evolución del régimen local español es de consulta obligada la obra colectiva dirigida por S. MARTÍN RETORTILLO *Descentralización administrativa y organización política*, tres tomos, Ed. Alfaguara, Madrid, 1973.

bio fundamental al consagrar la distribución del poder sobre el territorio en sus artículos 2 y 137 —entre otros— (9).

En un Estado centralizado, el Estado ejerce una función de tutela sobre los demás entes territoriales. Y al servicio de esta tutela se utiliza, entre otras, una determinada técnica, que es la del silencio positivo.

A tal efecto, en los supuestos en que los actos de las Corporaciones Locales han de ser objeto de aprobación o autorización por parte del Estado, el silencio durante un determinado período de tiempo se interpreta en sentido positivo, es decir, en el sentido de que se ha otorgado la autorización o aprobación. Y la razón es muy simple: desde la perspectiva política no interesa intervenir en cada caso (lo que requeriría una Administración mastodóntica), sino tener la posibilidad de hacerlo, como reflejo de la posición de subordinación de los entes locales y otras Corporaciones respecto del Estado; por otra parte, desde una perspectiva técnica, debe tenerse en cuenta que las Corporaciones Locales actúan en función de la consecución del interés general, peculiar o propio, lo que justifica que el silencio se interprete en sentido positivo. Esta concepción es, por lo demás, lo que refleja el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de aplicación supletoria a las Corporaciones Locales (10).

2. Ahora bien, la Constitución consagra el principio de autonomía en su título VIII, «De la organización territorial del Estado», que desarrolla y complementa su artículo 2. El Estado ya no se configura como un Estado centralizado, sino como una institución compleja, como un Estado compuesto (11). Y la distribución del poder sobre el territorio se produce a través de la institucionalización de las Comunidades Autónomas —dotadas de autonomía política— y de las Corporaciones Locales —dotadas de autonomía administrativa— (12).

(9) El artículo 2, como es sabido, se refiere a las nacionalidades y regiones, mientras que el artículo 137 contiene una formulación más general al decir que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses».

(10) De acuerdo con el artículo 1.4 de la misma, si bien en el momento actual debe tenerse en cuenta la distribución del poder sobre el territorio operada a partir de la Constitución, que sólo reserva al Estado la competencia exclusiva —art. 149.1.18— en orden al «procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas». De ahí que la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 establezca que «las entidades locales se rigen en primer término por la presente Ley», y además, en cuanto al procedimiento administrativo: «a) Por la legislación del Estado y, en su caso, la de las Comunidades Autónomas, según la distribución constitucional de competencias. b) Por las ordenanzas de cada Entidad».

(11) Configuración a la que se ha referido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias y que se inspira, respectivamente, en SANTI ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico*, 2.ª ed., 1945, Sansoni, Firenze, p. 32, y en HAURIOU, *Précis del Droit constitutionnel*, 2.ª ed., Sirey, 1929, p. 122.

(12) A la distinción entre una y otra autonomía se ha referido el Tribunal Constitucional reiteradamente a partir de la primera sentencia del Pleno del mismo, núm. 4/1981, de 2 de febrero, Fundamento Jurídico 3.

Esta nueva configuración del Estado pone ya de manifiesto la necesidad de considerar si el silencio positivo —en cuanto manifestación de una técnica de tutela— puede existir, o seguir existiendo, en las relaciones entre entes territoriales.

A) En primer lugar, me refiero al silencio positivo en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en las cuales difícilmente puede utilizarse el silencio como técnica de tutela o, en términos más amplios, de control, dado que estas entidades gozan de autonomía política (13), aunque no puede descartarse que el silencio se utilice como vía para integrar el ejercicio de competencias del Estado y de la Comunidad en un procedimiento único. Distingamos ambos supuestos.

a) La utilización del silencio como técnica de control, en conexión con el sometimiento de determinados actos de las Comunidades a autorización o aprobación del Estado, parece difícilmente compatible con la configuración constitucional de las Comunidades, y en concreto con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución, de acuerdo con la cual:

«El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley.

b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.

c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.

d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.»

De acuerdo con este precepto, con carácter general, parece claro que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias asumidas en sus Estatutos, no están sujetas a un control de su actividad que implique someter sus actos al otorgamiento de autorizaciones o aprobaciones (14), por lo que ha de excluirse la aplicación del silen-

---

(13) Lo cual supone una libertad de actuación en el ejercicio de sus competencias dentro del marco constitucional y estatutario. Como indicó el Tribunal Constitucional en su sentencia 32/1981, de 28 de julio, Fundamento Jurídico 5, con relación a la competencia asumida por las Comunidades en materia de régimen local, en la que las bases se encuentran reservadas al Estado, «la fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario. En el respeto de esas condiciones básicas, por tanto, las Comunidades Autónomas podrán legislar libremente».

(14) Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el sistema de controles en la relación Estado-Comunidad no se agota con los que enuncia la Constitución, sino que ha de ser completado

cio positivo en conexión con tales aprobaciones o autorizaciones, ya que son inexistentes.

Problema distinto es el relativo a los controles en el ejercicio de funciones delegadas por el Estado —mediante Ley Orgánica—, al margen de las asumidas en los Estatutos, pues en este caso la propia Constitución establece en su artículo 150.2 que la ley preverá «las formas de control que se reserve el Estado», por lo que podría pensarse que pueden establecerse técnicas de control consistentes en el otorgamiento de autorizaciones o aprobaciones por parte del Estado, con aplicación del silencio positivo en caso de que transcurra un cierto período de tiempo sin otorgarlas. No es éste, sin embargo, el sentido de la regulación constitucional.

En efecto, una interpretación lógica y sistemática de la Constitución —artículo 150.2 en conexión con el 153.b), antes transcrito— conduce a la conclusión de que el control directo del ejercicio de funciones transferidas o delegadas sólo puede ejercitarse mediante actos expresos y previo dictamen del Consejo de Estado, por lo que no parece que ni aun en este caso —de funciones transferidas o delegadas al margen de los Estatutos— pueda ser de aplicación el silencio positivo (15).

b) Una cuestión diversa de la anterior es la de si el silencio positivo puede utilizarse como una técnica para integrar el ejercicio de competencias del Estado y de la Comunidad en un procedimiento único.

Este problema se plantea porque, como es sabido, la Constitución configura las competencias reservadas al Estado y las asumibles por las Comunidades Autónomas —de mayor o menor nivel de autonomía— en atención a una distribución por materias. Ahora bien, la realidad no coincide con esta distribución material, por lo que es necesario preguntar si es posible regular un procedimiento en el que intervengan tanto la Administración del Estado como la de la Comunidad o Comunidades Autónomas afectadas y en el que se atribuya valor positivo al silencio de la Administración o Administraciones a las que no corresponda la decisión final.

