

Aspectos sustanciales y procesales del silencio administrativo y de la inactividad de la Administración en los Ordenamientos Jurídicos alemán, francés e italiano

SUMARIO: I. ALEMANIA: 1. Planteamiento general. 2. La vía administrativa previa a la vía contenciosa (*Vorverfahren*). 3. La demanda por inactividad (*Untätigkeitsklage*). II. FRANCIA: 1. La regla de la decisión previa. 2. Tipos de silencio administrativo. 3. Reglas del plazo de interposición del recurso contencioso formulado contra una decisión implícita de desestimación. III. ITALIA: 1. Silencio positivo (*silenzio-accoglimento*). 2. Silencio negativo (*silenzio-rigetto*). 3. Silencio-incumplimiento (*silenzio-inadempimento*). IV. REFLEXION FINAL.

Los ordenamientos jurídicos alemán, francés e italiano regulan de forma análoga al español los distintos aspectos de la inactividad administrativa que pueden perjudicar a los particulares.

Cuando los particulares solicitan la actuación de la Administración y ésta no actúa, es decir, no adopta el acto administrativo solicitado, los ordenamientos jurídicos de los diferentes países coinciden en la regulación de unos medios que permitan a los particulares no verse perjudicados. Las soluciones coinciden en permitir a los particulares acudir a los Tribunales directamente transcurrido un determinado plazo de tiempo desde la presentación de la solicitud o desde la presentación del recurso administrativo.

La regla general, por consiguiente, es

que el silencio de la Administración equivale a una decisión implícita de desestimación de la petición con los efectos propios de los actos administrativos. Excepcionalmente, en casos taxativos y expresamente reconocidos en las leyes, los ordenamientos jurídicos confieren al silencio de la Administración el valor de aceptación de lo solicitado por los particulares.

A continuación analizaremos la regulación del silencio administrativo, consecuencia de la inactividad de la Administración, en los ordenamientos jurídicos alemán, francés e italiano. La regulación coincide en líneas generales, diferenciándose en algunas cuestiones materiales y procesales peculiares de cada ordenamiento.

I. ALEMANIA

1. Planteamiento general

En el Derecho alemán, y con arreglo a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 21 de enero de 1960 (*la Verwaltungsgerichtsordnung*) —primera norma federal sobre la materia—, las acciones o demandas (*klagen*) ante la jurisdicción contencioso-administrativa pueden clasificarse desde dos puntos de vista diferentes. Desde un punto de vista material, las demandas pueden ser constitutivas (*Gestaltungsklagen*), declarativas (*Feststellungsklagen*) y de condena (*Leistungsklagen*). Desde un punto de vista formal, las demandas pueden ser de anulación (*Anfechtungsklagen*) y de imposición (*Verpflichtungsklagen*) (1).

Las demandas de imposición pretenden que el Tribunal imponga a la Administración la obligación de ejecutar un acto administrativo cuya petición ha denegado o desatendido. Si la Administración ha denegado una petición (*abgelehnt*), el particular puede interponer la demanda denominada «de denegación» (*Weigerungsklage*), mientras que si el caso es de desatención, por falta de contestación (*unterlassen*), el particular deberá interponer —si lo considera oportuno— la demanda «por inactividad» (*Untätigkeitsklage*).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa alemana establece en su parágrafo 68, con carácter general, el agotamiento de la vía administrativa como requisito previo inexcusable para la admisibilidad de las demandas presentadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que acabamos de mencionar. Este

principio general queda, sin embargo, excepcionado precisamente en relación con la demanda por inactividad (*Untätigkeitsklage*), como veremos más adelante.

2. La vía administrativa previa a la vía contenciosa (Vorverfahren)

El régimen general, por consiguiente, establece la obligación de agotar la vía administrativa mediante un procedimiento previo al proceso contencioso-administrativo (*Vorverfahren*), el cual se reduce a la formalización por el particular de su oposición al acto (*Widerspruch*) y a la resolución estimatoria o desestimatoria (*Widerspruchsbescheid*) de la Administración sobre la misma.

