

REVISTA

DE

ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Depósito legal: M. 1.582-1958

AÑO XXI

ENERO - FEBRERO

NUM. 121

I. SECCION DOCTRINAL

Naturaleza jurídica del silencio de la Administración

por

MARIANO BAENA DEL ALCAZAR

I

SUMARIO: I. *Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*: 1) Necesidad de un estudio de la misma: a) La aparente naturaleza diversa de los llamados silencio positivo y negativo de la Administración. b) La regulación actual del silencio en España. c) Falsas posturas de principio. 2) El silencio, ¿puede considerarse acto administrativo?: a) Ausencia de los requisitos del acto. b) El silencio de la Administración no es un acto tácito. c) Un supuesto excepcional: acto expreso y ausencia de notificación. 3) Nuestra posición en torno al problema: a) Posturas doctrinales. b) Los tres momentos del silencio: a') El hecho jurídico b') La atribución de efectos por la Ley. ¿Ficción o presunción? c') Los efectos del silencio de la Administración. c) Definición.—II. *Efectos y requisitos del silencio de la Administración*: 1) Efectos: a) ¿Se puede hablar de distintas clases de silencio? b) Nuestra posición. 2) Requisitos: a) Escrito dirigido a la Administración. ¿Petición o instancia? b) Ausencia de notificación. c) Transcurso del tiempo. d) Denuncia de la mora.—III. *El efecto afirmativo del silencio de la Administración*: 1) La regulación actual: A) En la Ley de Procedimiento administrativo: a) ¿El artículo 95 hace una regulación general? b) Ambito de aplicación del efecto afirmativo del silencio. c) La casuística del efecto afirmativo del silencio:

- a') Las disposiciones especiales. Relación Administración-particular. b') Relaciones entre órganos de una misma persona jurídica. c') Relaciones entre personas jurídicas distintas. B) En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: a) ¿Contempla la Ley el efecto afirmativo del silencio? Sentido de la cláusula derogatoria. b) El efecto afirmativo del silencio y el recurso de reposición. c) El efecto afirmativo del silencio y el plazo para la interposición del recurso contencioso.
- 2) Requisitos del efecto afirmativo del silencio. a) El transcurso del tiempo. b) La denuncia de la mora. 3) El acto expreso posterior: a) ¿Puede la Administración dictar un acto expreso que modifique derechos subjetivos?

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

1) *Necesidad de un estudio de la misma*

Un estudio como el que pretendemos hacer del silencio de la Administración parece a primera vista completamente fuera de lugar en España y en estos momentos. El problema del silencio de la Administración ha merecido la atención de gran parte de los administrativistas españoles del momento y posiblemente ha sido consecuencia de esta atención la regulación general del mismo en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en los artículos 94 y 95 de la Ley de Procedimiento administrativo que, según el artículo 1.º de ésta, serán de aplicación en todo caso.

La bibliografía en torno al problema es abundante (1), los textos legales han unificado una materia selvática en nuestro Derecho positivo anterior respondiendo a las opiniones de la doctrina (2), la jurisprudencia ha empezado a corregir puntos de vista, y pese a la disidencia aislada de algún autor (3), los problemas que planteaba el silencio parecían definitivamente resueltos en España. No obstante esta panorámica de aparente unidad, pretendemos estudiar el si-

(1) Véase la bibliografía que citamos posteriormente.

(2) Sobre este punto es bastante expresivo el título del artículo de LÓPEZ RODÓ, *Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 89, 1956, págs. 657 y sigs.

(3) Véase José María BOQUERA: *Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», número 30, 1959, págs. 87 y sigs.

lencio de la Administración estimando que los problemas que plantea no están resueltos definitivamente. Y pensamos ésto enfocando nuestro estudio fundamentalmente desde la perspectiva menos contemplada: lo que la doctrina y la Ley de Procedimiento administrativo llaman el silencio positivo de la Administración.

Antes de seguir adelante conviene dejar aclarado un problema terminológico. La expresión «silencio administrativo» fue acuñada en España por Fernández de Velasco (4) el cual la calificaba de «expresión poco correcta, pero gráfica». En el transcurso de este trabajo vamos a utilizar la otra expresión usada indistintamente por la doctrina: «silencio de la Administración», por entender que en la actual situación de la regulación del silencio, el valor que pueda tener el grafismo de la expresión citada no justifica el empleo de la frase, en sí poco correcta.

a) La aparente naturaleza diversa de los llamados silencio positivo y negativo de la Administración.

En realidad, una buena prueba de que los problemas que plantea el silencio no están totalmente resueltos, es la indecisión terminológica acerca del mismo. Así vemos que los autores emplean indistintamente las palabras teoría (5) e institución (6). Esto ya es un síntoma de la indecisión que existe en la doctrina española sobre la naturaleza jurídica del silencio de la Administración. Pero aunque aceptáramos el punto de vista más común, ésto es el de que el silencio es una presunción, una ficción legal que se establece en garantía del recurrente ante la pasividad de la Administración en resolver (7), esta postura sería insuficiente para explicar los supuestos del llamado silencio positivo. Por otra parte, al insistir la doctrina en que en los casos de silencio es inútil tratar de inter-

(4) *El silencio en los actos administrativos*, en «Variaciones de Derecho y Política», Barcelona, 1932, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, II, Madrid, 1957, pág. 360.

(5) GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, I, 7.ª edición, Madrid, 1959, pág. 285, donde aclara en nota al pie de página: «Llamamos teoría en su correcta acepción gramatical a la serie de leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos».

(6) GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, págs. 86 y sigs., cuyo título ya es bastante elocuente.

(7) GARRIDO, *ob cit.*, pág. 92. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, pág. 95.

pretar la voluntad de la Administración «cuando justamente lo que falta es la voluntad administrativa» (8), se nos plantea el problema de que mientras que ésto es rigurosamente cierto en los casos de efecto negativo, resulta bastante extraño en los casos de efecto afirmativo, cuando en virtud del silencio se le concede a un particular una cosa.

