

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Depósito legal, M. 1.582 - 1958.

AÑO XXI

MAYO-JUNIO

NUM. 123

I. SECCION DOCTRINAL

Efecto afirmativo del silencio de la Administración

por

MARIANO BAENA DEL ALCAZAR

Profesor Ayudante de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 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.* ¿Puede la Administración dictar un acto expreso que modifique derechos subjetivos?

Habiendo dejado sentada en otro lugar (1) la naturaleza jurídica del silencio y estudiados sus requisitos, vamos a pasar a considerar el efecto afirmativo del mismo, al que la doctrina no ha dedicado una atención detallada después de la promulgación de la Ley de Procedimiento administrativo que lleva a cabo una nueva

(1) «Naturaleza jurídica del silencio de la Administración», REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 121, Madrid, 1962, págs. 1 y ss.

regulación. El efecto negativo, por el contrario, ha sido estudiado y sistematizado por la doctrina, por lo que desde un principio no hemos tenido intención de considerarlo detalladamente aquí (2).

El efecto afirmativo del silencio ha sido siempre mirado con desconfianza por la doctrina. Especialmente ha sido combatido por Garrido (3), que abunda en los argumentos de Royo Villanova (4). En el caso de silencio positivo, dicen estos autores, la voluntad de la Administración sería sustituida por ministerio de la Ley, por la voluntad de un particular. De esta suerte la gestión de la cosa pública, en caso de apatía, o pasividad administrativa, quedaría a merced de los particulares. La pretensión más disparatada y perjudicial podría convertirse en un acto en virtud de la doctrina del silencio. Argumentos en los que insisten Boquera (5) y González Rivero (6). Por otra parte González Pérez ha puesto de manifiesto los ventajosos resultados que se derivaron de la aplicación del Reglamento del Ministerio de Trabajo que aceptaba el efecto afirmativo del silencio (7).

Nosotros estimamos que a pesar de los inconvenientes del efecto afirmativo, éste puede ser un excelente medio de evitar la apatía y pasividad de la Administración. Esta se encuentra en una posición preeminente en cuanto tutela el interés público, pero según establece el artículo 29 de la Ley de Procedimiento administrativo, debe actuar con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia. De todas formas una discusión sobre la conveniencia de adoptar el efecto afirmativo sólo tiene sentido de *lege ferenda*. Pero actualmente es necesario estar al texto de la Ley.

(2) Véase un estudio minucioso del efecto negativo en GONZÁLEZ PÉREZ: *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, págs. 95 y ss., y *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1957, págs. 360 y ss.

(3) GARRIDO: «La llamada doctrina del silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 16, págs. 92 y ss.

(4) ROYO: *Elementos de Derecho administrativo*, 24.ª ed., Valladolid, 1955, págs. 108 y 109.

(5) BOQUERA: «Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, pág. 92.

(6) GONZÁLEZ RIVERO: «El silencio de la Administración en el Derecho español», *REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL*, núm. 111, 1960, pág. 341.

(7) GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1957, página 360.

Más importancia tiene en cambio otra cuestión. La de averiguar si el efecto afirmativo tiene un carácter excepcional. El convencimiento general de que el silencio de la Administración se da siempre de cara a una interposición de recurso contencioso ha hecho que la doctrina vea la regulación general en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en el 94 de la Ley de Procedimiento administrativo que establecen el efecto negativo. Se ha visto por tanto el afirmativo como excepción (artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo) regulada inmediatamente después de la regla general (artículo 94) para desvirtuarla en ciertos supuestos. En este sentido se pronuncia González Pérez (8). Nosotros opinamos en contrario basándonos en que para algunos supuestos (relaciones internas entre órganos de la Administración central y relaciones entre ésta y la indirecta) el efecto afirmativo es la regla general. Vamos inmediatamente a tratar de demostrarlo durante el apartado siguiente.

1. LA REGULACIÓN ACTUAL.

Se encuentra principalmente en la Ley de Procedimiento administrativo, aunque también es necesario examinar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no sólo a efectos del recurso, sino también por haberse planteado en torno a la regulación que hace del silencio algunas dudas doctrinales. Vamos a referirnos a cada uno de estos textos legales.

A) *En la Ley de Procedimiento administrativo.*

a) El artículo 95, ¿hace una regulación general?

La Ley de Procedimiento administrativo regula el efecto afirmativo del silencio en su artículo 95, que dice: «El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fisca-

(8) GONZÁLEZ PÉREZ: «El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento administrativo», *Documentación Administrativa*, núm. 89, 1958, pág. 37.

lización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses, a contar desde la petición.»