Se trata, como fácilmente se comprende, de un tema delicado. Por una parte, el entrecruzamiento de títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas es una realidad (16), y la convenien-

---

con aquellos que puedan definir los Estatutos, e incluso, por remisión de los Estatutos, determinadas leyes del Estado. En este sentido, en materia de enseñanza, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1982, de 22 de febrero, Fundamento Jurídico 7.

(15) Estas leyes orgánicas de transferencia o delegación son un importante elemento de racionalización del sistema, en cuanto permiten superar disfunciones derivadas de la desigual asunción de competencias por cada Comunidad. En la línea del texto debe señalarse que la reciente Ley Orgánica de 30 de julio de 1987, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y por cable, regula como técnicas de control la suspensión de actos y acuerdos y la revocación de la delegación, además del deber de facilitar información.

(16) Problema estudiado por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, que ha señalado la necesidad de buscar soluciones de cooperación para armonizar el ejercicio de las com-

cia de articular su ejercicio parece clara; pero, por otra, debe evitarse que al hilo de esta articulación se produzca un vaciamiento de las competencias reservadas por la Constitución al Estado o de las asumidas por las Comunidades Autónomas (17). En cualquier caso, lo que sí resulta claro es que cualquier Administración que en el ejercicio de su competencia pueda percutir en las que corresponden a otras debe darles audiencia (18); pero no resulta igualmente claro que al silencio de tales Administraciones pueda otorgársele —por ficción legal— valor alguno, ni positivo ni negativo.

B) En segundo término, es necesario referirse al silencio positivo en las relaciones entre el Estado o las Comunidades Autónomas, de una parte, y las Corporaciones Locales, de otra.

a) A tal efecto, es necesario señalar que la autonomía administrativa de estas Corporaciones es compatible con un control de legalidad de sus actos cuando afectan a intereses públicos de ámbito superior, e incluso de oportunidad en supuestos excepcionales. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional a partir de su conocida sentencia 4/1981, de 2 de febrero, *BOE* de 24 de febrero; en esta sentencia —Fundamento Jurídico 3—, después de afirmar que la Constitución contempla la necesidad de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, como consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación, añade:

«Posición de superioridad que permite afirmar... que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un *control de legalidad* sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos o indeterminados que sitúen a las Entidades Locales en una posición de subordinación o dependencia *quasi* jerárqui-

---

petencias concurrentes sobre el territorio (puertos de interés general y urbanismo, por ejemplo), si bien en caso de conflicto las Comunidades Autónomas no pueden perturbar el ejercicio de las que la Constitución reserva en exclusiva al Estado, lo que no es sino una consecuencia obligada de la supremacía de la Constitución. En este sentido, la sentencia 77/1984, de 3 de julio, que resolvió el conflicto planteado por el Gobierno contra resoluciones dictadas por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas del Gobierno Vasco, por las que se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y su comarca y el Plan Especial para la ejecución de la solución Ugaldebieta.

(17) Por ello el Tribunal Constitucional, que ha reiterado en diversas sentencias el carácter necesario, y aun imprescindible, de la colaboración del Estado y de las Comunidades Autónomas, se ha referido también reiteradamente a la necesidad de que el Estado, en ejercicio de sus competencias, no produzca un vaciamiento de las asumidas por las Comunidades Autónomas.

(18) En esta línea, aunque con una formulación más amplia, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 establece en su artículo 58.2, párrafo último, después de referirse a la creación de órganos de colaboración de las distintas Administraciones, que, en todo caso, las Administraciones que tengan atribuidas la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deberán otorgar a las restantes una participación que permita armonizar los intereses públicos afectados.

ca de la Administración del Estado ni otras entidades territoriales. En todo caso, *los controles* de carácter puntual *habrán de referirse normalmente* a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la Entidad Local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la Entidad...

En cambio, la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en que la decisión correspondiente a la "gestión de los intereses respectivos" fuera objeto de un *control de oportunidad* de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse con otra Administración. Ello, naturalmente, salvo excepción que pueda fundamentarse en la propia Constitución, como se comprobará más adelante.»

De acuerdo con esta doctrina, resulta compatible con el principio de autonomía el que determinados actos de las Corporaciones Locales se encuentren sometidos a autorización o aprobación por parte de la Administración del Estado.

b) Dentro de este marco constitucional, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local viene a regular las relaciones interadministrativas (capítulo II del título V), de forma tal que parece excluir el sometimiento a autorización o aprobación de los actos de las Corporaciones Locales por parte de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente, salvo en los denominados procedimientos bifásicos, en los que la aprobación es el acto resolutorio del procedimiento y no un acto de fiscalización (19). Esta regulación responde a la filosofía de la Ley expuesta en la Exposición de Motivos, de acuerdo con la cual:

«Por lo que hace a las relaciones interadministrativas, salta a la vista la radical inadecuación del mantenimiento en el nuevo y compuesto Estado constitucional de las técnicas y las categorías cristalizadas en el Estado centralista y autoritario...

El principio constitucional de autonomía y el administrativo de la descentralización, en que se fundamenta el nuevo Estado, implican las diversificaciones de los centros de poder público administrativo y la actuación de cada uno de ellos en su ámbito propio, con plena capacidad y bajo la propia responsabilidad, es decir, impiden la atribución a alguno de ellos de facultades de control que recaigan sobre la actividad en general de los otros y que

---

(19) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 466, formuló la distinción, como es sabido, entre la aprobación como acto de tutela clásico y la aprobación que se produce en el procedimiento bifásico, en el que sólo hay un acto administrativo final que resuelve el procedimiento, y los anteriores son simples trámites previos a él, como en cualquier otro procedimiento, pero con la característica de que se dictan por un ente público distinto del que tiene que resolver.



supongan una limitación de la capacidad de éstos. Ciertamente que ello no significa en modo alguno la invertebración del poder público administrativo, pues simultáneamente juega el principio de unidad y su traducción administrativa en los de coordinación y eficacia. Sucede sólo que ya no es legítima la realización de esos valores por las vías expuestas; antes bien, ha de ser el resultado del juego mismo de la vida institucional desde sus presupuestos de representatividad democrática y gestión autónoma de las propias competencias...»

En la aplicación de este criterio, la parte dispositiva de la Ley, al regular las relaciones interadministrativas (capítulo II del título V), no se refiere a la autorización o aprobación de actos de las Corporaciones Locales por parte de la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad. Únicamente puede verse una referencia implícita a la aprobación en el artículo 62 de la Ley Reguladora de las Bases, que regula los procedimientos bifásicos, en los cuales, como es sabido, cada fase se tramita ante una Administración Pública, teniendo sólo carácter resolutorio el acto final (20).