Todo esto podía inducirnos erróneamente a pensar que entre uno y otro caso existe una diferencia sustancial en cuanto a su naturaleza jurídica. Y para nosotros resulta insostenible la anterior afirmación, ya que sería totalmente absurdo que existiera una naturaleza jurídica diversa sólo porque el texto legal diga «se estimará» en vez de «se desestimará». Por otra parte, no cabe en la situación actual después de la Ley de Procedimiento administrativo, adoptar una postura crítica denunciando los inconvenientes (reales, pero que es necesario aceptar) de los supuestos de efecto afirmativo del silencio. Las discusiones de *lege ferenda*, legítimas en su momento, deben dejar paso a una investigación sobre el problema en la que se encuentre una solución a todos los aspectos del mismo.

b) La regulación actual del silencio en España.

Todos los errores e inconvenientes que existen en España en torno al silencio de la Administración tienen una raíz histórica innegable. La institución o teoría del silencio de la Administración ha sido importada, como otras tantas instituciones jurídico-administrativas, de la legislación francesa. No obstante la existencia anterior del Decreto de 2 de noviembre de 1864 en Francia y el de 23 de marzo de 1886 en España, sobre las reclamaciones previas en vía gubernativa (9), el texto legal básico que establece la solución al problema del silencio es la Ley francesa de 17 de julio de 1900, según la cual en los casos de recurso ante el Consejo de Estado contra una decisión administrativa previa, el silencio de la Administración equivale a rechazar la petición del particular. Consagrada por la Ordenanza de 31 de julio de 1945, la regla ha sido extendida por el Decreto de 30 de septiembre de 1950 a los recursos elevados ante

(8) GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, pág. 91.

(9) Citado por GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 13.^a edición, Madrid, 1956, pág. 200, y LÓPEZ RODÓ, *Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 89, 1956, pág. 657.

los Tribunales administrativos. Es decir que en la legislación francesa el silencio de la Administración tiene siempre efecto negativo.

Como consecuencia lógica de esta regulación, la doctrina francesa ha visto siempre el silencio como una atenuación al principio de la «décision préalable». Así, Laubadère dice: «La regla de la «décision préalable» lleva consigo algunas atenuaciones. La Ley de 17 de julio de 1900, en su artículo 3.º ha establecido la regla llamada del silencio de la Administración» (10). Y en el mismo sentido se pronuncian Vedel (11) y Rivero (12). Vemos, por tanto, que la legislación francesa lleva a cabo una regulación distinta de la nuestra, en la que, quizá con buen criterio, no se adopta la solución del efecto afirmativo del silencio, pero que por lo mismo no ha planteado a la doctrina francesa la serie de dificultades que plantea en España nuestra legislación vigente.

Igualmente la legislación italiana contempla el problema del silencio, dándole con carácter general efecto negativo, en el artículo 5.º del texto refundido de la Ley comunal y provincial de 3 de marzo de 1934. No obstante se admiten como excepción algunos supuestos de efecto afirmativo en el artículo 204 de la misma Ley y en el artículo 114 del Real Decreto de 6 de mayo de 1923 sobre apertura de institutos. Pero la doctrina italiana ha visto siempre estos casos de efecto afirmativo del silencio como excepcionales; así Vitta opina que están desplazados del esquema general del ordenamiento italiano (13) y Alessi, al enfrentarse con el problema del silencio, piensa que el valor de los casos citados (tanto de efectos afirmativos como negativos) no es el que sería necesario darle en una regulación general (14).

La situación legal y doctrinal española era parecida a la italiana; esto es, se consideraba que en general el silencio tenía un efecto negativo con algunos casos excepcionales de efecto afirmativo (15). Estimamos, sin embargo, que después de la regulación que hace del

(10) LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 2.ª edición, 1957, pág. 395.

(11) VEDEL, *Droit Administratif*, París, 1958, pág. 323.

(12) RIVERO, *Droit Administratif*, París, 1960, pág. 182.

(13) VITTA, *Diritto Amministrativo*, 4.ª edición, Turín, 1954, págs. 395 y sigs.

(14) ALESSI, *Sistema istituzionale di Diritto Amministrativo italiano*, 3.ª ed. Milán, 1960, págs. 286 y sigs.

(15) Serán citados en la continuación de este trabajo.

silencio la Ley de Procedimiento administrativo, el enfoque que ha de dársele al problema ha de ser forzosamente distinto por dos razones.

En primer lugar, porque la Ley de Procedimiento administrativo, aunque contempla el silencio con efecto negativo como regla general (art. 94) y regula fragmentariamente el efecto afirmativo, en algún punto concreto (16) establece la aplicación de éste con carácter general, y aunque en conjunto no lo regula de este modo, al decir «cuando así se establezca por disposición expresa», está autorizando a la Administración a que adopte esta solución en disposiciones reglamentarias.

En segundo lugar porque los artículos 94 y 95 de la Ley de Procedimiento administrativo llevan a cabo en España esa regulación general a que se refería la doctrina italiana. En este punto el legislador ha dejado sin valor la reiterada afirmación de la jurisprudencia de que la institución o teoría del silencio de la Administración sólo es aplicable cuando se encuentre establecida por disposición expresa (17), ya que ahora existe siempre una disposición expresa, la Ley de Procedimiento administrativo.

Es éste por consiguiente, el momento de plantearse el problema de cual sea la naturaleza jurídica del silencio de la Administración, siempre sin olvidar en el transcurso de nuestro estudio que el efecto afirmativo del silencio está admitido legitimamente en nuestro Derecho por el artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo.

c) Falsas posturas de principio.

Esto nos obliga a revisar algunas ideas que han sido hasta ahora admitidas prácticamente sin discusión alguna. La primera de ellas es la ya indicada acerca de la legitimidad del efecto afirmativo del silencio. Pero junto a esta puntualización interesa mucho poner en tela de juicio otras afirmaciones doctrinales.

Una de ellas es la, hasta ahora tradicionalmente aceptada, de que la solución al problema del silencio está contemplada en función de la interposición de un recurso contencioso-administrativo. En cuan-

(16) «Cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones acordadas en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores.» (Artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo.)