A primera vista se hace patente una cosa: que el artículo 95 no ha hecho una regulación unitaria del efecto afirmativo como sí la ha hecho el artículo 94 para el efecto negativo. Pero esta fragmentación no es tan grande como parece a primera vista, puesto que el artículo 95 da con carácter general efecto afirmativo a las relaciones (autorizaciones o aprobaciones) entre órganos de la Administración, y remite a disposiciones especiales tratándose de relaciones entre particular y Administración (9).

Sin embargo, el hecho de que la Ley regule fragmentariamente el efecto afirmativo del silencio en el artículo 95 no significa que lo contemple como excepción, puesto que lo establece con generalidad para las relaciones entre órganos y la remisión a disposiciones expresas constituye una puerta abierta para que la Administración adopte la solución en cuantas disposiciones reglamentarias sea preciso (10). La Ley de Procedimiento administrativo *no regula* con carácter general y unitario el efecto afirmativo del silencio de la Administración, pero lo *contempla* como un supuesto legítimo y completamente normal.

b) Ambito de aplicación del efecto afirmativo del silencio.

Hemos visto hasta ahora que el efecto afirmativo del silencio se aplica en virtud del artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo cuando se encuentra establecido en disposiciones especiales y cuando se trate de autorizaciones y aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. La remisión a las disposiciones especiales no plantea problemas demasiado importantes, ya que se ha suprimido del texto legal, la expresión, mantenida en la Exposición de Motivos, «cuando se trate de autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos cuyo otorga-

(9) En este sentido GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS: *Derecho administrativo*, I, 7.º ed., Madrid, 1959, pág. 283.

(10) En este sentido BOQUERA: «Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, número 30, 1959, pág. 95.

miento no fuese discrecional». La referida expresión hay que mantenerla por tanto simplemente como criterio de interpretación en las relaciones Administración-particular, lo que hace censurable su inclusión, dado el valor interpretativo que en nuestro Derecho tienen las Exposiciones de Motivos según Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1950.

Pero el problema más importante se plantea en torno al otro supuesto contemplado, a causa de la defectuosa redacción del artículo, ya que éste habla de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. En efecto, entendemos por tutela con Entrena Cuesta «el conjunto de poderes limitados otorgados por la Ley a un órgano administrativo sobre los actos realizados por entes públicos descentralizados para asegurar la legalidad de tales actos y proteger los intereses cuya gestión tiene encomendado el órgano de que se trate» (11). Se contemplan por lo tanto dentro de la tutela las relaciones de la Administración directa con la indirecta. Creemos que en este caso no es completamente correcto hablar de órganos superiores e inferiores, ya que esto podría dar una falsa idea de subordinación jerárquica.

Estimamos que el artículo 95 es aplicable a las relaciones Administración directa-Administración indirecta, además de por lo dicho, porque el artículo 1.º, 1, de la Ley que comentamos, dice: «la Administración del Estado ajustará su actuación a las prescripciones de la presente Ley», reforzado por el número 3, según el cual los artículos 94 y 95 serán de aplicación en todo caso. Y creemos interpretar correctamente que la supletoriedad que para la Ley de Procedimiento administrativo establece el artículo 1.º, 4, se refiere a las relaciones Administración indirecta particular y no a las existentes entre Administración directa y Administración indirecta. Por otra parte, ésta era la solución tradicional en nuestro Derecho, según afirman Garrido (12) y González Pérez (13).

(11) ENTRENA CUESTA: *Los movimientos centralizadores en Inglaterra*, Madrid, 1960, pág. 129.

(12) GARRIDO: «La llamada doctrina del silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 16, pág. 88.

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

Según esto, poniendo en conexión el artículo 1.º con el artículo 95, tendremos que se aplicarán las normas sobre efecto afirmativo del silencio:

1.º Cuando así lo establezcan disposiciones especiales; las actuales y las que puedan dictarse en el futuro.

2.º Cuando se trate de autorizaciones y aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización entre órganos de la Administración directa.

3.º En el mismo caso en las relaciones entre la Administración directa y la indirecta.

4.º A falta de regulación expresa por las normas de procedimiento de las Corporaciones locales y de los organismos autónomos (14).

c) La casuística del efecto afirmativo del silencio.

Las razones a que nos hemos referido más arriba que motivan la adopción de la solución del efecto afirmativo del silencio (deseo de impedir la pasividad de la Administración, o de eliminar estorbos en el funcionamiento de la misma, protección de los particulares cuando el mantenimiento de la situación les perjudique), son evidentemente las que han motivado la ausencia de una regulación unitaria del efecto afirmativo del silencio. Pues no siempre se darán esas razones en igual grado, y aun dándose, en ciertos supuestos, será necesario proteger el interés más relevante. Se hace preciso, por tanto, estudiar casuísticamente el efecto afirmativo del silencio en nuestra legislación vigente.