No puedo detenerme ahora en el estudio de una cuestión tan importante como es la de determinar si caben supuestos de relaciones interadministrativas al margen de las configuradas por la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, o si ésta ha venido a excluirlas, en cuanto cumple la función de establecer un mínimo común denominador normativo en todo el territorio nacional. A mi juicio no podría sostenerse, con carácter general, que cualquier ley, sectorial o no, puede establecer otras técnicas de relación distintas, a no ser que se trate de otra ley básica, dado que vendrá también a establecer un mínimo común denominador de carácter especial en la materia de que se trate (21).

---

(20) El mencionado artículo 62 establece en su párrafo primero que «en aquellos casos en que la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias en la materia, las leyes reguladoras de la acción pública en relación con la misma asegurarán, en todo caso, a las entidades locales su participación o integración en actuaciones o procedimientos conjuntamente con la Administración del Estado y/o con la de la Comunidad Autónoma correspondiente, atribuyéndole a una de éstas la decisión final».

Este precepto se está refiriendo a los procedimientos bifásicos. Y dado que el capítulo de la Ley dedicado a configurar los distintos tipos de relaciones interadministrativas sólo se refiere a la aprobación en el procedimiento bifásico, parece que una interpretación lógica conduce a la conclusión de que las aprobaciones que puedan establecerse en leyes sectoriales —previstas en el artículo 52— han de incluirse en el seno de procedimientos de este tipo; ello en cuanto se refiere al ejercicio de competencias propias del municipio, y dejando aparte las posibilidades de control que ofrece el supuesto de delegación de competencias en las Corporaciones Locales, prevista en los artículos 27 y 37 de la Ley Reguladora.

(21) La relación entre la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y las leyes sectoriales ha sido el tema de mi participación en las Jornadas Jurídicas de Lérida, de próxima publicación; por ello, baste ahora decir de forma sintética:

Pues bien, en este contexto debe señalarse que el Texto Refundido de las disposiciones Legales vigentes en materia de régimen local contempla diversos supuestos de autorizaciones y aprobaciones en relación con actos de las Corporaciones Locales, en las cuales será de aplicación el silencio positivo (22).

En definitiva, la autorización o la aprobación se siguen utilizando como técnicas de control, si bien, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, antes expuesta, tales controles ya no pueden tener el alcance propio de la tutela en un Estado centralizado.

### III. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

La Constitución concreta los valores superiores del Ordenamiento en un conjunto de derechos y libertades y en los denominados «principios rectores de la política social y económica», que reflejan las aportaciones que se han ido produciendo a partir de la Revolución francesa, tanto de carácter liberal y democrático como de tipo social (23).

1. Los derechos de cuño liberal, en cuanto se configuran inicialmente como una esfera exenta de la intervención del Estado, salvo por razones de orden público (24), son los más indicados para que las po-

- que, como ha declarado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones a partir de las sentencias 1/1982, de 28 de enero, Fundamento Jurídico 1, y 32/1983, de 28 de abril, Fundamento Jurídico 2, lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una materia determinada «es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación», porque con ellas se proporciona al sistema normativo un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias;
- resulta así claro que cada Comunidad, al desarrollar sus competencias en materia de régimen local o sectoriales, ha de respetar este mínimo denominador común. Y es claro también que el Estado no podrá establecer otras formas de intervención en una ley ordinaria sectorial que no sea a su vez básica (por ejemplo, en materia de urbanismo, en la que todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas); porque entonces, al ser la legislación del Estado de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que no hubieran dictado sus propias leyes sectoriales, quedaría roto ese mínimo denominador común;
- he aquí, en definitiva, cómo se puede matizar la regla tradicional en materia de fuentes de la prevalencia de la ley especial sobre la ley general, con la importante excepción de que la ley general de carácter básico prevalece sobre la ley especial o sectorial ordinaria de carácter básico.

(22) Disposición transitoria primera de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el mencionado Texto Refundido (arts., entre otros, 14, 79 y 92).

(23) En el texto se sigue más adelante la clasificación de Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Alianza Editorial, Madrid, 1982, especialmente p. 175.

(24) Si bien, como ha puesto de relieve J. SALAS, «Protección judicial ordinaria y recurso de amparo», en *REDA*, núm. 27, pp. 553 y ss., en el régimen constitucional vigente se está produciendo una «desadministrativización» y la correlativa intervención casi exclusiva de los Tribunales, al menos respecto de ciertos derechos.

sibles intervenciones de la Administración se complementen con la figura del silencio positivo; ello en cuanto significan una restricción al ejercicio del derecho, por lo que la inactividad de la Administración durante el período determinado por la ley debe interpretarse en favor del ejercicio del derecho constitucional.

Conviene, sin embargo, matizar esta afirmación de carácter general. Pues dentro de los derechos de este tipo no todos tienen la misma entidad, ni su ejercicio produce la misma incidencia social.

En concreto, la Constitución otorga un valor central a los derechos de tipo liberal que consisten en derechos de libertad del individuo aislado (libertad ideológica y religiosa, libertad y seguridad personal, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, libertad de circulación y de residencia —arts. 15 a 19—) y a aquellos cuyo ejercicio se efectúa en relación con otros (libertad de manifestación de pensamiento en sus diversas expresiones, derechos de reunión, asociación y sindicación, junto con el de huelga —arts. 16, 20 a 22 y 28—). En cambio, sitúa en un segundo nivel de protección a los derechos de contenido económico (propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa —arts. 33, 37 y 38—), que pierden su tono individualista para adquirir un carácter social (función social de la propiedad, negociación colectiva, libertad de empresa de acuerdo con las exigencias de la economía nacional y, en su caso, de la planificación), lo que corresponde a la sensibilidad propia de la época actual y al Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución.

A) Pues bien, respecto de los derechos de tipo liberal que consisten en derechos de libertad del individuo aislado, en cuanto esfera de actuación exenta de intervención de la Administración —salvo por razones de orden público—, no parece que esté justificado control alguno preventivo (necesidad de autorizaciones, permisos o licencias) que pueda dar lugar a la aplicación del silencio positivo. La garantía de la observancia de los límites de estas libertades y derechos —pues no existen derechos de carácter absoluto (25)— no debe producirse mediante estas técnicas [prohibición de ejercicio bajo reserva de autorización (26) que se concede por silencio positivo], que no parecen compatibles con la propia naturaleza y carácter fundamental del derecho.

---

(25) Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 7.

(26) En este sentido, *vid.* VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, pp. 307 y ss.

B) En cuanto a aquellos derechos cuyo ejercicio se realiza en relación con otras personas, tienen, sin duda, una trascendencia social, pues conducen a una estructuración de la sociedad (27).