(17) Véase en este sentido, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo, 12 de julio y 25 de septiembre de 1953, 20 de febrero de 1956 y 11 de febrero de 1958.

to a ésto es terminante la afirmación de Forti, en el sentido de que «la teoría del silencio tiene por objeto solamente conseguir el efecto procesal de hacer viable un recurso contencioso-administrativo» (18), suscrita en España por Royo Villanova al decir que la teoría o institución del silencio ha sido introducida en la Ley para asegurar la eficacia de las garantías jurisdiccionales reconocidas a los ciudadanos (19).

Nosotros, por el contrario, estimamos que las anteriores afirmaciones no pueden aceptarse con un rigor absoluto. Ciertamente éste ha sido el principal cometido que ha cumplido la teoría o institución del silencio, y en este sentido sería aplicable a España la afirmación de Hauriou, al comentar la Ley de 17 de julio de 1900, de que «la doctrina sobre el silencio administrativo había servido en Francia para extender el dominio de lo contencioso haciéndolo tan amplio como el de la reclamación administrativa» (20); pero esta función no es la única que cumple la teoría o institución del silencio de la Administración.

Y esta postura nuestra la estimamos basada en dos fuertes argumentos. El primero de ellos es que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 38 dice que el interesado «podrá considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional según proceda». Esto es, no se trata de una institución regulada exclusivamente de cara a la jurisdicción contenciosa sino que, como afirma González Pérez, la Ley citada contempla el silencio como algo más que un obstáculo a superar para llegar al contencioso (21).

El segundo argumento es el siguiente. En los casos de efecto afirmativo no puede aceptarse el punto de vista que discutimos, ya

(18) FORTI, *Il silenzio della pubblica Amministrazione*, «Rivista di Diritto Processuale Civile», 1953, pág. 101, citado por GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, I, 7.ª ed., Madrid, 1959, pág. 280.

(19) ROYO VILLANOVA, S., *El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 48, 1949, pág. 827.

(20) GONZÁLEZ RIVERO, *El silencio de la Administración en el Derecho español*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 111, 1960, págs. 331-332, donde suscribe la afirmación.

(21) GONZÁLEZ-PÉREZ, *Los recursos administrativos*. Madrid, 1960, página 97.

que normalmente no existirá reclamación contra lo otorgado en virtud del silencio. En este sentido son concluyentes las palabras de Garrido Falla, según el cual si el silencio de la Administración no es realmente sino un mecanismo que posibilita el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa allí donde la pasividad administrativa lo hubiera hecho imposible, parece que deba descartarse *ab initio* una discusión acerca de sus efectos positivos o negativos. Mas es el caso que si bien la regla general es que en nuestro Derecho positivo se configura el silencio como una ficción legal de desestimación de lo que el particular pretende, no faltan preceptos en los que se consagra precisamente la solución inversa: el valor positivo del silencio de la Administración (22).

Otro error es el que podría derivarse de la inclusión de los artículos 94 y 95 de la Ley de Procedimiento administrativo que hacen la regulación del silencio en el capítulo IV de la Ley, que se refiere a la terminación del procedimiento. Es evidente que el silencio no es una simple forma de terminar el procedimiento administrativo. Sobre esto nos orienta lo suficiente el artículo 1.º de la Ley al establecer el ámbito de aplicación. El silencio de la Administración se aplicará, por el contrario, en muchos casos sin tener esta significación (23). Como en la materia referente a comunicaciones y notificaciones (arts. 78 y ss.), y a petición (art. 70) el legislador ha aprovechado la ocasión de la promulgación de la Ley para establecer una regulación que desborda el marco estricto del procedimiento.

2) *El silencio ¿puede considerarse acto administrativo?*

Una investigación en torno a la naturaleza jurídica del silencio de la Administración debe empezar forzosamente planteándose esta pregunta que podría tener una base en la situación actual del Derecho administrativo español. En efecto, las leyes se refieren al hablar de silencio de la Administración a «acto presunto» (24) y «de-

(22) GARRIDO, *El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, número 91, 1957, págs. 51 y sigs.

(23) Véase *infra*, los casos de efecto afirmativo, que no siempre suponen terminación del procedimiento.

(24) Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Exposición de motivos, IV, 2, *in fine*.

negación presunta» (25), la jurisprudencia emplea igualmente la expresión (26), e incluso la doctrina, si bien, en general, ha rechazado esta postura, en algún caso aislado ha empleado expresiones que pueden inducir a error (27) y a veces se ha referido a la posibilidad de que el silencio de la Administración lleve consigo un acto tácito (28).

Todo esto nos obliga a revisar detalladamente el silencio de la Administración para averiguar si en su caso existe un acto administrativo, sea o no sea tácito.

a) Ausencia de los requisitos del acto.

Para examinar si en los supuestos de silencio de la Administración existe verdaderamente un acto administrativo, nada más convincente que averiguar si se dan en ellos los elementos de éste. No es este lugar ni ocasión de entrar en el examen de cuáles sean los elementos del acto (29). Vamos, por tanto, a aceptar la enumeración de Garrido Falla (30), que es la más común en la doctrina española. Considera este autor como elementos del acto administrativo el sujeto, el objeto, la causa, el fin y la forma, esta última en su doble acepción, como integración y como declaración de la voluntad administrativa. No nos es necesario, sin embargo, entrar en un examen a fondo de todos estos elementos, ya que todos ellos están en función de uno: el objeto o contenido del acto. Si no existe objeto del acto carecerá de sentido entrar en el examen de si se dan o no las circunstancias de validez en la actuación del sujeto, así

(25) Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, art. 38, 2, y Ley de Procedimiento administrativo, Exposición de motivos, V, 5, y artículo 24, 2.

(26) Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1954.

(27) Así, JELLINEK admite que el silencio puede suponer una autorización tácita. Citado por FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción española, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, pág. 152. ZANOBINI habla de manifestación tácita, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, 7.^a ed., Milán, 1954, pág. 287. En el mismo sentido en España, ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 24.^a ed., Valladolid, 1955, págs. 108-109.

(28) MARTÍNEZ USEROS, *La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, número 32, 1947, págs. 165 y sigs.

(29) Para examinar referencias doctrinales, véase GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958, págs. 432 y sigs.