α') Las disposiciones especiales. Relación Administración-particular.

Suprimida del texto de la Ley de Procedimiento administrativo la alusión del proyecto remitido a las Cortes por el Gobierno, que en su artículo 99, 1, apartado a), se refería al efecto afirmativo del silencio (cuando se tratase de «autorizaciones previas a ejercicio de derecho subjetivo, salvo si estuviere dispuesto lo con-

(14) Para un estudio general sobre la materia, véase CLAVERO AREVALO: «Ambito de aplicación de la Ley de Procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, pág. 311.

trario o fuese discrecional su otorgamiento») (15), mantenida en la Exposición de Motivos, es necesario en primer lugar examinar a tenor del artículo 95 los casos establecidos en disposiciones especiales. En general estos casos suponen siempre un derecho previo de los particulares, aunque no siempre se les puede reconducir al molde técnico de una autorización.

Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley de Régimen jurídico de los hidrocarburos de 26 de diciembre de 1958 establece que si venciese el plazo de un permiso de investigación antes de haberse otorgado la concesión de explotación solicitada, se presumirá otorgada provisionalmente la concesión de explotación. En tal caso el plazo de ausencia de la concesión se contará a partir de la fecha de expiración del permiso de investigación. Comentando el artículo a que nos referimos opina Entrena Cuesta que el solicitante tiene ya previamente derecho a que se le otorgue la concesión (16). Nos adherimos sin reservas a la opinión formulada por Entrena. Pero el caso nos ilustra en torno a lo que decíamos anteriormente, ya que evidentemente no estamos en presencia de una autorización. Por otra parte el legislador atenúa lo que serían los efectos afirmativos del silencio mediante la provisionalidad que establece, aunque es lo cierto que del texto legal no se desprende en forma alguna que la Administración pueda volver sobre su decisión. El precepto, por el contrario, parece orientado hacia el cómputo de plazos de otorgamiento de la concesión.

Un caso que ofrece una gran semejanza con éste es el que plantea el artículo 12, párrafo 4.º, de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944. Según éste, transcurridos ocho meses sin que hubiere recaído acuerdo (sobre la concesión del permiso de investigación), y siempre que en el período oportuno no se hubiesen formulado oposiciones, el solicitante podrá comenzar los trabajos bajo su responsabilidad y sin perjuicio de los derechos de tercero, a reserva de la definitiva resolución del expediente. A pesar de que la redacción

(15) GONZÁLEZ PÉREZ: «El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento administrativo», *Documentación Administrativa*, núm. 89, 1958, pág. 40.

(16) ENTRENA CUESTA: «El dominio público de los hidrocarburos», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, pág. 363.

del artículo podría inducirnos a creer que no estamos en presencia de un caso de efecto afirmativo del silencio, un examen más detallado nos demostrará lo contrario.

Existe sólo una salvedad: que no se hubiesen formulado oposiciones. Pero por lo demás las reservas que establece el artículo resultan irrelevantes toda vez que los terceros que estimen perjudicado su derecho lo habrán hecho patente mediante la oposición adecuada en el período de información pública. Que transcurre precisamente durante el primer mes de los ocho necesarios para que puedan empezarse los trabajos (artículo 12, 1). Y en las condiciones expresadas no vemos cómo pueda resolverse el expediente en contra, ya que el mismo artículo 12, en su párrafo 2.º, establece que el permiso de investigación se otorgará, si no se hubiesen formulado oposiciones y resultaren debidamente cumplidos los requisitos exigidos en esta Ley. Estamos, pues, en presencia de un caso de otorgamiento reglado y al autorizar la Ley al particular para que comience los trabajos no hace más que reconocer un derecho preexistente.

Otro interesante caso de efecto afirmativo de silencio es el contemplado en el artículo 17 de la Ley de 16 de octubre de 1942, que dicta normas para la elaboración de Reglamentos laborales. Según su artículo 17, tales Reglamentos se entenderán aprobados automáticamente si en el término de treinta días hábiles, contados desde su ingreso en los Registros correspondientes, no se hubiera decidido sobre ellos. Consideramos interesante el caso porque aquí no se trata de autorizar a un particular a que haga una cosa ni de otorgarle una concesión, sino de llevar a cabo una aprobación en el sentido riguroso de la palabra. Esto es, la aprobación es requisito de la eficacia del acto, que sin ella sería válido pero no eficaz. La aprobación por la tácita, usando la expresión de la Ley, remueve un obstáculo de otra forma insuperable para la validez del Reglamento. Que no se trata en este caso de un asentimiento reglado resulta patente a la vista del artículo 19 de la Ley que faculta para interponer un recurso contra la negativa de aprobación del Reglamento.