El recurso en vía administrativa (*Widerspruch*), introducido por el legislador federal alemán en 1960, refunde el recurso de reposición (*Einspruch*) y el de alzada (*Beschwerde*) existentes anteriormente en la dispersa legislación del *Bund* y de los *Länder*, sin contar los denominados anteriormente «recursos informales». La regulación actual introduce para todo el territorio de la República Federal Alemana un sencillo procedimiento en los artículos 68 y siguientes. Este recurso es resuelto ordinariamente por la autoridad superior a la que ha dictado el acto administrativo que conoce tanto de la legalidad como de la discrecionalidad del mencionado acto. El plazo de interposición es de un mes a partir de la notificación del acto administrativo (par. 70) y, para los casos en que no tenga lugar tal notificación, la Ley establece, en los artículos 55 y siguientes, un adecuado sistema de garantías.

Pues bien, el anterior principio gene-

(1) Véase con carácter general en la doctrina alemana: STERN, *Verwaltungs Processuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit* (Klage- oder Verfahrensart), München, 1981, pp. 55-94; KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 1986, pp. 205-212, y OBERMAYER, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts*, Stuttgart, 1964. En la doctrina española que ha estudiado este tema: NIETO, «Ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal Alemana», *RAP*, núm. 31, 1960; «El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas», *RAP*, núm. 32, 1960; «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, núm. 37, 1962, y PAREJO ALFONSO, «La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del anteproyecto de Constitución», *RAP*, núm. 84, 1977.

ral no rige para una variante específica de la demanda de imposición (*Verpflichtungsklage*) —ya mencionada— conocida como *Untätigkeitsklage* o demanda por inactividad de la Administración.

3. La demanda por inactividad (*Untätigkeitsklage*)

Como señala K. OBERMAYER, se entiende por esta última demanda, conforme a la práctica procesal establecida, aquélla a través de la cual se pretende la imposición o condena a la Administración del dictado del acto administrativo instado sin haber obtenido respuesta alguna en plazo prudencial (2).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa alemana regula, en su párrafo 75, los requisitos de esta demanda por inactividad ante la petición de un particular a la Administración para que realice una actividad legalmente debida. Ante el silencio o inactividad administrativa, transcurrido el plazo legal de tres meses, y aun antes si justifica que las características peculiares del caso imponen una mayor urgencia, el particular puede acudir directamente a los Tribunales. El artículo 75 de la Ley federal mencionada dispone textualmente:

«En el caso de que, sin motivo suficiente para ello, no se haya resuelto sobre una oposición (*Widerspruch*) o sobre una petición de adopción de un acto administrativo, es admisible la demanda con excepción de lo prevenido en el artículo 68 (que regula el procedimiento previo al contencioso antes comentado). La demanda no puede formularse antes de haber transcurrido tres meses desde la formalización de la oposición o, en su caso, desde la presentación de la petición, salvo que por circunstancias especiales del caso se imponga un plazo inferior. De existir una razón suficiente para

que no se haya resuelto sobre la oposición o para que no se haya dictado el acto administrativo solicitado, el Tribunal suspende el proceso por el plazo que al efecto fije, que puede ser prorrogado. Si en el plazo señalado se estima la oposición o se dicta el acto administrativo, ha de tenerse por concluida la cuestión principal.»

Destaca de esta regulación la circunstancia relativa a que el Tribunal competente para conocer de la demanda por inactividad puede suspender el proceso judicial entablado en el caso que exista una razón suficiente, favorable a la Administración, para que no se haya dictado el acto administrativo solicitado. Si durante el plazo de suspensión del proceso la Administración resuelve la petición, la demanda por inactividad se archiva al haberse resuelto el objeto de la demanda.

El proceso judicial iniciado mediante la interposición de la demanda por inactividad finaliza, de ordinario, mediante sentencia, cuyo contenido se regula en el párrafo 4.º del parágrafo 113 de la Ley federal, que dispone textualmente:

«Cuando la denegación o la omisión del acto administrativo sea disconforme a Derecho y el demandante haya sufrido por ello lesión en sus derechos, el Tribunal, si el asunto está maduro para la decisión, pronuncia la condena a la Administración de proceder a la actividad administrativa solicitada. En otro caso pronuncia la condena de resolver bajo la condición de la observancia de la opinión en Derecho (*Rechtsauffassung*) del Tribunal.»