(30) GARRIDO, obra y lugar citados.

como cual sea la causa o el fin del acto. Únicamente será preciso que nos detengamos en el estudio de la forma, para tratar de esclarecer la confusión doctrinal entre silencio de la Administración y declaración tácita.

Con Garrido y Vitta entendemos por objeto o contenido del acto, en sentido estricto, una declaración de conocimiento, voluntad o juicio en que un acto consiste, y en sentido amplio el efecto práctico que con este acto se pretende obtener. Ahora bien, cuando se produce una situación de silencio, esto es, cuando se dirige por alguien una petición o instancia a un órgano de la Administración y ésta calla, de ningún modo existe una declaración (la Administración ha callado) de conocimiento, voluntad ni juicio. En sí el silencio es un hecho ambiguo (31) que no significa ni declara nada. Resulta inocuo, por tanto, preguntarse por el fin o la causa de un acto que carece de objeto y que, por tanto, no existe *ab initio*. Y en cuanto al sujeto al que se ha de imputar el silencio, una investigación en torno al mismo carecería por completo de interés. Igual sucedería con una investigación en torno al procedimiento en sentido amplio, esto es, en torno a la forma de integrarse la voluntad administrativa, ya que es precisamente la voluntad administrativa lo que falta.

Pero hemos dicho con Garrido Falla (32) que en un sentido amplio puede considerarse objeto o contenido del acto el efecto práctico con éste se pretende obtener. Y esto nos plantea un importante problema. ¿Puede decirse que el silencio de la Administración intenta perseguir un efecto práctico, manifestando tácitamente una intención oculta tras ese silencio? O enunciando el problema más brevemente, ¿el silencio de la Administración encubre un acto tácito?

b) El silencio de la Administración no es un acto tácito.

El epígrafe que antecede expresa nuestra postura en torno al problema. A nuestro juicio la respuesta al mismo es bastante clara,

(31) En este sentido, SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo. Principii generali*, 3.^a ed., Padua, 1937, págs. 255 y sigs. En España, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS se pronuncian igualmente en este sentido. «En la situación de silencio ante el derecho, lo que se da es una actividad incompleta en sí y por sí indiferente y equívoca». *Derecho Administrativo*, I, 7.^a ed., Madrid, 1959., pág. 285.

(32) GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958, páginas 432 y sigs.

ya que en puridad de doctrina, aunque indudablemente tenemos que admitir que en el comportamiento de la Administración se dan actos tácitos, éste no es el supuesto del silencio de la Administración.

En efecto, existe acto tácito cuando la Administración, sin haber dictado un acto expreso, ha llevado a cabo una serie de actuaciones conexas que presuponen la existencia de una voluntad. En este sentido se pronuncian Forsthoff (33) y Zanobini (34) y en España Garrido (35).

Y resulta evidente que no existiendo voluntad de la Administración en el caso de silencio, en forma alguna puede pensarse que exista un acto tácito, ya que este de lo que adolece es de una falta de declaración expresa (pero el acto existe), mientras que en el caso de silencio de la Administración al no existir voluntad no existe tampoco acto. Resultan, por tanto, poco coherentes las afirmaciones de Royo (36) y Zanobini que entienden existe en el caso de silencio una manifestación tácita aunque no existe «de hecho» un acto administrativo; puesto que no se puede manifestar una voluntad que no existe (37).

Un importante sector doctrinal se pronuncia en favor de la postura aducida por nosotros. Así Santi Romano piensa que el silencio de la Administración no puede interpretarse como una declaración ya que no es en sí más que un hecho ambiguo, que sólo adquiere significado *ex lege* (38). Y Alessi, rechaza igualmente que el silencio de la Administración lleve consigo un acto tácito o presunto (39). En España ha insistido especialmente en esta posición Garrido (40),

(33) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción española, Madrid, 1958, págs. 302 y sigs.

(34) ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, 7.ª ed., Milán, 1954, página 218.

(35) Para examinar referencias doctrinales, véase GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958, págs. 432 y sigs.

(36) ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, 24.ª ed., Valladolid, 1955, págs. 108-109.

(37) ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, 7.ª ed., Milán, 1954, página 218.

(38) SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo. Principii generali*. 3.ª ed., Padua, 1937, págs. 255 y sigs.

(39) ALESSI, *Sistema istituzionale di Diritto Amministrativo italiano*, 3.ª ed., Milán, 1960, págs. 288 y sigs.

(40) GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958, páginas 432 y sigs.

subrayando que si bien es cierto que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley de Procedimiento administrativo se refieren incidentalmente a acto presunto y denegación presunta (41) empleando un lenguaje impreciso que dé por sí, posiblemente, no envuelve más que una falta de pureza doctrinal, no lo es menos que muestra extinguida jurisdicción de agravios ha declarado en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 25 de octubre de 1951, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 7 de noviembre, que el silencio de la Administración «se distingue del acto administrativo tácito, en el que si bien se produce la misma abstención del pronunciamiento principal, sin embargo consiste en una declaración indirecta o en una ejecución que significa que por sí misma y sin precisión de una disposición general que lo interprete o dé valor, aquiescencia o repulsa».

c) Un supuesto excepcional: acto expreso y ausencia de notificación.

Cuanto hasta ahora venimos diciendo acerca de la inexistencia de acto administrativo cuando se aplica la teoría o institución del silencio de la Administración, quiebra en el supuesto excepcional contemplado en el epígrafe. López Rodó plantea el problema que nos ocupa cuando refiriéndose a la Ley de Expropiación forzosa (artículo 122) dice que adolece esta Ley del defecto de establecer como criterio determinante del silencio el hecho de la no existencia de resolución administrativa, cuando debiera basarse en la no existencia de notificación, que es lo que efectivamente trasciende al particular (42).

Cuando nos encontramos en presencia del supuesto indicado, que será siempre un supuesto excepcional, se tratará de un verdadero acto administrativo, aunque éste sea anulable según el artículo 48, 2, de la Ley de Procedimiento administrativo («el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados») (43) y cuya eficacia queda en

(41) Véase los lugares arriba citados.

(42) LÓPEZ RODÓ, *Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, número 89, 1957, pág. 661.