En esta somera exposición de los casos en que la Ley atribuye al silencio efecto afirmativo es necesario que examinemos tam-

bién los que se plantean en la esfera local. Aunque el párrafo 4.º del artículo 1.º de la Ley de Procedimiento administrativo considera dicha Ley supletoria de las normas procedimentales de las Corporaciones locales, no obstante la remisión del artículo 95 a disposiciones especiales nos autoriza a estudiarlos en este apartado. Nada obsta, desde nuestro punto de vista, para considerar la legislación de régimen local como disposiciones especiales a este respecto.

En primer lugar nos encontramos el caso del artículo 9.º, párrafo 7, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, según el cual: «Si transcurren los plazos señalados en el número 5 con la prórroga del período de subsanación de deficiencias en su caso, sin que se haya notificado resolución expresa: a) El petionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas o mejoras de las ya existentes, podrá acudir a la Comisión provincial de Urbanismo donde existiere constituida, y en su defecto a la Comisión provincial de Servicios técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare el acuerdo quedará otorgada la licencia por silencio administrativo... c) Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos, y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los apartados precedentes se entenderá otorgada por silencio administrativo.»

Contra la opinión de Albi (17) estimamos el artículo perfectamente legal. Argumenta el autor citado que el artículo es ilegal por oponerse al artículo 361 de la Ley de Régimen local («los actos y acuerdos de las autoridades y Corporaciones locales serán inmediatamente ejecutivos cuando no requieran aprobación o autorización gubernativa sin perjuicio del recurso que la Ley establece»). Para Albi la posibilidad de dirigirse a la Comisión provincial de Servicios técnicos constituye un recurso que el Reglamento viene a establecer. Nosotros estimamos que, dejando aparte que la facultad de dirigirse a dicha Comisión sea o no un verdade-

(17) ALBI: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1960, pág. 67.

ro recurso, lo que sí es indudablemente cierto es que el artículo 361 de la Ley de Régimen local no es en forma alguna aplicable al presente caso puesto que el Ayuntamiento, al no resolver, no ha realizado ningún acto ni ha tomado ningún acuerdo. Afirma Albi por otra parte que el artículo 9.º del Reglamento de Servicios se opone a lo preceptuado en el artículo 374, 3, de la Ley de Régimen local, según el cual: «Lo dispuesto en este artículo (que establece la norma general del efecto negativo del silencio) se entenderá sin perjuicio de los preceptos especiales que regulen el silencio administrativo en determinadas materias.» Nosotros no vemos ningún inconveniente en que, teniendo en cuenta la autorización de la Ley, el efecto afirmativo del silencio sea establecido por disposiciones reglamentarias.

El fundamento de este caso de efecto afirmativo del silencio en las licencias reguladas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, como en los casos anteriores examinados, está en que los particulares poseen de antemano el derecho, y la licencia no viene más que a remover un obstáculo para su ejercicio. En este sentido se pronuncian Entrena Cuesta (18) y Garrido (19).

Otro supuesto de efecto afirmativo del silencio en la esfera local es el contemplado en el artículo 360, 2, de la Ley de Régimen local que autoriza, junto al Presidente de la Corporación, a los *particulares interesados*, para recurrir en alzada contra el acuerdo del Gobernador civil suspendiendo las resoluciones del Presidente de la Corporación o los acuerdos municipales. Recurso que se entiende estimado por el transcurso de treinta días. En este caso, según estima Garrido (20), estamos en presencia de un supuesto análogo al de las aprobaciones y acuerdos municipales, ya que el particular actúa en defensa de un acto local. El interés que la Ley le exige habrá por tanto que interpretarlo como un requisito necesario para que esté legitimado en orden a la interposición del recurso.

(18) ENTRENA CUESTA: «Las licencias en la legislación local», REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 107, pág. 668.

(19) GARRIDO: *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1958, página 410, en nota.

(20) GARRIDO: «La llamada doctrina del silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 16, pág. 88.

b') Relaciones entre órganos de una misma persona jurídica.

En otro lugar (21) hemos puesto de manifiesto cómo uno de los errores normales al tratar de los problemas del silencio era el de referirse únicamente al efecto negativo. En los casos en que se refería la doctrina al efecto afirmativo contemplaba casi exclusivamente la relación Administración-particular cuya casuística acabamos de examinar. Así Garrido (22) estima que en los casos de aprobación o autorización de un acto, ejercida por un órgano distinto del que lo dictó, no se está en presencia de una situación de silencio, sino simplemente de un caso de caducidad.