La Ley federal introduce la expresión «si el asunto está maduro para su decisión» (*spruchreif*), que sirve de pauta para determinar el contenido posible de la sentencia. Así, si el asunto está maduro para su decisión y la omisión o denega-

(2) OBERMAYER, *op. cit.*, pp. 235 y 236.

ción del acto administrativo es disconforme a Derecho, el Tribunal deberá imponer a la Administración el dictado de un acto administrativo *determinado*. En el caso contrario de falta de madurez, el Tribunal deberá obligar a la Administración a que dicte acto administrativo bajo la condición de que tenga en cuenta la opinión en derecho del Tribunal.

II. FRANCIA

1. *La regla de la decisión previa*

En el ordenamiento jurídico francés el silencio administrativo está en estrecha relación con la regla de la decisión previa (*décision préalable*) (3).

En virtud de la regla de la decisión previa, el juez administrativo no puede conocer de un recurso si éste no va precedido de una decisión de la Administración. Esta regla no tiene especial interés en el recurso de anulación, pues, en este caso, la decisión previa es la misma decisión de la Administración objeto del recurso. Sin embargo, es de particular importancia en el caso del recurso de plena jurisdicción, puesto que se impone al particular el deber de dirigirse a la Administración antes de acudir al juez. Esta regla de la decisión previa se aplica a todas las

materias, a excepción de la materia de obras públicas, en virtud de una disposición legislativa expresa (art. 3 del Decreto de 30 de septiembre de 1953) (4).

2. *Tipos de silencio administrativo*

El silencio de la Administración en Francia, por regla general, equivale a una decisión implícita de desestimación de la petición, transcurridos cuatro meses desde su presentación.

Excepcionalmente, en ciertas materias tales como urbanismo, inscripción de listas de ciertos colegios profesionales y determinadas aprobaciones de tutela, el silencio de la Administración puede tener el valor de asentimiento (5).

En estos casos es necesario que el mencionado efecto esté expresamente previsto en una norma, que puede ser un decreto y no necesariamente una ley. El Consejo de Estado ha rehusado conceder a la «norma de silencio» el carácter de un principio general y ha admitido la legalidad de las derogaciones hechas a las mismas mediante decreto (sen. de 27-11-1970 «Commune de Buzas», Actualité juridique 1970.232) frente a la opinión contraria del Consejo constitucional (decisión de 26-6-1969. Actualité juridique 1969.563).

(3) BONNEAU, «La règle de la décision préalable devant les tribunaux administratifs», *Recueil Dalloz*, 1955, p. 11.

(4) El origen histórico de esta regla está en la teoría del ministro-juez: el Consejo de Estado no podía intervenir más que como juez de apelación de las decisiones del ministro. Desde que se abandonó esta teoría la regla dejó de tener fundamento jurídico pertinente. Únicamente tiene justificaciones prácticas, y concretamente el hecho de que la necesidad para el interesado de obtener una decisión de la Administración proporciona una especie de juicio de conciliación previo. Son estas consideraciones las que han hecho extender a las instancias presentadas ante los tribunales administrativos la regla de la decisión previa, antes sólo válida ante el Consejo de Estado. La reforma a que hacemos mención tuvo lugar por Decreto de 30 de septiembre de 1953 y ha aproximado sensiblemente las reglas de procedimiento aplicables ante los tribunales administrativos y ante el Consejo de Estado. (Sobre su alcance exacto, cf. C. E., 20 de abril de 1956, Ecole professionnelle, *Recueil Lebon*, p. 163, concl. Long; 7 de junio de 1957, tres sentencias, *Recueil Lebon*, p. 385, concl. Guldner.)