(43) La Jurisprudencia, refiriéndose a este artículo, ha considerado como omisión sustancial la privación de algún elemento esencial de conocimiento

una situación de pendencia indefinida (44) según el artículo 45, 2, de la misma Ley (la eficacia del acto quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o «esté supeditada a su notificación», publicación o aprobación). No obstante estaremos en presencia de un verdadero acto administrativo.

Sin embargo, estimamos que ésto no desvirtúa en absoluto lo que hemos dicho anteriormente sobre la inexistencia de acto en los supuestos de silencio de la Administración. Entre el supuesto típico de silencio y el que contemplamos existe una fundamental diferencia. En el primer caso no existe acto. En el segundo se está produciendo un acto administrativo, pero ante el transcurso del tiempo juega automáticamente el mecanismo procedimental y se atribuyen al supuesto los efectos del silencio de la Administración. Es claro, sin embargo, que puesto que el acto no notificado se puede considerar un acto anulable, la Administración podría convalidarlo posteriormente haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 53, 1, de la Ley de Procedimiento administrativo. En cuyo caso no habrá lugar a la aplicación del silencio según ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de octubre de 1959 (45).

Resumiendo, podemos decir que aunque la ausencia de notificación puede servirnos para averiguar si existe o no silencio, no puede ser el objeto principal de nuestro estudio si nos disponemos a enfrentarnos con el problema de la naturaleza jurídica del silencio de la Administración. Para el particular es efectivamente el indicio seguro o, quizá mejor, la prueba cuya evidencia no puede negarse, pero a la hora de intentar construir sobre el silencio una teoría que abarque todos los supuestos nos encontraremos con que habrá casos (relaciones entre órganos) en que el criterio de la ausencia de notificación no podrá utilizarse.

por parte de los interesados. Véanse en este sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1954, 8 de noviembre de 1955 y 9 de octubre de 1957. En el mismo sentido, aunque sin expresarlo en forma tan terminante, Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero y 17 de diciembre de 1959.

(44) Así GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958, págs. 432 y sigs.

(45) Volveremos sobre la convalidación al examinar al final de este trabajo la posibilidad de que la Administración dicte un acto expreso posterior que modifique derechos subjetivos.

3) *Nuestra posición en torno al problema*

Llegados a este punto de nuestro estudio vamos a intentar enfrentarnos con lo que era el objetivo del presente trabajo: la naturaleza jurídica del silencio de la Administración. Sobre este punto, al contrario de lo que decíamos respecto a la regulación positiva del silencio en España, puede afirmarse que existe una auténtica confusión doctrinal motivada, a nuestro entender, por dos razones. Una de ellas, la confusión con el acto tácito que rara vez aparece totalmente delimitado del supuesto de silencio (46). Otra la forzosa importación de conceptos del Derecho civil, que necesariamente han de ser manejados en cuanto constituyen la teoría general del Derecho.

a) *Posturas doctrinales.*

Quizá el estudio más detallado del silencio de la Administración sea el realizado en Italia por Alessi (47) que distingue entre los supuestos en que la legislación italiana atribuye al silencio unos efectos determinados (afirmativos o negativos) y el significado general del silencio cuando la Ley no le atribuye expresamente efecto alguno. En el primer caso, piensa Alessi que se da una presunción de existencia de una determinación volitiva tácita (48). En el segundo estima que el silencio deviene un comportamiento productivo de efectos jurídicos, y, por tanto una forma de actividad jurídica no negocial. Desde este punto de vista considera al silencio como un mero acto jurídico administrativo en el que no existe una resolución expresa, puesto que la Ley no presume la existencia de una determinación volitiva.

Aunque estimamos valiosa en algún punto la opinión de Alessi no podemos aceptar la solución del primer caso, por las razones que hemos indicado más arriba al rechazar la posibilidad de que el silencio encubriera un acto tácito. Ni tampoco su inclusión en el segundo caso en la categoría de mero acto jurídico-administrativo en vista de que la Ley no presume la existencia de una determinación

(46) En este sentido, ROYO, *Elementos de Derecho Administrativo*, 24.ª edición, Valladolid, 1955, págs. 108-109, y ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, 7.ª ed., Milán, 1954, pág. 287.

(47) ALESSI, *Sistema istituzionale di Diritto Amministrativo italiano*, 3.ª ed., Milán, 1960, págs. 288 y sigs.

(48) ALESSI, obra y lugar citados.

volitiva. Pues es el caso que en nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Procedimiento administrativo ha regulado el silencio con carácter general.

Un sector doctrinal muy importante insiste en que el silencio es un hecho que de por sí no tiene significación alguna. Así Santi Romano afirma que es un hecho ambiguo que sólo adquiere significado *ex lege* (49), afirmación que acepta Zanobini (50). Vitta opina que la simple inercia no significa nada (51), y García Oviedo insiste en que en la situación de silencio ante el derecho, lo que se da es una inactividad completa, y, en general, al ocuparse del silencio los autores suelen citar la vieja sentencia romana: *quæ tacet neque negat neque utique facetur* (52).

Otro sector doctrinal se muestra de acuerdo con la primera de las dos direcciones señaladas en la doctrina de Alessi y estima que el silencio es «una presunción, una ficción legal» como según hemos dicho antes afirman Garrido y González Pérez (53), o como hace González Rivero de una creación de la Ley (54), mientras que en alguna otra ocasión la doctrina intenta desentenderse del aparente problema terminológico. Así Royo Villanova examinando las diversas opiniones doctrinales dice que según Borsi se trata de una presunción *iuris et de iure*; según Orlando y Tommasone de una ficción legal. Y concluye afirmando que una y otra postura conducen al mismo punto (55).

b) Los tres momentos del silencio.

Sin embargo la aparente contradicción entre estas posiciones está salvada por la simple razón de que se refieren (la mayor parte

(49) SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo. Principii generali*. 3.^a ed., Padua, 1937, págs. 255 y sigs.

(50) ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, 7.^a ed., Milán, 1954, página 287.

(51) VITTA, *Diritto Amministrativo*, 4.^a ed., Turín, 1954, págs. 395 y siguientes.