Nosotros nos permitimos disentir de tan autorizada opinión basándonos en varios argumentos. En primer lugar, porque, al menos tratándose de la aprobación, ésta es requisito indispensable para que el acto produzca efectos jurídicos, de tal manera que si no se da, el acto es ineficaz. No juega por tanto un plazo preclusivo para el ejercicio de un derecho (supuesto de caducidad), puesto que lo que se contempla es la necesidad de que se den los efectos de la aprobación y por tanto la Ley atribuye al silencio un efecto determinado. Esto es, no se contempla el supuesto desde el punto de vista del simple transcurso del tiempo, sino de una forma prevalente, desde el punto de vista del interés del órgano inferior en que el acto sea aprobado. Por otra parte estimamos que no hay inconveniente en que se apliquen a estos casos los razonamientos que hace Garrido respecto al silencio, tratándose de la relación Administración-particular. Pues, en efecto, según nuestra opinión, en estos casos los poderes de la Administración no están sometidos a ningún plazo de caducidad, ya que tal plazo o no existe o, cuando existe, tiene la significación de una pauta frente a la desidia o negligencia de los administradores. Esto es precisamente, en la mayoría de los casos, la razón de que se adopte la solución del efecto afirmativo del silencio.

Y una vez habiendo dejado sentado lo anterior, vamos a entrar en el examen de los supuestos contemplados en el epígrafe, incluidos en el artículo 95 al referirse éste a «cuando se trate de autori-

(21) «Naturaleza jurídica del silencio de la Administración», REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 121, Madrid, 1962, págs. 1 y ss.

(22) GARRIDO, obra y lugar citados.

zaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores». Un caso claro de este tipo es el contemplado en el artículo 130, 2, de la Ley de Procedimiento administrativo que establece la necesidad de aprobación por parte de la Presidencia del Gobierno de los proyectos de disposición de carácter general que se refieren a las materias enumeradas como de competencia exclusiva del Presidente, por el apartado 7 del artículo 13 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado. Citamos el caso como ejemplo, pues es claro que siendo éste el sector que unifica el artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo en cuanto al efecto afirmativo del silencio, lo dispuesto en él habrá de cumplirse siempre.

Otro ejemplo que podría citarse es el del artículo 39, 2, de la Ley de Procedimiento administrativo que lo establece también en lo relativo a concesiones en que hayan de intervenir varios Departamentos ministeriales, con la interesante particularidad de que se deroga el principio general de innecesariedad de la denuncia de la mora.

c') Relaciones entre personas jurídicas distintas.

Creemos haber demostrado más arriba que el artículo 95 de la Ley es aplicable a las relaciones Administración directa-Administración indirecta, cosa que en principio no parecía muy clara gracias a la inexactitud del texto del artículo. Una vez adoptado este punto de vista y estimando que estamos en presencia de un supuesto de silencio y no de caducidad, el caso mencionado no plantea problemas dignos de consideración.

Efectivamente, en esta materia la unificación es completa. Siempre que se trate de «autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores», entrará en juego el efecto afirmativo del silencio. Esta era, por otra parte, la solución tradicional en nuestro Derecho como afirman Garrido (23) y González Pérez (24), afirmación avalada por los ar-

(23) GARRIDO, obra y lugar citados.

(24) GONZÁLEZ PÉREZ: «El silencio administrativo en la nueva Ley de

títulos 110, 364 y 685 de la Ley de Régimen local. Sólo que ahora la unificación que lleva a cabo la Ley hace que se aplique a todos los casos (25).

Una última advertencia en esta materia. Es preciso no olvidar que el efecto afirmativo del silencio es aplicable no sólo a las relaciones Administración central - Administración local, sino también a las existentes entre Administración central y Administración institucional (26) y a las que se dan entre la Administración local y los entes por ella creados.

B) *En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

Aunque esta Ley no se refiere directamente al efecto afirmativo del silencio, no obstante nos resulta necesario examinarla, no sólo en orden a la interposición de un recurso contencioso subsiguiente al efecto afirmativo, sino también en cuanto al llevarse a cabo la interpretación de la Ley, han surgido ciertas dudas doctrinales sobre dicho efecto afirmativo.

a) ¿Contempla la Ley el efecto afirmativo del silencio? Sentido de la cláusula derogatoria.

Las dudas doctrinales a que aludíamos han sido planteadas por Boquera (27). Entiende este autor que la disposición final segunda de la Ley deroga los supuestos de efecto afirmativo de silencio, por cuanto establece la derogación de las normas de procedimiento contrarias a la Ley, y ésta regula el silencio únicamente en su artículo 38 atribuyéndole efecto negativo.

A pesar de que una interpretación rígida de la Ley conduce

Procedimiento administrativo», *Documentación Administrativa*, núm. 89, 1958, pág. 40.

(25) Véase, entre otros, los casos de aprobación o autorización de los artículos 192, 194 y 781 de la Ley de Régimen local; 38, 78 y 95 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, y 53, 2, de la Ley de Montes.