(5) Véase sobre el tema del silencio administrativo en la doctrina francesa: GOUTTENOIRE, «Le silence de l'Administration», tesis, París, 1932; LAUBADERE, *Traité de Droit Administratif*, 7.ª ed., vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1976, pp. 500, 861 y 898; PEISER, *Droit administratif*, 11.ª ed., vol. *Actes, Organisation, Contentieux*, Dalloz, París, 1983, pp. 43 y 161; RIVERO, *Droit administratif*, 8.ª ed., Dalloz, París, 1977, pp. 218 y 221; VEDEL, *Droit administratif*, 6.ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1976, pp. 424-431, y BENEZRA, «Le silence de l'Administration», *Revue Administrative*, 1967, p. 540.

3. Reglas del plazo de interposición del recurso contencioso formulado contra una decisión implícita de desestimación

La regla según la cual el silencio de la Administración equivale, transcurridos cuatro meses desde la petición, a una decisión implícita de desestimación tiene su origen en el artículo 3 de la Ley de 17 de julio de 1900. Esta norma permitía al particular que no recibía respuesta de la Administración acudir a la vía judicial transcurridos cuatro meses. El particular podía presentar, pasados varios años, el recurso contencioso en cualquier momento, sin que existiera un plazo para su presentación, al menos mientras no le hubiera sido notificada decisión expresa del recurso administrativo (Consejo de Estado, 7-8-1905, Ducreux, Recueil Sirey, 1906.3.129, nota de Hauriou). La Ley de 18 de diciembre de 1940 adoptó la regla contraria: el transcurso de los cuatro meses permitía al particular acudir a la vía judicial, pero hacía correr el plazo del recurso contencioso; el sistema era mucho más severo: algunos particulares de buena fe a quienes la Administración daba oralmente seguridades de que pronto serían contestados de forma expresa, se encontraban con que se les oponía la prescripción. Posteriormente, la Ley 7 de junio de 1956 mejoró las condiciones de los eventuales recurrentes, y, actualmente, las reglas del plazo de interposición del recurso contencioso, contra una decisión implícita de desestimación, se contienen en las disposiciones del Decreto de 11 de enero de 1965.

El sistema se basa en dos ideas esenciales.

En primer lugar, hay que distinguir en-

tre el recurso de anulación y el recurso de plena jurisdicción en relación con el transcurso del plazo. Así, mientras en el recurso de anulación el plazo del recurso empieza a contar desde el día en que se produce el silencio (desde el día de la expiración del plazo de cuatro meses), en el recurso de plena jurisdicción el silencio no hace correr el plazo del recurso contencioso. Este sólo empieza a correr a partir de la notificación al particular de la decisión expresa (6).

En segundo lugar, los principios mencionados deben ser matizados en dos casos en que los particulares pueden ser inducidos a error excusable. El primer caso es aquel en que «la medida solicitada no puede ser tomada más que por decisión o de acuerdo con el dictamen de las asambleas locales o de cualquier otro organismo colegiado». En este caso, el particular, poco al corriente de las fechas de reunión o de sesión de las citadas asambleas u organismos, es prácticamente incapaz de calcular las prórrogas del plazo que preveía la Ley de 7 de junio de 1956 al tener en cuenta que las asambleas u organismos no se reúnen permanentemente. En este caso, el Decreto de 11 de enero de 1965 ha suprimido simplemente el transcurso del plazo de interposición del recurso contencioso hasta que se notifique al particular la decisión expresa.

El segundo caso es aquél en que después de transcurridos cuatro meses y producido el silencio administrativo, la Administración notifica su decisión expresa en el plazo subsiguiente de los dos meses del recurso contencioso. La cuestión es si entonces el plazo de los dos meses comienza a contarse a partir de esta notificación o a partir de la fecha en que se produjo el silencio administrativo. El Decre-

(6) La razón de esta diferenciación es que, a diferencia del recurso de anulación, en el recurso de plena jurisdicción no se pone en duda la validez de la decisión, al menos en el caso general. No existe incertidumbre más que sobre los derechos subjetivos (y especialmente pecuniarios) del recurrente, y no hay inconveniente grave en que pueda existir incertidumbre sobre su valor. Por el contrario, es de interés general que el problema de la regularidad jurídica de la decisión implícita sea resuelto lo antes posible, y esto tanto en beneficio de la Administración, que debe saber con rapidez si puede considerar su decisión como definitiva, como en beneficio de terceros (VEDEL, *Droit administratif*, 6.ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1976, p. 430).

to de 11 de enero de 1965 ha adoptado, también en este caso, la solución más favorable: el plazo del recurso contencioso empieza a contar desde la notificación expresa al particular de la decisión administrativa.