Pues bien, en relación al ejercicio de estos derechos, en la medida en que es posible por todos los ciudadanos (28), tampoco parece compatible con su naturaleza que se produzca una intervención preventiva como la antes citada (prohibición bajo reserva de autorización que se otorga por silencio), dado el carácter fundamental de los derechos de que se trata y el valor central que ocupan en el Ordenamiento (29), aunque sí es pensable que exista algún tipo de publicidad que dote de transparencia a la existencia de organizaciones, como la inscripción en un Registro Público de las asociaciones (30), en cuyo caso el acto administrativo de inscripción debe ser reglado y el silencio de la Administración debe tener carácter positivo, pues no puede dejarse confiada la efectividad de un derecho fundamental a la discrecionalidad de la Administración, ni puede retrasarse su ejercicio por su falta de diligencia para resolver en un plazo determinado; en otros casos, como el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y de manifestaciones, la Constitución prevé una comunicación a la autoridad, «que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes (31).

C) Problema distinto es el que plantean los derechos de contenido económico, especialmente el derecho de propiedad, dado que tal derecho deja de tener un contenido netamente individualista, al ponerse de manifiesto que cumple una función social (32). En este caso, el contenido del derecho de propiedad se determina en atención a la función social que cumple, lo que ha dado lugar, teniendo en cuenta los diversos tipos de bienes existentes, a que se haya hablado de la ruptura del concepto unitario de propiedad y a que la jurisprudencia se haya referido a la concepción estatutaria de la propiedad (con especial

(27) Y pueden encuadrarse dentro de las libertades-oposición, en terminología de DUVERGER, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, trad. esp., Ed. Ariel, 1962, pp. 211 y ss.

(28) Debe tenerse en cuenta al respecto, y en relación con el polémico tema de la televisión privada, que, según ha señalado el Tribunal Constitucional, la misma no es una derivación necesaria del artículo 20 de la Constitución, aunque no está tampoco constitucionalmente impedida (sentencias 12/1982, de 31 de marzo, y 74/1982, de 7 de diciembre).

(29) Como se deduce con toda claridad del artículo 10 de la Constitución y ha recordado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias.

(30) Artículo 22 de la Constitución; artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa; artículo 2 de la Ley 54/1978, de Partidos Políticos, y depósito de los Estatutos por parte de los sindicatos, de acuerdo con los artículos 4 y siguientes de la Ley 11/1985, de Libertad Sindical. Sobre la importancia del cumplimiento de los plazos por la Administración y las consecuencias de su inobservancia en relación a la inscripción de partidos políticos en el Registro correspondiente, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1981, de 2 de febrero.

(31) Artículo 21.2 de la Constitución.

(32) Aspecto éste fundamental del derecho de propiedad que he estudiado en el trabajo realizado conjuntamente con BASSOLS, *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, IEA, Madrid, 1975.

referencia a la propiedad urbana), cuyo contenido puede variar por razones de interés público (33).

De aquí que en estos supuestos aparezca justificado que el ejercicio del contenido del derecho de propiedad se someta a un control —que puede comprender diversas autorizaciones y licencias en función de los intereses públicos en presencia—, con objeto de comprobar que su ejercicio se ajusta a la función social concretada por el Ordenamiento. De estos controles, uno de los más característicos es el de la licencia de obras, cuya regulación ha evolucionado en un sentido que no deja de presentar interés.

En efecto, en un primer momento la licencia se entiende otorgada por silencio administrativo si transcurre un tiempo determinado y el Ayuntamiento no resuelve y si, solicitado el otorgamiento de la licencia por subrogación a la Comisión Provincial de Urbanismo, ésta tampoco resuelve en un plazo determinado (34).

Pronto se cae en la cuenta, sin embargo, de que este sistema no es adecuado para garantizar el interés público en presencia. En efecto, dado que el silencio positivo se configura como un acto administrativo (35), resultaba que, aunque el proyecto que pretendiera llevar a cabo el peticionario no se ajustara a la legalidad aplicable, la Administración lo autorizaba en virtud del silencio positivo, incluso con obligación de indemnizar en caso de revisión de la licencia (36). De aquí que la reforma de la Ley del Suelo viniera a subordinar el silencio positivo al principio de legalidad, al establecer que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento» (37).

---

(33) Sobre la función social de la propiedad y su alcance constitucional, *vid.* la importante sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 16 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía.

(34) En los términos del artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Sobre los problemas que plantea esta regulación desde la perspectiva del principio de autonomía local, remito a mi trabajo «Legislación en materia de urbanismo: competencia de la Comunidad y novedades más significativas», publicado en el libro *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*, coeditado por la Comunidad y Ed. Civitas, 1987.

(35) De acuerdo con la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre silencio administrativo y recurso contencioso», en *RAP*, núm. 47, p. 226, el silencio positivo viene en rigor a sustituir la técnica de la autorización o aprobación previas por un veto durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado.

(36) Como puse de relieve con relación al ordenamiento urbanístico anterior a la reforma de la Ley del Suelo en el libro *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, especialmente pp. 70 y ss. Con anterioridad, MARTÍN MATEO, «Silencio positivo y actividad autorizante», en *RAP*, núm. 48, especialmente pp. 224 y ss., había efectuado una exposición crítica del silencio positivo.

(37) Artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. Asimismo establece en su artículo 232 que en ningún caso habrá lugar a indemnización por causa de anulación de una licencia en vía administrativa o contencioso-administrativa si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

Ahora bien, con esta regulación resulta que el silencio ha dejado realmente de tener valor por sí mismo, ya que es de carácter positivo cuando el proyecto se ajusta a la legalidad aplicable, y negativo cuando no se ajusta. Pero como el valor del silencio sólo quedará determinado, en caso de controversia, al final, es decir, una vez se dicte sentencia, resulta que por el momento el silencio sólo significa que el peticionario ha de valorar si el Proyecto se ajusta o no a la legalidad aplicable, y que puede adoptar la decisión —a su riesgo— de llevar a cabo la obra. En definitiva, se trata de no entorpecer el ejercicio de sus derechos por los particulares más allá de un cierto tiempo por razón de los controles administrativos, pero sin dar valor alguno a la inactividad de la Administración en sí misma considerada.

D) Esta regulación es una muestra del fracaso de la Administración al establecer controles previos cuando no se posee la capacidad de gestión necesaria para ejercitarlos, pues en la práctica supone que cuando el control no se ejerce en un plazo el particular puede ejercer la actividad sin tal control, aunque a su riesgo. Y esta misma es la solución que se ha adoptado —si bien con alcance limitado (38)— en el reciente Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, que dice al respecto en su artículo 1:

«Las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo se entenderán otorgadas por *silencio administrativo positivo*, sin necesidad de denuncia de mora, transcurrido el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de presentación de la solicitud, salvo que previamente tuvieran establecido un plazo inferior, siempre que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y éstas *se ajusten al Ordenamiento Jurídico*...

Continuará siendo de aplicación general el régimen del silencio negativo, conforme al artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo (citada), a las licencias y autorizaciones incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo anterior en las materias señaladas en el anexo de este Decreto-ley.»