(26) En este sentido véanse los artículos 32 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación urbana, y 27 y 28 de la Orden de 22 de noviembre de 1954 que establece el procedimiento para los expedientes de concentración parcelaria.

(27) BOQUERA: «Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, páginas 88 y siguientes.

a esta extraña conclusión, para nosotros tal interpretación casi matemática debe rechazarse. Boquera, apoyando su interpretación en el artículo 38 y la disposición final segunda, rechaza el valor del texto de la Exposición de Motivos. Según ésta: «El régimen general instituido por la Ley carecerá desde luego de aplicación en aquellos supuestos en que otras disposiciones establezcan que, transcurrido cierto plazo, previa o no denuncia de mora, hayan de entenderse estimadas las pretensiones de los administrados, pues en otro caso la Ley, que tiene por objeto instituir garantías de las situaciones jurídicas de los administrados, vendría precisamente a aminorarlas» (28). De este párrafo de la Exposición de Motivos se deduce para nosotros claramente lo siguiente: la Ley que *no regula* el efecto afirmativo del silencio, *admite* sin embargo la existencia del mismo.

No obstante para nosotros, la Exposición de Motivos no tiene un valor por sí misma desconectada del texto de la Ley. Aunque tampoco creemos que a la hora de llevar a cabo la interpretación se pueda prescindir por completo de la Exposición de Motivos. Es necesario poner en conexión la disposición final segunda, el artículo 38 y la Exposición de Motivos sin prescindir de ninguno de los tres textos.

Procediendo de este modo vemos que la disposición final segunda deroga las normas contrarias a las que regulan el procedimiento administrativo en la Ley. Esto es, deroga las normas contrarias al artículo 38 que establece la regulación general del silencio. Pero éste es el punto especialmente controvertido: ¿Qué sentido da la Ley al silencio de la Administración? Nos atrevemos a afirmar que la Ley lo contempla como un medio que remueve el obstáculo para la interposición de un recurso contencioso. Y, ciertamente, no faltaban motivos al legislador para considerar de este modo el silencio de la Administración cuando un numeroso sector doctrinal, durante largo tiempo, lo consideraba sólo desde este punto de vista.

Apoyamos nuestra interpretación, en primer lugar, en que el artículo 38 viene a establecer la salvedad de la aplicación del si-

(28) *Exposición de Motivos*, IV, 2.

lencio para impedir que la Administración no resuelva, inmediatamente después del artículo 37 que establece como objeto del recurso la impugnación de disposiciones y de actos de la Administración. Y, además, en la Exposición de Motivos que durante todo el número 2 de su parte IV, así lo da a entender. Ciertamente, el legislador ha aprovechado la promulgación de la Ley para establecer el criterio general en torno al silencio, pero, naturalmente, no lo ha regulado en una Ley como la que nos ocupa sino en función de su objeto que es el recurso contencioso. Así, pues, el artículo 38 viene a establecer un régimen general, y, por tanto, la disposición final segunda deroga las normas anteriores que regulaban el silencio de una forma fragmentaria y casuística (29). Pero es claro que deroga las normas que establecían el efecto negativo del silencio, que siendo las que fundamentalmente importaban, eran, por otra parte, las más numerosas, y a mayor abundamiento, las únicas de que se mostraba partidaria la doctrina.

De esta forma para nosotros queda salvada la validez del texto de la Exposición de Motivos que mantiene el efecto afirmativo del silencio en interés de los particulares. Boquera niega que exista este interés. Nosotros opinamos lo contrario. El efecto afirmativo del silencio se establece para eliminar trabas en la gestión de la Administración, cosa en que los particulares, como ciudadanos, tienen interés, y también para evitar que en ciertos casos el mantenimiento de una situación signifique un perjuicio para los particulares. Y esto contra lo que piensa Boquera se da en la realidad. Piénsese, por ejemplo, en los perjuicios que se derivarían para el solicitante de un permiso de investigación minera, o de una concesión de explotación de hidrocarburos, del mantenimiento indefinido de su situación sin que la Administración resolviera.

Un examen de la posición de la jurisprudencia en torno a la cuestión que Boquera plantea sería totalmente ineficaz ya que se han adoptado posturas contradictorias. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1961 mantiene la misma

(29) Respetando las excepciones de los plazos. *Exposición de Motivos*, IV, 2.

tesis que Boquera. Pero, en cambio, la Sentencia de 8 de junio de 1961, sólo diez días posterior, admite la aplicación del efecto afirmativo del silencio, concretamente en el artículo 32 de la Ley del Suelo, que de ser cierta la tesis contenida por el autor mencionado estaría derogada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. De todas formas, nos hemos detenido en el examen de la cuestión planteada por Boquera, únicamente para intentar demostrar que el efecto afirmativo del silencio estuvo en vigor hasta 1958. Pues la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de este año es terminante en cuanto a su admisión en sus artículos 95 y 1.º.

b) El efecto afirmativo del silencio y el recurso de reposición.