Por último, nos queda señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado establece que corresponde al particular la carga de la prueba de haber presentado una reclamación susceptible de provocar el silencio negativo. Es suficiente documento de prueba el resguardo de carta certificada obtenido en Correos (*le récépissé de la poste*).

III. ITALIA

El ordenamiento jurídico italiano atribuye en determinados casos a la inactividad de la Administración el valor legal típico de un acto administrativo como si fuese un verdadero acto (7). La doctrina italiana coincide en señalar que en estos casos, aun cuando la inactividad de la Administración en sí misma no es un acto sino un hecho, debe atribuírsele a dicha actividad los efectos propios de los actos administrativos (8).

Las leyes italianas atribuyen, así, un significado (*silenzio significativo o inerzia significativa*) a la inactividad de la Administración pública en determinados casos, sin perjuicio de la obligación de resolver de forma expresa las peticiones y recursos de los particulares. Los supuestos de-

ben considerarse taxativamente y las normas que los contemplan se interpretan en sentido estricto.

De todas maneras, los interesados pueden recurrir en vía administrativa y en vía judicial, en todos los supuestos, la eventual legalidad de los efectos producidos indirectamente a través del silencio, del mismo modo que si se hubieran producido mediante acto administrativo expreso.

La doctrina italiana distingue fundamentalmente tres modalidades de silencio administrativo: silencio positivo (*silenzio-accoglimento*), silencio negativo (*silenzio-rigetto*) y silencio-incumplimiento (*silenzio-inadempimento*).

1. *Silenzio positivo* (silenzio-accoglimento)

En ocasiones, las leyes confieren al silencio de la Administración el valor de aceptación de lo solicitado por los particulares. En el ordenamiento italiano existe una marcada tendencia a la ampliación del número de casos de silencio positivo, en materia de autorizaciones, en armonía con la evolución legislativa que se dirige hacia una Administración más abierta y menos interventora.

Entre los casos mencionados destacan ser citados los siguientes: el artículo 17 de la Ley núm. 898, de 24 de diciembre de 1976, considera equivalente a un informe favorable el silencio por parte de la autoridad militar, ante la petición de informe

(7) Véase con carácter general: Actas de la XXVIII Convención de Estudios de Derecho Administrativo, promovida por la Administración Provincial de Como, «El silencio de la Administración pública. Aspectos sustanciales y procesales», Varenna, Villa Monasterio, 23-25 de septiembre de 1982, Centro de Estudios Administrativos de Como.

(8) Véase sobre el tema del silencio administrativo en la doctrina: SANDULLI, «Sul regime attuale del silenzio inadempimento della p. A.», *R. D. Proc.*, 1977, y *Manuale di Diritto Amministrativo*, XIII Editione, Jovene Editore, Napoli, 1982, vol. I, pp. 598-605; NIGRO, «La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativo», *Il Foro Italiano*, 1963; ALESSI, «Rilievi in ordine alle impugnative del comoramento omissivo dell'amministrazione pubblica», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964; LAVALLE, «Azione di impugnazione ed azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità», *Ius*, 1965; MOSCATELLI, «Silenzio-rigetto e silenzio-rifiuto», *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, 1973; ROEHRSEN, «Notazioni sulla impugnabilità del silenzio della p. A.», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1974, y «Nuove osservazione sulla tutela del cittadino dinanzi al silenzio della p. A.», *Rassegna dei Lavori Pubblici*, 1979, y TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1985.