Pues bien, el sistema expuesto tiene la ventaja de no paralizar la actividad del administrado más allá de un cierto tiempo, a partir del cual se entiende que puede efectuarla siempre que se ajuste a la legalidad aplicable, pues sólo en este caso el silencio tiene valor positivo. Si la determinación de si la obra o actividad que pretende llevarse a

---

(38) En cuanto continúa vigente el régimen general del silencio administrativo en las materias señaladas en el anexo del Decreto-ley (armas, explosivos, industrias de interés militar y otras).

cabo se ajusta a la legalidad aplicable fuera sencilla, el riesgo que asumiría el particular de buena fe que decidiera ejecutarla sería mínimo. Pero esta determinación puede no ser fácil, máxime si se tiene en cuenta que la ordenación municipal aplicable no es objeto de una publicación oficial y si se observa la dificultad de conocer el Ordenamiento Jurídico aplicable (en ocasiones municipal, autonómico, del Estado, e incluso de la Comunidad Europea) (39).

En estas condiciones parece que se impone una cura de realismo. El legislador y las Administraciones Públicas no deberían imponer más controles que aquellos que se puedan gestionar normalmente en el plazo legalmente previsto, y deberían preverse medidas para conseguir la máxima difusión del derecho aplicable, de forma tal que el administrado de buena fe pudiera sin graves dificultades conocerlo, ajustar su actuación al mismo y solicitar, en su caso, las licencias y autorizaciones preceptivas (40). De lo contrario se dificulta la dinamicidad social, sin ventaja alguna para el interés público, pues no tiene sentido exigir controles que no se puedan ejercer; todo ello sin perjuicio de las posibles consecuencias desfavorables para quien incumpliera la legalidad aplicable, especialmente en los supuestos en que hubiera actuado sin observar la diligencia que le es exigible (41).

2. En cuanto a los derechos de carácter democrático, son derechos de participación, como el derecho de sufragio, el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23 de la Constitución), al que puede añadirse el derecho de petición (art. 29).

Pues bien, en relación con el derecho de sufragio universal, fundamento de la democracia, la necesidad de que exista la máxima transparencia en su ejercicio ha dado lugar a que, a la vez que se regula el derecho de sufragio activo y pasivo en la correspondiente Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, se regule también la Administración Electoral, en la que se da una participación muy destacada a jueces y magistrados, así como a otros juristas (42).

---

(39) Esta es una realidad que constatamos los juristas, por lo que parece necesario potenciar los efectos del error de Derecho para disminuir la consecuencia de su incumplimiento por ignorancia razonable del mismo, dado que no puede admitirse, como señalara ya DE CASTRO en su *Derecho civil de España*, IEP, Madrid, 1949, pp. 529 y ss., que todo error de Derecho es culpable e inexcusable.

(40) En este sentido, todo lo que se haga por racionalizar la gestión y establecer, entre otras medidas, la denominada «ventanilla única» será un elemento importante para facilitar el cumplimiento del Derecho. La realidad existente preocupa al legislador, como indica la Exposición de Motivos de la reciente Ley Orgánica de 30 de julio de 1987 sobre delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transporte por carretera y por cable.

(41) Sobre el tema de los controles, *vid.* las consideraciones de S. MARTÍN RETORTILLO, «La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación administrativa», en *REDA*, número 50, especialmente pp. 181 y ss.

(42) Especialmente los artículos 8 a 30 de la Ley.

El derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, en cuanto afecta a la función pública, sí es objeto de una regulación administrativa en la que el silencio —dado el carácter limitado de los puestos— ha de tener valor negativo. Y en cuanto al derecho de petición, cuando se solicite una prestación por parte de la Administración su contenido ha de ser también, con carácter general, negativo, como pasamos a considerar al tratar de los denominados derechos de carácter económico y social.

3. El Estado social de Derecho se propone conseguir no sólo la existencia de los derechos y libertades de carácter liberal y de tipo democrático (libertad negativa, libertad positiva de participar, derechos de contenido económico, igualdad formal), sino también la consecución del valor justicia, lo que se traduce en una tendencia hacia la igualdad real y la consecución de unos estándares o mínimos vitales para cada ciudadano (43).

Ello ha dado lugar a que se hable de la existencia de derechos de carácter económico y social, pero es lo cierto que nuestra Constitución no los reconoce directamente como tales derechos, sino que los encuadra en los denominados «principios rectores de la política económica y social», que marcan una dirección para cuya consecución efectiva debe actuar el Estado (44); ello con la excepción del derecho a la educación, que sí se reconoce como tal derecho, incluso en cuanto supone un derecho a la prestación del Estado (45).

Pues bien, en relación con estos derechos, con la excepción indicada, su propia existencia y la posibilidad de exigir su efectividad a los poderes públicos dependen de las leyes que desarrollen los principios contenidos en la Constitución. Por ello, en cuanto suponen un dere-

---

(43) Sobre el Estado social en la doctrina española, *vid.* por todos GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, especialmente pp 13 a 83.

(44) Tal y como establece el artículo 53.3 de la Constitución al decir que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

(45) El artículo 27.2 de la Constitución afirma que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita». Este contenido se reitera en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, que lo concreta en su artículo 6 en el derecho a recibir las ayudas precisas para compensar posibles carencias de tipo familiar, económico y sociocultural, y, más adelante, en el régimen de los centros públicos y de los centros privados concertados.

La Constitución establece también en su artículo 35, como tal derecho, otro de los denominados derechos de carácter económico y social, el derecho al trabajo, lo que ha dado lugar a que se hayan formulado diversas tesis en orden a su alcance. En relación con el mismo debe tenerse en cuenta la doctrina establecida por la sentencia 22/1981, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 8, en el sentido de que comprende, junto a la libertad de trabajar y la igualdad del derecho al trabajo, el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo; el Tribunal afirma también que el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, implica también un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo.



cho a prestaciones por parte de los poderes públicos, el silencio ha de interpretarse —en principio— como negativo, dada la limitación de medios existentes y la necesidad de comprobar en cada caso si el solicitante de la prestación reúne los requisitos legales necesarios para ello cuando haya sido regulada (46).

En el momento actual se está poniendo de manifiesto una línea crítica en orden al Estado social de Derecho, concepción que se basa —se dice— en una línea racionalista de corte cartesiano, que prescindiendo de la realidad social, cuyo funcionamiento autónomo garantizaría los mejores resultados posibles. La vestidura doctrinal de esta línea crítica, de inspiración liberal, encontraría sus raíces en una concepción científica no racionalista, sino basada en la experiencia, que se reflejaría tanto en la doctrina inglesa como en la escuela histórica alemana, y, junto a ello, se fundamentaría también en la teoría evolucionista de DARWIN y en la concepción de JHERING del Derecho como fuerza (47).

Esta vestidura doctrinal se potencia por las dificultades que atraviesa el Estado social, en el que se manifiesta el problema de la desproporción existente entre los fines que se atribuyen al mismo y los medios de que dispone para conseguirlos, lo que se traduce muchas veces en el colapso de las prestaciones que el Estado viene efectuando o en el ejercicio deficiente de las mismas. Desde la perspectiva del ciudadano se produce así la inactividad de la Administración o un ritmo de actividad inadecuado.