(52) Digesto LI, tomo XVII.

(53) Así GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, págs. 86 y sigs., y GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, pág. 95.

(54) GONZÁLEZ RIVERO, *El silencio de la Administración en el Derecho español*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 111, 1960, págs. 331-332.

(55) ROYO VILLANOVA, *El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, número 48, 1949, pág. 827.

de los casos certeramente) a momentos diversos de la producción del silencio. Esto explica que el mismo Garrido, aunque como hemos dicho sostiene que el silencio es una presunción, una ficción legal, afirma en el mismo lugar (56) que es un hecho jurídico, un hecho al cual el Derecho concede consecuencias jurídicas.

Para nosotros, en el estudio del silencio de la Administración hay que distinguir tres momentos diversos: el hecho del silencio, la atribución de efectos por la Ley, y esos mismos efectos que son los de más interés por su relevancia práctica directa; lo que nos explica la antes transcrita afirmación de Royo Villanova. Vamos a intentar abordar la interpretación del significado jurídico de cada uno de esos tres momentos.

a') El hecho jurídico.

Al llevar a cabo el estudio de este primer momento forzosamente tenemos que importar conceptos elaborados por los cultivadores del Derecho civil. Y al entrar en este campo hemos de tener bien presente que los conceptos no pueden importarse sin más, como recuerda Forsthoff expresamente, al referirse al estudio del silencio (57). Por ello no estamos de acuerdo con la incidental afirmación de González Rivero, de que la doctrina del silencio de la Administración no es sino una secuela de la doctrina del silencio en el Derecho (58).

Decíamos más arriba que no obstante rechazar en conjunto la posición de Alessi, estimábamos útil su opinión en algún punto. Nos referíamos entonces a su afirmación de que en general el silencio es un comportamiento productivo de efectos jurídicos y, por tanto, una forma de actividad de producción jurídica no negocial (59). Suscribimos totalmente la afirmación de Alessi en lo referente a la no existencia de negocio jurídico puesto que falta un requisito esencial del mismo: la voluntad.

(56) GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, págs. 86 y sigs.

(57) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción española, Madrid, 1958, pág. 245.

(58) GONZÁLEZ RIVERO, *El silencio de la Administración en el Derecho español*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 111, 1960, páginas 331-332.

(59) ALESSI, *Sistema istituzionale di Diritto Amministrativo italiano*, 3.ª ed., Milán, 1960, págs. 288 y sigs.

Excluido el concepto de negocio jurídico, es necesario estudiar si le es aplicable al silencio el de acto jurídico. Y al llegar a este punto nos encontramos con que igualmente se impone una respuesta negativa ya que se consideran actos jurídicos, según la moderna doctrina civilista francesa, a las situaciones en que se tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida (60). Y éste no es evidentemente el caso del silencio ya que en él no existe una voluntad que se manifieste en una conducta, supuesto además expresamente excluido por De Castro (61) y también por Santi Romano que se manifiesta en contra de la inclusión del silencio, «acción material», entre los actos jurídicos no negociales (62).

Es necesario, por tanto, aceptar la postura de Garrido cuando afirmaba que el silencio es un hecho jurídico (63) o más exactamente un mero hecho jurídico, de acuerdo con la definición que del mismo da De Castro. Esto es, un estado de las cosas o de la persona, o de la vida social en que la voluntad humana no es tenida en cuenta para determinar su significado jurídico.

Hemos de separar cuidadosamente del supuesto del silencio, mero hecho jurídico consistente en que la Administración calle, el transcurso del tiempo, al menos con el significado que le da la doctrina civilista, ya que no cabe identificar el silencio con las instituciones que considera derivadas del transcurso del tiempo el Derecho civil: prescripción y caducidad (64).

La diferencia entre prescripción y silencio es clara, en cuanto que la prescripción supone la transformación reconocida por la Ley de un estado de hecho en un estado de derecho, lo que no se da en el silencio de la Administración ya que en éste se pasa de una situación ambigua de por sí, a otra en que por atribución de la Ley se producen unos determinados efectos jurídicos. No aparece tan clara en cambio la diferencia existente entre silencio y caducidad o deca-

(60) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, I, Madrid, 1955, pág. 692.

(61) DE CASTRO, obra y lugar citados.

(62) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, «Ristampa Inalterata», Milán, 1953, pág. 5.

(63) GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, págs. 86 y sigs.

(64) Para un criterio de distinción entre estos dos conceptos, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, «Ristampa Inalterata», Milán, 1953, pág. 48.

dencia. La doctrina considera que existe caducidad cuando la Ley establece un plazo fijo para el ejercicio de una potestad, de tal forma que transcurrido el plazo sin ejercitarla la potestad se extingue. Garrido considera que la diferencia está en que en el supuesto de silencio, los poderes de la Administración no están sometidos a ningún plazo de caducidad, pues tal plazo o no existe o, cuando existe, tiene la significación de una mera pauta frente a la desidia o negligencia de los administradores (65). Nosotros nos avenimos a esta postura que creemos avalada en nuestro Derecho por la Ley de Procedimiento administrativo y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que establecen respectivamente en sus artículos 94, 2, y 38, 2, que «la denegación presunta no excluirá al deber de la Administración de dictar una resolución expresa»; la cual no sería posible en un supuesto de caducidad.

b') La atribución de efectos por la Ley. ¿Ficción o presunción?

Ahora bien, esta «actividad material», mero hecho jurídico, que es el silencio de la Administración adquiere relevancia jurídica porque se da, sucesivamente a ella, otro momento en el conjunto de la teoría o institución: la atribución de efectos por la Ley.

Como hemos visto, la doctrina italiana (Vitta, Alessi) negaba un valor general al silencio de la Administración precisamente porque la Ley no le atribuía unos efectos determinados con carácter de generalidad. Pues bien, hemos insistido antes y repetimos aquí que precisamente el interés que ofrece el problema del silencio de la Administración en España en la actualidad se deriva de esto, de que nuestra Ley de Procedimiento administrativo da normas generales sobre el silencio, con lo que el silencio de la Administración siempre tiene en España un significado.