por parte de las autoridades civiles competentes, en relación con la construcción de obras importantes: carreteras y autopistas estatales, vías férreas, diques de contención, grandes establecimientos industriales, centrales termonucleares y eléctricas, oleoductos, etc. Un caso de notable importancia es el referente al silencio del Ministerio competente en la vigilancia de los *enti substatali*, en el caso señalado en la Ley núm. 70, de 20 de marzo de 1975, cuando transcurren noventa días desde el recibimiento de los acuerdos de los entes sujetos al control de oportunidad (*controllo di merito*); en este caso, los acuerdos se consideran aprobados y se convierten en ejecutivos (art. 29 de la Ley citada). Otros supuestos son los del artículo 3 del Decreto-ley núm. 156, de 30 de abril de 1976, relativo al establecimiento y ampliación de plantas industriales cuyo coste supere los 10.000 millones de liras; el artículo 12.2 de la Ley núm. 166, de 27 de mayo de 1975, relativo a la conformidad del proyecto de construcción con el plan de ordenación territorial; los artículos 6 y 7 de la Ley núm. 161, de 21 de abril de 1962, sobre autorización de proyección y exportación de películas cinematográficas; el artículo 4 de la Ley núm. 1860 de 31 de diciembre de 1962 sobre autorización del comercio de minerales y sustancias radiactivas; el artículo 17 del Decreto legislativo núm. 342, de 18 de marzo de 1965, relativo a la autorización a empresas privadas por parte del ENEL para construir nuevas plantas de producción, transporte, transformación y distribución de energía eléctrica; el artículo 12 de la Ley núm. 31, de 25 de enero de 1966, sobre la inscripción en el registro de exportadores de productos hortofrutícolas y cítricos. Por último, es de especial relieve el caso previsto en el artículo 48 de la Ley núm. 457, de 5 de agosto de 1978, relativo al permiso municipal solicitado para realizar en los edificios obras de mantenimiento extraordinario, que se entiende concedido transcurridos noventa días desde su presentación.

En otras ocasiones, la doctrina se refie-

re a una categoría distinta de silencio positivo a la que se denomina: silencio como resolución de oficio favorable (*silenzioprovedimento d'ufficio favorevole*). Ciertos autores como Sandulli lo diferencian del silencio positivo, aunque sus efectos sean análogos. En estos casos, la Administración se encuentra obligada a adoptar de oficio una resolución en una fecha determinada, pues la ley establece que, transcurrido el tiempo señalado, el supuesto se entiende decidido a favor del interesado. Así, por ejemplo, el artículo 19 del texto refundido de funcionarios civiles establece que si, después de los tres meses del período de prueba de un empleado civil del Estado (núm. 73) no ha habido prórroga o informe desfavorable, se entiende concluida la prueba favorablemente. En términos análogos se expresa el artículo 14 del Decreto legislativo núm. 761, de 20 de diciembre de 1979, relativo al personal de las unidades sanitarias locales.

2. Silencio negativo (*silenziorigetto*)

En otras ocasiones, el ordenamiento jurídico italiano confiere al silencio de la Administración el significado o valor de denegación de la petición. Un caso relevante de silencio negativo era el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley de Régimen Local, según el cual, transcurridos ciento veinte días desde la presentación de un recurso de alzada (*ricorso gerarchico*) —la jurisprudencia también extendía la regla al recurso de reposición (*ricorso in opposizione*)— sin la decisión de la autoridad, el recurrente podía denunciar la mora, y transcurridos sesenta días desde ésta sin notificación de la decisión, se entendía denegado el recurso por silencio negativo. (véase también el art. 17 *in fine* del Decreto legislativo núm. 340, de 22 de junio de 1949).

Las disposiciones mencionadas del artículo 5 del texto refundido de régimen local han sido modificadas por las normas del artículo 6 de la Ley de 24 de noviem-

bre de 1971 sobre simplificación del procedimiento en materia de recursos administrativos, y del artículo 20 de la Ley de 6 de diciembre de 1971 relativa a la creación de los tribunales administrativos regionales. Estas normas vigentes establecen que para todas las clases de recursos administrativos —y la jurisprudencia sostiene que la regla es aplicable también al recurso de alzada impropio—, transcurridos noventa días desde la fecha de presentación del recurso sin notificación de la decisión, «el recurso se entiende denegado a todos los efectos» (art. 6 citado). La expresión «denegado a todos los efectos» quiere decir que se abre al interés de la vía judicial. La jurisprudencia reciente establece que el silencio, mantenido durante noventa días desde la presentación del recurso, constituye una verdadera manifestación tácita de denegación del recurso.