Pues bien, como fácilmente se comprende, la institución del silencio negativo no nos aporta aquí soluciones. El silencio negativo facilita la apertura de la vía judicial, pero lo que ninguna sentencia podrá conseguir es un equilibrio global entre fines y medios. De aquí que se imponga una reflexión acerca de cuáles son las prioridades en orden a la consecución de los fines del Estado, el ritmo en que pueden convertirse en derechos de los ciudadanos y la forma más económica de garantizar su consecución efectiva, aprovechando y estimulando el impulso de las fuerzas sociales que estén dispuestas a colaborar en la misma. Pero dicho esto, debe también indicarse que la justicia es, además de un valor en sí misma, un imperativo de la paz social, que pasa por una cierta igualdad real (48). Y que allí donde esta igualdad no se ob-

---

(46) Lo que da lugar a que el cumplimiento de su deber de resolver expresamente por parte de la Administración sea de importancia trascendental, especialmente cuando el retraso puede incidir en la efectividad de un derecho, incluso fundamental (piénsese en la gratuidad de la enseñanza básica para quien carezca de medios económicos o sean insuficientes).

(47) Entre la importante literatura existente puede aquí recordarse la obra de HAYEK *Derecho, legislación, libertad*, trad. esp., Unión Editorial, 1978 y 1979, en cuanto critica una cierta concepción del Estado de carácter social, sin excluir la posible contemplación de aspectos sociales.

(48) No puede olvidarse, desde una perspectiva histórica, que la consagración del Estado social es un paso más en la larga lucha por conseguir garantizar a cada hombre unos estándares mínimos, una vida humana de acuerdo con la sensibilidad de la sociedad de cada momento, aspiración que tuvo ya diversas manifestaciones anteriores a la Revolución francesa y que se plas-

tiene como consecuencia natural de la dinamicidad social será necesaria una intervención inteligente de los poderes públicos para conseguirla.

#### IV. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Constitución ha venido a establecer el derecho a la tutela judicial efectiva con el carácter de derecho fundamental, cuya virtualidad y alcance se ha ido precisando por una importante y numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional (49).

En concreto, y por lo que respecta al silencio administrativo en su relación con el derecho a la tutela judicial, vamos a plantear las cuestiones que se examinan a continuación.

1. La primera de ellas es la relativa al silencio en vía de petición, que, como es sabido, tiene carácter negativo, salvo excepciones (50); en este caso, el silencio cumple la función de posibilitar el acceso a la jurisdicción, una vez agotada, en su caso, la vía administrativa.

Ahora bien, el silencio administrativo no libera a la Administración de su deber de dictar una resolución expresa (51). Y precisamente por ello el legislador reconoce al administrado la opción —art. 94.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo— de «deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición».

Puede suceder, por tanto, que el peticionario decida esperar la resolución expresa de su petición y deje transcurrir el plazo del año que le otorga la Ley de la Jurisdicción (52) para recurrir contra la desestimación presunta por silencio. Y puede suceder que esta espera pro-

---

mó el reconocimiento de determinados derechos de carácter económico y social en las Constituciones de 1793 y de 1848. No deja de ser curioso que del tríptico revolucionario, libertad, igualdad, fraternidad, esta última, como ya observara HAURIOU (*op. cit.*, pp. 643 y ss.), sólo figure en la Declaración de Derechos de 1848, si bien el propio autor señalaba que el régimen administrativo correspondía a la categoría de la fraternidad.

(49) Sobre esta jurisprudencia remito a mi trabajo «La tutela judicial efectiva como derecho fundamental», publicado en el libro *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985.

(50) En los términos, con carácter general, de los artículos 94 y 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(51) De acuerdo con los artículos 94.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 38.2 de la Ley de la Jurisdicción.

(52) En los términos del artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, debiendo tenerse en cuenta que la solución aquí regulada para el recurso de reposición es aplicable al de alzada, y que para el recurso económico-administrativo existe una regulación propia (art. 23 del texto articulado de la Ley de Bases 39/1980, aprobado por Real Decreto legislativo 2795/1980).

duzca unas consecuencias verdaderamente sorprendentes. Pues en efecto:

— Si la Administración incumple su deber de resolver expresamente, el particular puede verse privado de su derecho de acceder a la tutela judicial efectiva (53).

— Si la Administración resuelve expresamente, su resolución puede ser declarada nula por la jurisdicción cuando la resolución tardía incide negativamente en los intereses de un tercero, aunque se ajuste a la legalidad (54).

Pero aún hay más. Si el particular, para evitar tan lamentables consecuencias, acude a la jurisdicción contenciosa, puede encontrarse con una sentencia que no entre en el fondo y declare que la Administración ha de resolver de forma expresa (55).

Cada uno de estos problemas merece una consideración separada.

2. La primera cuestión, planteada en términos generales, es la relativa a la relación entre silencio administrativo y plazos preclusivos, tanto en vía administrativa como en vía judicial.

A) En cuanto a la vía administrativa, debe tenerse en cuenta que en el caso de que se produzca la denegación de la petición por silencio, el particular no puede acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando el recurso procedente contra la resolución expresa, de haberse producido, hubiera sido el de alzada (56). El problema que se plantea entonces es el relativo a si es de aplicación el plazo de quince días para interponer el recurso de alzada —contado desde que se produzca la denegación por silencio— o si el plazo puede ser superior.

Pues bien, la primera solución ha sido desechada de forma tajante por el Tribunal Constitucional, en virtud del argumento —a mi juicio irrefutable— de que no puede ser peor tratado el administrado cuya petición es denegada por silencio, sin notificación alguna, que aquel al que se le notifica de forma defectuosa la resolución expresa recaída ante su petición, pues, en definitiva, ello equivaldría a dar un trato tanto más favorable a la Administración cuanto mayor sea el incumplimiento de su deber (57).

---

(53) Problema estudiado por T. R. FERNÁNDEZ, «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmadores», en *RAP*, núm. 43, pp. 277 a 303.

(54) Doctrina que recoge entre las más recientes, aunque no es de estricta aplicación al caso según la propia resolución judicial, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1986 (Ar. 4581).

(55) Problema que fue ya estudiado por NIETO, «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 37, pp. 75 a 127, que se refiere también al importante problema de la adopción de medidas provisionales.

(56) De acuerdo con el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(57) Sentencia 6/1986, de 21 de enero, de la que se trata más adelante.

En efecto, la Administración tiene el deber de dictar una resolución expresa y de notificarla a los interesados con los requisitos del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Si cumple su deber de dictar una resolución expresa, pero la notificación es defectuosa, el plazo para recurrir ya no es el de quince días, sino que es indefinido si en la notificación no figura el contenido íntegro del acto, y empieza a contarse, en perjuicio del interesado, una vez transcurridos seis meses si dicho contenido íntegro ha sido notificado.