Pero nótese bien que el significado lo tiene exclusivamente por eso. En este sentido la doctrina española es relativamente unánime. Así González Pérez estima que el silencio es una presunción que la Ley establece (66), Garrido habla de «presunción, ficción legal» (67),

(65) GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, pág. 98. En el mismo lugar considera que en los casos de ejercicio de control sí se da un supuesto de caducidad. Más adelante entraremos en este problema.

(66) GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, página 95.

(67) GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*. «Revista de Administración Pública», núm. 16, pág. 92.

y García Oviedo-Martínez Useros, piensan que se trata de aplicar el criterio de resolución que para tal hipótesis expresamente preestablece la Ley (68). Y el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de diciembre de 1954 afirmaba en un caso de silencio que «aunque los antecedentes permitan suponer que el Ministerio no ha tenido el deliberado propósito de oponerse, lo cierto es que su pasividad ha engendrado la situación descrita»; esto es, sostenía que independientemente de los antecedentes, *ex lege* se habían producido los efectos del silencio.

Queda por resolver sobre ésto una cuestión. ¿Cómo hay que llamar a la figura en virtud de la cual la Ley atribuye al silencio efectos jurídicos? Repetidamente hemos citado textos doctrinales en que se hablaba indistintamente de ficción y de presunción. Ciertamente la terminología que usa la Ley al referirse a denegación presunta, a que hemos aludido más arriba, podría a primera vista parecer un argumento a favor del término presunción. Pero nosotros opinamos en contrario, siguiendo a García Oviedo (69) por dos razones. En primer lugar, porque el empleo del término presunción tiene un valor entendido en Derecho positivo español ya que los artículos 1.249 y siguientes del Código civil la consideran como un medio de prueba. En segundo lugar, porque el empleo del término presunción, puede volver a llevarnos a la vieja confusión entre silencio de la Administración y «acto tácito o presunto». El empleo de la terminología por la Ley no prejuzga nada. En todo caso habría que recordar con Garrido que el legislador no debe, por vía legal, dar definiciones, ni adelantar calificaciones jurídicas; pero si lo hace debe hacerlo con el debido rigor técnico (70).

c) Los efectos del silencio de la Administración.

Por último un tercer momento, el de los efectos que produce el silencio de la Administración, que son los que le dan a la figura jurídica su máximo interés y virtualidad. Por tanto, vamos a referirnos a ello en el apartado próximo más detalladamente.

c) Definición.

A la vista de lo hasta ahora examinado nos atrevemos a propo-

(68) GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, I, 7.ª edición, Madrid, 1959, pág. 285.

(69) GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, obra y lugar citados.

(70) GARRIDO, *Dos métodos en el estudio de la Administración pública*, Sevilla, 1961, pág. 61.

ner la siguiente definición del silencio. El silencio de la Administración es un hecho jurídico, al que pasado cierto tiempo, en virtud de una ficción legal, se le atribuyen determinados efectos jurídicos en sentido afirmativo o negativo.

II. EFECTOS Y REQUISITOS DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

1) *Efectos*

Cuando llegamos a este punto concreto de nuestro estudio nos encontramos con que la unidad que preside la teoría o institución del silencio de la Administración tal como hasta ahora la hemos expuesto, quiebra por completo para diversificarse en dos vertientes distintas: los llamados silencio positivo y negativo de la Administración.

Esta diversificación es, en principio, lógica. En efecto se trata de que a un hecho ambiguo, mero hecho jurídico, se le otorgue *ex lege* una significación determinada. La claridad y las exigencias de la vida práctica imponen que al dirigirse alguien a la Administración y no darle ésta respuesta, se considere que la Administración estima o desestima lo que se le pedía. Sin embargo, esta diferencia de regulación a que aludíamos, aunque no puede suponer una naturaleza jurídica diversa, sí supone un régimen jurídico diferente por la razón de que los motivos que han inducido a adoptar una solución u otra son distintos.

La desestimación de lo solicitado a la Administración tiene un objeto claro y definido: dejar expedita la vía contencioso-administrativa. La estimación en cambio, introducida después de mucha repugnancia doctrinal, obedece, como indica Royo Villanova, a la necesidad de proteger los intereses de los administrados en ciertas circunstancias; especialmente cuando el mantenimiento de la situación (que sería el resultado de la denegación) habría de causar un grave perjuicio a los particulares. O bien obedece a la preocupación de eliminar la desidia o negligencia, posibles estorbos de la delicada máquina de las organizaciones administrativas (71).

(71) ROYO, *El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 48, 1949, pág. 898.

a) ¿Se puede hablar de distintas clases de silencio?

La respuesta a esta pregunta es necesaria porque vendría a solucionar dos equívocos de desigual importancia. El primero de ellos es simplemente terminológico. En la doctrina española existe una cierta confusión en torno a la denominación de lo que nosotros llamamos efectos del silencio. Así vemos que Royo Villanova habla de valor positivo y negativo del silencio (72), y en este mismo sentido se pronuncian Garrido (73) y Boquera (74), mientras que González Pérez habla de carácter positivo y negativo del silencio (75), y González Rivero distingue ya claramente dos clases de silencio (76).

El segundo equívoco es de más importancia. Se trata de la cuestión de fondo oculta tras esta confusión terminológica. Se ha contemplado siempre el silencio desde el prisma del efecto negativo y, por tanto, el afirmativo no encaja en los moldes esquemáticos elaborados. No se reconoce que exista una diversa naturaleza jurídica entre uno y otro, pero permanece latente la convicción o, al menos, se contempla el efecto afirmativo como una excepción sin importancia, incapaz de desvirtuar lo elaborado ya.

b) Nuestra posición.

Hasta ahora venimos hablando de efecto negativo y efecto afirmativo del silencio de la Administración. La terminología indicada fue usada por primera vez por Garrido (77), y nosotros la hemos adoptado, transformando la expresión efecto positivo en efecto afirmativo, que nos parece más de acuerdo con la realidad, ya que se trata de que ante una petición la Administración contesta afirmativamente. Fundamentamos nuestra postura en que la significación del silencio será afirmativa o negativa cuando la Ley le haya atribuido

(72) ROYO, obra y lugar citados.