La impugnación del acto objeto del recurso administrativo en vía judicial puede basarse bien en «vicios de legalidad» o bien en «vicios de oportunidad» (9). La doctrina señala que, en el segundo caso, las disposiciones del artículo 6 comentado no deben originar la derogación del recurso, puesto que al no existir, por regla general, para los vicios de oportunidad ulteriores remedios, el recurrente quedaría sin la protección del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, el artículo 6 citado debería producir simplemente la consideración de entender incumplido, transcurrido el plazo de los noventa días, el deber de la Administración de resolver el recurso.

La doctrina italiana entiende, en consecuencia con lo dicho anteriormente, que el silencio administrativo ante un recurso por «vicios de legalidad» produce el efecto de ser recurrible en vía judicial el acto impugnado, mientras que ante un recurso por «vicios de oportunidad» el silencio produce los efectos propios del si-

lencio-incumplimiento (*silenzio-inadempimento*) que veremos a continuación.

3. *Silenzio-incumplimiento* (silenzio-inadempimento)

La doctrina italiana configura una tercera categoría de silencio administrativo: el silencio-incumplimiento.

Son casos de silencio-incumplimiento aquellos en que la Administración no actúa (bien de oficio, bien a instancia de los particulares) dentro del plazo señalado por las leyes cuando éstas no contengan ninguna referencia al significado de ese silencio (por ejemplo, el art. 13 de la Ley núm. 1002, de 13 de julio de 1856, relativa a la licencia de *panificazione*, y el art. 28 de la Ley núm. 46, de 11 de junio de 1971, relativa al permiso regional para el ejercicio de la actividad de venta al por mayor), o bien cuando se limiten a facultar a los interesados para recurrir en vía judicial contra dicho silencio (por ejemplo, el art. 31 de la Ley del Suelo, en relación con las licencias de edificación).

En estos casos, en los que la práctica, y en ocasiones la legislación, suelen hablar de silencio negativo, el silencio administrativo supone, simplemente, un incumplimiento —sin necesidad de denunciar previamente la mora—. En estos casos, el recurso en vía judicial tiene por objeto, no la inexistencia de un acto, sino simplemente la omisión de la actuación administrativa, el hecho relativo al incumplimiento del deber de actuar.

El silencio-incumplimiento también se aplica en aquellos casos en los que las leyes imponen a las autoridades el ejercicio de su potestad discrecional, dentro de un plazo y a instancia de parte. Son casos en los que las leyes establecen que el silencio se entiende como denegación (por ejemplo, el art. 5 del Código de Navegación considera denegada por la autoridad

(9) Traducimos *vizi di merito* por vicios de oportunidad. El ordenamiento italiano establece, junto a los vicios de legalidad del acto administrativo, los vicios de mérito. Existen actos administrativos dictados conforme a la legalidad vigente, pero que son inoportunos, o inconveniente su adopción, en un momento determinado en relación con el principio general del «buen funcionamiento» de la Administración pública, recogido en el artículo 97 de la Constitución.

marítima las solicitudes de autorizaciones para construir edificios a distancia inferior a treinta metros del demanio marítimo, transcurridos noventa días desde su presentación; y el art. 33 de la Ley núm. 426, de 11 de junio de 1971, entiende denegada la solicitud presentada para obtener una autorización comercial transcurridos también noventa días desde su presentación). En estos casos que hacen referencia a una potestad discrecional de la Administración, su no actuación equivale, en el plano jurisdiccional, a una negativa de *accoglimento* inmotivado, siendo imposible dar a la denegación un contenido preciso y, en consecuencia, resultaría muy difícil conocer en vía judicial de su legalidad o ilegalidad. Por todo ello, la doctrina italiana entiende que, en estos casos, el uso de las expresiones *diniego* o *rigo* debe considerarse inapropiado.