Pues bien, si la Administración ni tan siquiera cumple el deber de dictar una resolución expresa, resulta claro que no puede recibir del legislador un trato más favorable que si cumple tal deber. En estrictos términos jurídicos —dado que aquí no se ha producido notificación alguna—, el recurso de alzada debería poder interponerse en cualquier tiempo, o al menos, si se parte del conocimiento por el administrado del carácter negativo del silencio, el plazo preclusivo para interponer el recurso de alzada debería contarse en perjuicio del interesado a partir del transcurso del plazo de seis meses desde la producción del silencio.

Esta ha sido la solución establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un supuesto en que la jurisdicción había declarado inadmisibles un recurso contencioso, por estimar que el recurso administrativo de alzada se había presentado una vez transcurrido el plazo legal de quince días hábiles contados desde la desestimación por silencio (58).

En esta sentencia 6/1986, de 21 de enero, aparece claramente la conexión entre el silencio, el cómputo del plazo, y el derecho a la tutela judicial efectiva. Los puntos esenciales del razonamiento son los siguientes:

— El artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos o intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Derecho que comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, que podrá ser inadmisión cuando concurra alguna causa legal para ello y así lo acuerde el juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma.

— El contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo, si bien tal derecho se satisface cuando la resolución es de inadmisión en virtud de la aplicación razonada de una causa legal, según se ha indicado. Este razonamiento —se añade— ha de responder a una interpretación de las normas conforme a la Constitución y en el sentido más favorable para la efectivi-

---

(58) Se trataba de un supuesto en que, según la normativa aplicable, podía interponerse primero recurso de reposición ante la MUNPAL, y, contra la desestimación del mismo, recurso de alzada ante el Ministerio competente.

dad del derecho fundamental; por ello, la inadmisión arbitraria o irrazonable o basada en una interpretación distinta de la expuesta afecta al contenido normal del derecho fundamental.

— Partiendo de estas premisas, el Tribunal entiende que la sentencia impugnada (que inadmitió el recurso contencioso) ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al haber excluido el contenido normal del mismo en virtud de una interpretación de la legalidad aplicable que no puede calificarse ni de razonable ni como la más favorable a la efectividad del derecho fundamental. Y ello [Fundamento Jurídico 3, letra c)] porque:

«El silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; de aquí que si bien en estos casos puede entenderse que el particular para poder optar por utilizar la vía de recursos ha de conocer el valor del silencio y el momento en que se produce la desestimación presunta, no puede, en cambio, calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales. En estos casos puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto —la denegación presunta por razón de la ficción legal—, pero no los demás extremos que deben constar en la notificación, dado que el legislador no lo estima así ni en el caso de notificación expresa en que consta el contenido íntegro del acto...

En el presente caso, como hemos indicado, no puede calificarse de razonable —y menos aún de interpretación más favorable a la del derecho fundamental— una interpretación que computa el plazo para recurrir (en alzada) contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales; puede, en cambio, responder a tales criterios una interpretación que equipare este supuesto a la notificación defectuosa —incluso si se quiere una notificación defectuosa que contenga el texto íntegro del acto—, y es claro que en este caso no existe la causa de inadmisibilidad aplicada por la sentencia, ya que no puede sostenerse que la resolución de la MUNPAL de 10 de noviembre de 1979 y la desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto contra la misma hayan sido consentidas por no haber sido recurridas en tiempo y forma.»

La doctrina de esta sentencia se establece en atención a un caso concreto, para cuya solución no era necesario resolver si la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental es la de entender que la desestimación por silencio ha de equipararse a un acto en que sólo se ha notificado su contenido íntegro o en que la notificación defectuosa ni tan siquiera cumple este requisito. El Tribunal admite la posibilidad de que la primera solución —que bastaba para estimar el recurso— se ajuste a la Constitución, pero de la sentencia —en la parte transcrita— se deduce que la interpretación que el Tribunal estima más favorable para la efectividad del derecho fundamental (lo que, por otro lado, resulta obvio) es la de entender que la desestimación por silencio se equipara al supuesto de una notificación defectuosa en la que no conte el contenido íntegro del acto.

De esta forma resulta que no existirá un plazo preclusivo para la interposición del recurso de alzada. Existirá, eso sí, el plazo de prescripción de acciones para el ejercicio de los derechos —interrumpido por la reclamación extrajudicial efectuada al presentar el escrito de petición— (59), como en el Derecho común, pero lo que no parece tener sentido, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es que una figura como la del silencio en vía de petición, establecida en beneficio del administrado, con la finalidad de que pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración, se convierta en una figura que prima el incumplimiento por la Administración de su deber de dictar una resolución expresa, situando al administrado en la misma posición que si tal resolución se hubiera dictado, con lo que entrarían a jugar los plazos preclusivos para recurrir.

B) En cuanto a los supuestos en que no es preceptivo el recurso administrativo ante la desestimación de la petición por silencio, o en que ha sido interpuesto y ha sido desestimado a su vez por silencio, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece con carácter general que el plazo para interponer el recurso será de un año desde la desestimación de la petición por silencio o, caso de que se haya recurrido en reposición, desde la interposición del recurso.

La Ley de la Jurisdicción establece en estos supuestos una ampliación del plazo, pero la solución no es satisfactoria desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque la Administración —de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo— tiene el deber de dictar una resolución expresa, que, ca-

---

(59) En esta línea, *vid.* la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1986, Ar. 5548, Fundamento Jurídico 2, y el comentario de MICHAVILA NÚÑEZ, «Caducidad de la acción y prescripción del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RAP*, número 111, pp. 231 a 237.

so de ser desfavorable, podría ser recurrida en vía contenciosa. Por ello, la solución de la Ley de la Jurisdicción prima el incumplimiento de su deber por la Administración, ya que, una vez transcurrido el plazo para recurrir contra la denegación o desestimación por silencio, la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sobre el fondo queda en manos de la Administración, que puede dejar sin efecto tal derecho si incumple su deber de dictar una resolución expresa.

Esta solución, como fácilmente se comprende, no es razonable ni en el orden de los principios ni en cuanto a la efectividad del derecho a la tutela judicial. El silencio administrativo es una figura prevista en beneficio del administrado —no es su perjuicio—, y menos en beneficio de la Administración, que incumple su deber de resolver. Por ello, de *lege ferenda*, la solución a propugnar es la de entender que en caso de silencio el recurso contencioso puede interponerse mientras no prescriba la acción: solución que, incluso, puede ser aplicada por los Tribunales de lo contencioso, dado el carácter preconstitucional de la Ley de la Jurisdicción, que hay que estimar derogada en cuanto se oponga a la Constitución, pues no parece ajustada a la misma una regulación en virtud de la cual quien ejercita una opción legal, como es la de esperar a la resolución expresa de la Administración más allá del plazo del año, computado en la forma ya indicada, haya de hacerlo a costa de su derecho a la tutela judicial efectiva, que no podrá ejercitar en el supuesto de que la Administración siga incumpliendo indefinidamente su deber y no dicte una resolución expresa.