Aunque no será lo habitual que a consecuencia de la situación creada por el efecto afirmativo del silencio se interponga un recurso contencioso-administrativo, no obstante la situación puede darse en algunos casos. Vamos, por tanto, a tratar de esclarecer las dificultades que puedan presentarse comenzando por el estudio del recurso de reposición.

El artículo 53 de la Ley, al exceptuar del recurso de reposición en su letra c) los actos presuntos en virtud del silencio administrativo, regulado en el artículo 38, resuelve una cuestión espinosa anteriormente, ya que existía una jurisprudencia contradictoria en este punto (30). Pero la resuelve sólo en lo referente al efecto negativo del silencio que es el que el artículo 38 regula. El artículo 53 nada dice sobre el efecto afirmativo. Habría que entender, por tanto, que en estos supuestos es preceptivo el recurso de reposición.

Sin embargo, un examen más atento de la cuestión nos demuestra que la anterior afirmación no puede sustentarse en todo caso. En efecto, normalmente el recurso de reposición previo al contencioso no lo interpondrá aquella persona a quien se le haya

(30) Las Sentencias de 18 y 20 de enero de 1940, 15 de noviembre de 1941 y 20 de marzo de 1945, exigían recurso de reposición en los casos de silencio. Mantenían la tesis contraria las Sentencias de 8 de junio de 1928, 2 de diciembre de 1932, 27 de abril de 1935 y 7 de febrero de 1953.

otorgado algo o aquella entidad cuyos actos hayan sido aprobados o autorizados, sino un tercero. Es de suponer que éste se dirigirá a la Administración reclamando contra la situación creada en virtud del efecto afirmativo del silencio. Y en este caso el recurso de reposición no irá dirigido contra la situación creada sino contra la resolución posterior de la Administración. Por tanto, este supuesto no plantea problemas importantes ya que habrá de seguirse el régimen normal.

Pero a esto existe una excepción. Cuando tratándose de actos aprobados en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela exista un tercero que, oponiéndose a la aprobación o autorización y otorgada ésta por efecto afirmativo del silencio, se dirija a la Jurisdicción Contenciosa. Porque este supuesto está exceptuado del recurso de reposición en virtud de la letra b) del artículo 53 de la Ley, la cual hace la salvedad de «los (actos) dictados en ejercicio de la potestad de fiscalización sobre actos provenientes de otro órgano, Corporación o institución, si fueren aprobatorios del acto fiscalizado». Contra esta interpretación podría objetarse que el artículo no es aplicable ya que exceptúa «los actos...», y la situación creada por los efectos de silencio no es fruto de un acto; no obstante, avala nuestra interpretación la Exposición de Motivos, IV, 1, de la Ley según la cual: «Se habla de acto y no de acuerdo, resolución, providencia, o de cualquier otro concepto semejante, por ser aquél más extenso y comprender todas las manifestaciones de la actividad administrativa». Entendemos que este concepto amplísimo del acto, que no es, desde luego, el técnicamente exacto, hace que podamos excluir del recurso de reposición el supuesto mencionado.

c) El efecto afirmativo del silencio y el plazo para la interposición del recurso contencioso.

Nos queda, por último, una cuestión que resolver. En el supuesto arriba mencionado, exceptuado del recurso de reposición, ¿cuál es el plazo para la interposición del recurso contencioso?

El artículo 58 de la Ley que establece los plazos, cuando no es preceptivo el recurso de reposición distingue entre los casos en que procede la notificación personal y los casos en que no

procede, como lo es evidentemente el que nos ocupa. Y para los casos en que no procede la notificación personal establece la letra c) que «el plazo de dos meses deberá contarse desde el día siguiente al de la última publicación oficial del acto o disposición». Nosotros entendemos que en este caso el plazo debe contarse desde que el recurrente tenga conocimiento de que existe y es firme la situación creada, que es lo que, desde un punto de vista general, persigue la Ley al referirse a la notificación y a la publicación.

Por tanto, habrá que entender que el plazo empieza a contarse desde el día siguiente al transcurso del tiempo exigido para que la Ley atribuya efectos afirmativos al silencio de la Administración.

2. REQUISITOS DEL EFECTO AFIRMATIVO DEL SILENCIO.

Nos ocuparemos muy brevemente de los que suponen excepciones al régimen normal.

a) El transcurso del tiempo.