El incumplimiento del deber administrativo de actuar, deber distinto del de dictar un acto en un contenido concreto y determinado definido por el ordenamiento, conlleva la lesión de un interés legítimo y, por tanto, la posibilidad de recursos administrativos y judiciales (arts. 24 y 113 de la Constitución) siempre que el particular tenga un interés cualificado en orden al cumplimiento del deber de actuación de la Administración.

Por último, se presenta el problema de los medios que los interesados tienen a su disposición para determinar el momento a partir del cual la no actuación administrativa puede considerarse como incumplimiento. La jurisprudencia anterior a 1971 entendía aplicable a estos casos las disposiciones vigentes en la época (art. 5 del texto refundido de la Ley de Régimen Local) en relación con el recurso de alzada: presentación de la solicitud, transcurso de ciento veinte días, denuncia de mora y transcurso de sesenta días desde la denuncia. Las Leyes de 1971 sobre los tribunales administrativos regionales y sobre los recursos administrativos han sustituido la normativa anterior reduciendo a noventa días el plazo para entender denegado el recurso.

La jurisprudencia, sin embargo, a par-

tir de 1971 no considera aplicable al silencio-incumplimiento la nueva normativa. Señala que son disposiciones aprobadas para un supuesto particular (los recursos administrativos) y que son profundamente innovadoras frente a la normativa tradicional. En realidad, la razón de su no aplicación al silencio-incumplimiento es la severidad con que trata la nueva normativa a la Administración al no exigir denuncia de mora.

La jurisprudencia considera adecuados y extensibles a los supuestos del silencio-incumplimiento, los términos establecidos en el artículo 25 del texto refundido de 10 de enero de 1957, sobre el *status* jurídico de los funcionarios civiles del Estado. Por cierto que este texto considera a estos últimos personalmente responsables de los daños derivados por el incumplimiento de su deber de dictar la resolución solicitada por los particulares. El silencio-incumplimiento tiene lugar, por tanto, transcurridos treinta días desde la denuncia de mora presentada a partir de los sesenta días desde la presentación de la solicitud. La jurisprudencia se ha mostrado tolerante con la Administración, excluyendo el incumplimiento, cuando ésta no permanece pasiva sino que manifiesta su voluntad de actuar poniendo en marcha la instrucción de un expediente. Esta tendencia jurisprudencial está en armonía con lo dispuesto en artículo 25 citado, que establece que el incumplimiento se refiere a cada una de las diferentes fases del procedimiento administrativo.

IV. REFLEXION FINAL

La regulación del silencio administrativo pone de manifiesto lo que podemos denominar «desesperada búsqueda del acto administrativo» que permita al particular acudir a la vía contencioso-administrativa. Los poderes públicos siguen manteniendo la *factio iuris* de considerar el silencio de la Administración como un acto administrativo, consideración insuficiente en los casos en que no existe una petición o un recurso administrativo sino

el incumplimiento del deber de actuar de oficio por parte de la Administración. En estos casos, los ordenamientos no permiten acudir directamente a los Tribunales, sino que obligan a los particulares a denunciar el incumplimiento de la Administración ante ella misma volviendo así a la situación mencionada de la ficción legal del acto administrativo.

La solución a este problema que tiene planteado el Derecho administrativo ha sido apuntada recientemente en Alemania y consiste en la sustitución de la categoría de acto administrativo por la de relación jurídica, más amplia, que permite una mejora de la protección judicial. El Congreso celebrado en 1986 por la conocida Asociación alemana de profesores de Derecho Público, en la ciudad de Mu-

nich, se desarrolló precisamente sobre este tema: «Las relaciones jurídicas en la Administración prestacional» (véase *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Tagung 1986, München*).

De este modo, el Derecho administrativo se incorporaría a la tendencia, observada en los últimos años, de superar viejos conceptos que no satisfacen plenamente el derecho a una tutela judicial efectiva. Esta tendencia ha conseguido ya —y así ha sido recogido por el Tribunal Constitucional español— sustituir, en determinados supuestos, el concepto civil de persona por el concepto más amplio de bien jurídico protegido que permite proteger situaciones no amparadas plenamente, en la actualidad, por el tradicional concepto de persona.

Luis Carlos Fernández-Espinar