La solución ajustada a los principios constitucionales y a la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva es la que ya hemos indicado al tratar de los recursos administrativos: entender que se puede acudir a la jurisdicción mientras no prescriba la acción y que el escrito de petición o de recurso tienen el carácter de reclamación extrajudicial que interrumpe su cómputo (60).

3. La situación del administrado que decide no acudir a la vía contenciosa y esperar a que la Administración dicte una resolución expresa, en ejercicio de una opción legal, puede ser todavía más desfavorable si tal resolución se dicta una vez transcurrido el año durante el cual puede acudir a la vía contenciosa contra la denegación de su petición —o la desestimación de su recurso— por silencio.

En efecto, cuando tal resolución tardía es estimatoria de su petición —o de su recurso— y existe otro interesado para el que tal resolución es de signo desfavorable (lo que sucede en ocasiones, especialmente en materia de propiedad industrial, cuando el acto de la Administración resuelve un conflicto de intereses privados), la jurisprudencia

(60) De acuerdo con el artículo 1.973 del Código Civil.

cia del Tribunal Supremo viene declarando nulo el acto de la Administración.

Es éste un supuesto de nulidad no previsto en norma alguna (61). El interesado que ha decidido esperar la resolución expresa ejerce una opción legal, que queda vacía de contenido, como fácilmente se comprende, si se interpreta la legalidad vigente en la forma siguiente: el interesado puede optar entre acudir a la vía judicial o esperar la resolución expresa de su petición, bien entendido que si la resolución expresa le es favorable será nula.

En estos casos, en que la Administración tiene encomendada la función de resolver un conflicto entre intereses privados, no debería entenderse, a mi juicio, que la resolución tardía —por el hecho de serlo— es nula, aunque se ajuste a la legalidad vigente. Y ello por dos razones sustancialmente:

— en primer lugar, porque el principio de legalidad es un principio constitucional (art. 9.3). Y no es conforme con el principio de legalidad el imponer simultáneamente a la Administración el deber de resolver, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, y considerar nula la resolución —aunque se ajuste a la legalidad— por haberse dictado fuera del plazo establecido como normal;

— en segundo término, porque parece más razonable que la Administración —a la que es imputable la resolución tardía— responda de su retraso por el funcionamiento anormal del servicio (62). La otra solución —la de la nulidad— supone situar la falta de diligencia donde no existe, pues no se debe exigir al particular que acuda a la vía contenciosa dentro del año —en la forma antes indicada— cuando la ley le dice que puede optar por esperar la resolución expresa.

En todo caso, la solución que se propone parte de la actual regulación legal. Pero de *lege ferenda* no puede ignorarse la complejidad del problema y la necesidad de enfocar y regular su solución con criterios que tengan en cuenta la necesidad de armonizar el principio de legalidad con el de seguridad jurídica; lo que podría conducir a prever en los supuestos de silencio negativo la existencia de acciones judiciales declarativas, que podría promover incluso el favorecido por el silencio, con objeto de que la jurisdicción zanjara definitivamente la cuestión y de que el litigio no se suscite años más tarde como consecuencia de una resolución tardía de la Administración.

---

(61) Por ello, pensamos que el equilibrio justo de los intereses en presencia podría conseguirse mejor con la solución que se propone en el texto, por las razones que se exponen en el mismo.

(62) Solución que ya propuse en mi trabajo «Resoluciones tardías y conflicto de intereses privados», publicado en el núm. 68 de la *RAP*, pp. 187 a 219.



4. Finalmente, parece oportuno efectuar también alguna consideración acerca del silencio administrativo y el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, en el caso de que se acuda a la jurisdicción contra una denegación de petición por silencio, el apotegma del carácter revisor de la jurisdicción («juzgar no es administrar») (63) puede conducir a consecuencias insospechadas. Pues si la resolución omitida por la Administración no es un acto reglado, la jurisdicción puede encontrarse en la situación de tener que sustituir a la Administración en la adopción de una decisión discrecional. Y ante esta situación real se corre el riesgo de que se acuda a la solución de dictar una sentencia en la que se ordene resolver a la Administración de forma expresa.

Esta solución puede conducir a unos retrasos —dada la duración de los procesos— que deben ser evitados. El proceso debe tener el desarrollo que sea necesario para que la posición de la Administración y del recurrente —y los fundamentos y pruebas en que se apoya— quede debidamente establecida, decidiendo la Sala sobre el fondo, pues ninguna justificación legal existe para no hacerlo, dado que el silencio —por ficción legal— tiene a estos efectos el valor de una denegación (64).

## V. CONSIDERACION FINAL

A lo largo del presente trabajo ha quedado acreditado cómo el orden constitucional incide en la figura del silencio administrativo y cómo la distribución del poder sobre el territorio —principio de autonomía— y los derechos constitucionales, especialmente el derecho a la

---

(63) Se trata más de una línea de tendencia que de una solución que haya de imponerse necesariamente en todos los casos, pues la regla «juzgar no es administrar» no obedece a un puro prejuicio, sino que tiene un fundamento real en la especialización y división del trabajo. Ahora bien, en la medida en que en el proceso se obligue a la Administración a adoptar una posición de fondo perfilada, lo que exigiría, desde luego, conectar en mayor medida a los representantes y defensores de la Administración con el órgano al que es imputable el silencio, se podría avanzar en la línea que se propone en el texto. Un ejemplo claro de esta posibilidad de avance puede encontrarse en la sentencia de 15 de octubre de 1986 —Ar. 8037—; en esta resolución, ante una petición de sanción a determinadas personas, desestimada por silencio, la Sala decide la anulación del acto presunto para que se dé por la Administración audiencia a estos terceros (cuyos derechos e intereses no habían sido afectados, al ser el silencio negativo), los cuales tenían que ser emplazados personalmente con objeto de que pudieran comparecer ante la Sala, de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, con objeto de evitar su indefensión en el proceso.

(64) El problema que aquí comentamos no ha dejado de preocupar a la doctrina, que ha puesto de manifiesto los avances que ha ido introduciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, MUÑOZ MACHADO, «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDA*, núm. 26, pp. 496 y ss., y P. GONZÁLEZ SALINAS, «Las infracciones de las normas de procedimiento y los recursos contra el silencio administrativo», en *REDA*, núms. 40 y 41, pp. 273 y ss.

tutela judicial efectiva, plantean una serie de cuestiones sobre las que conviene reflexionar en un momento en el que todavía se encuentran pendiente, entre otras, la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la ley por la que ha de establecerse el procedimiento administrativo común al que se refiere el artículo 149.1.18 de la Constitución.