(73) GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, pág. 92.

(74) BOQUERA, *Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 30, 1959, páginas 87 y sigs.

(75) GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, página 95.

(76) GONZÁLEZ RIVERO, *El silencio administrativo en el Derecho español*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 111, 1960, págs. 331-332.

(77) GARRIDO, *El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, número 91, 1957, pág. 52.

efectos jurídicos. Luego son esos efectos los afirmativos o negativos y no el silencio mismo.

De lo dicho se deduce que respondemos negativamente a la pregunta formulada en el epígrafe anterior. Pues para nosotros es obvio que existe una sola figura: el silencio de la Administración, que tiene en ambos casos la misma naturaleza jurídica. Será la Ley la que luego le atribuya efectos distintos. Pero en principio, en el silencio hecho jurídico con determinados efectos por virtud de una ficción legal no está justificado distinguir dos clases, ya que la diversificación sólo se refiere a los efectos ulteriores.

2) *Requisitos*

Antes de orientar definitivamente nuestro estudio hacia el efecto afirmativo, que nos proponemos tratar especialmente, vamos a referirnos someramente a los requisitos necesarios para que exista silencio de la Administración cualesquiera que sean sus efectos. Para nosotros estos requisitos son los siguientes:

a) Escrito dirigido a la Administración. ¿Petición o instancia?

El primer requisito necesario para que la Ley atribuya efectos al hecho jurídico de que la Administración calle, es que este silencio se produzca ante un escrito de un particular, de un ente público menor, o de otro órgano de la Administración del Estado. Y empleamos el término escrito precisamente porque es lo suficientemente amplio para incluir todos los supuestos. El motivo de este rodeo terminológico es que estimamos en Boquera (78) que nuestra legislación no regula de forma clara esta materia, puesto que los artículos 94 de la Ley de Procedimiento administrativo y 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se refieren exclusivamente a petición, mientras que el artículo 70, 1, de la primera de ellas habla de instancias y peticiones. El problema sería puramente terminológico, a no ser porque el mismo artículo 70 en su número 3 dice que cuando se trate de una mera petición graciable la Administración sólo vendrá obligada a acusar recibo de la misma.

No nos interesa ahora entrar en el problema de distinguir entre petición e instancia sino en el de averiguar en qué casos será

(78) BOQUERA, *Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 30, 1959, páginas 99 y sigs.

aplicable el silencio de la Administración. Estimamos que éste se aplicará en todo caso, según el artículo 70, 2, de la Ley de Procedimiento administrativo (las citadas autoridades y organismos están obligadas a resolver las instancias que se les dirijan por las personas «directamente interesadas» o declarar en su caso los motivos de no hacerlo), salvo cuando se trate de meros interesados, entendiéndose por tales los que claramente no sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos. Claro es que, como dice Boquera (79), en muchos casos el punto controvertido será precisamente éste. Pero los efectos no serán tan perniciosos como Boquera cree, porque, tratándose de silencio con efecto afirmativo, se entenderá concedido lo que pide, y con efecto negativo el particular tendrá expedita la vía contenciosa.

De todas formas el criterio no nos parece que pueda afirmarse como totalmente indiscutible de *lege ferenda*. Pero de *lege data*, y éste es el caso que contemplamos, no hay más remedio que aceptarlo. Nuestra legislación positiva no nos ofrece otro.

b) Ausencia de notificación.

Así como más arriba rechazábamos el supuesto del acto expreso no notificado como objeto central del estudio del silencio de la Administración, puesto que no podía servirnos de base para estudiar la naturaleza jurídica del mismo, al llevar a cabo una enumeración de los requisitos del silencio es necesario mencionar éste y no el de la inexistencia del acto, ya que lo que trasciende al particular es precisamente la ausencia de notificación.

Enfocándolo como requisito, la ausencia de notificación es más importante que la inexistencia del acto puesto que la primera cubre los dos supuestos. Aunque en sí no es por completo indiferente como afirma González Pérez (80), ya que puede llevar consigo importantes consecuencias, a las que nos referiremos más abajo.

c) Transcurso del tiempo.

Igual que acabamos de decir de la ausencia de notificación, el transcurso del tiempo, que no puede ser el objeto central de nuestro estudio (ya que el hecho jurídico no es este transcurso sino el que la Administración calle), tiene una extraordinaria importancia en cuanto requisito del silencio.

(79) BOQUERA, *ob. cit.*, pág. 101.

(80) GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, página 100.

Esta importancia consiste en que el transcurso del tiempo es el aglutinante de los restantes requisitos que es necesario conjugar con él para que el silencio se dé. Dirigido el escrito a la Administración, no habiéndose notificado decisión alguna, y habiendo sido denunciada la mora en su caso, no se producirán los efectos del silencio hasta que no haya transcurrido el plazo. Que de este modo viene a ser el soporte inmediato de la ficción legal. Pues en definitiva el silencio es un hecho jurídico, al que *pasado cierto tiempo*, en virtud de una ficción legal, se le atribuyen unos efectos jurídicos en sentido afirmativo o negativo. En este sentido, por otra parte, se ha pronunciado el Tribunal Supremo (81).

d) Denuncia de la mora.

Según que se exija o no (puesto que no es requisito indispensable), nos encontraremos ante lo que la doctrina llama silencio automático, o ante el régimen normal.

Según éste es preciso que al cabo de tres meses, de acuerdo con los artículos 94 de la Ley de Procedimiento administrativo y 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el particular se dirija a la Administración recordándole que ha transcurrido el plazo del silencio. Este recordatorio es en cambio innecesario en los casos de silencio automático en que inmediatamente, *ex lege*, se producen los efectos. La diferencia entre ambos casos es puramente de tiempo. En el régimen normal habrá que sumar el tiempo que transcurra hasta la denuncia de la mora más otro ulterior para entender que se han producido los efectos legales.

* * *

Una vez examinados los problemas generales que plantea el silencio de la Administración, sería preciso llevar a cabo un estudio detenido del efecto afirmativo del mismo. Pero ésto será abordado en la continuación de este trabajo.

(81) Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1953.