Es precisamente aquí donde la ausencia de unificación del efecto afirmativo del silencio se manifiesta de un modo más claro. El artículo 95 dispone: «Si las disposiciones legales no previeron para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses a contar desde la petición». Pero en la práctica las disposiciones legales siempre establecen plazos especiales de diferente duración.

En este punto nos inclinamos a elogiar la prudente conducta del legislador. Pues la diversidad de supuestos en que la Ley atribuye efectos afirmativos al silencio impone necesariamente plazos diferentes.

b) La denuncia de la mora.

González Pérez (31) denomina silencio automático al que la Ley contempla al regular el recurso de alzada. En este sentido

(31) GONZÁLEZ PÉREZ: *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, página 98.

podría denominarse, con carácter general, silencio automático al supuesto de efecto afirmativo del silencio, ya que el artículo 95 dispone que: «El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora...». La ausencia del requisito de denuncia de la mora es explicable ya que al atribuir efecto afirmativo al silencio de la Administración se trata de evitar la desidia de los administradores o impedir que se mantenga una situación gravemente perjudicial para los particulares. La denuncia de la mora supone una prolongación del tiempo a transcurrir que podría desvirtuar la finalidad que se persigue.

No obstante esta unidad que el artículo 95 preconiza, el artículo 39, 2, de la misma Ley de Procedimiento administrativo exige la denuncia de la mora. Estimamos que no existe ninguna razón para establecer una excepción al principio general del artículo 95 de la Ley y mucho menos en el mismo texto de ésta. Se trata, sin duda, de un descuido del legislador.

3. EL ACTO EXPRESO POSTERIOR.

Para terminar este trabajo vamos a entrar en el análisis del problema siguiente que nos parece del máximo interés.

¿Puede la Administración dictar un acto expreso que modifique derechos subjetivos?

El artículo 94, 2, de la Ley de Procedimiento («la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa»), tomado del artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ha resuelto definitivamente una cuestión que había sido tratada de un modo confuso e incoherente por la jurisprudencia (32). Ahora bien, la cuestión, resuelta respecto al efecto negativo del silencio, no lo está respecto al efecto afirmativo.

(32) Así, mientras las Sentencias de 28 de noviembre de 1930, 27 de febrero de 1935 y 14 de marzo de 1945 estimaban que podía resolverse expresamente pasado el plazo de silencio, mantenían la postura contraria las de 12 de julio de 1928, 26 de junio de 1934 y 26 de septiembre y 26 de diciembre de 1950.

Nosotros nos inclinamos a creer que, de acuerdo con nuestra legislación positiva, la Administración no puede dictar con posterioridad al plazo del efecto afirmativo del silencio un acto expreso que modifique los derechos de los particulares. En primer lugar, porque estos derechos les han sido conferidos por las disposiciones legales que establecen la solución del silencio, y, por tanto, las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas según el artículo 30 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.

Pero junto a esto encontramos apoyo para nuestra postura en la misma Ley de Procedimiento administrativo. Efectivamente, dictar un acto expreso posterior que modifique derechos de los particulares equivale a efectuar una revisión de oficio de los propios actos, lo que significa que por analogía habrá que aplicar las normas que sobre revisión de oficio establece la Ley de Procedimiento administrativo. Según el artículo 110 de ésta, salvo los actos que infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado, y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados, en los demás casos la Administración, para conseguir la anulación, debe iniciar un proceso de lesividad. Aplicando el artículo 110 al supuesto de silencio resultará que para dictar un acto expreso posterior contradictorio, la Administración deberá declarar lesiva para el interés público la situación del silencio. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1951 refiriéndose expresamente al silencio. Igualmente prohíbe la anulación y derogación el artículo 112 cuando por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes (33). Por otra parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1951 y 29 de enero de 1958 declaran que el acto ex-

(33) De todo esto habrá que exceptuar las relaciones entre órganos superiores e inferiores de una misma persona jurídica, según Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1954.

preso dictado después del plazo del efecto afirmativo de silencio adolece de nulidad.

A primera vista parece que todo este razonamiento no sería aplicable al supuesto excepcional que contemplamos al hablar de la naturaleza jurídica del silencio (34) (el acto expreso con ausencia de notificación) puesto que estos actos anulables pueden convalidarse según el artículo 53 de la Ley. Ahora bien, esta convalidación, suponiendo que el acto expreso sea denegatorio, modifica derechos subjetivos. Según decíamos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1959 negaba que en este caso fuese aplicable el silencio; pero se refería al efecto negativo. Tratándose del efecto afirmativo estimamos lo contrario, puesto que esto supondría la vulneración del citado artículo 30 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.

(34) «Naturaleza jurídica del silencio de la Administración», REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, núm. 121, Madrid, 1962, págs. 1 y ss.