

SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD

**CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LOS EFECTOS
DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL
EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS**

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

**DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I DRET PROCESSAL
SECCIÓ DE DRET ADMINISTRATIU
UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO
(RD 185/1985, DE 23 DE ENERO)**

**DIRECTOR
DR. TOMÀS FONT I LLOVET
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

1

**PROGRAMA DE DOCTORADO
DRET ADMINISTRATIU, BIENNI 1990-1991, 1991-1992**

BARCELONA, 1996

A falta de una mayor delimitación y concreción de la remoción prevista en la LRJPAC y para dar una operatividad real al precepto entendemos que se podría integrar con la causa de la LMRFP a la que anteriormente hemos aludido. Por tanto, para poder aplicar la remoción como consecuencia del incumplimiento de la obligación de resolver será, por tanto, necesario que ésta sea el resultado de un rendimiento insuficiente que no comporte inhibición, debidamente probado y acreditado en el expediente que al efecto se substancie ¹⁴²⁵. Se producirá, de esta forma, por causas sobrevenidas que producen una disminución de la capacidad del funcionario para acometer de una forma adecuada las funciones que iba desempeñando. Deberán recabarse para ello datos objetivos que demuestren que el comportamiento del funcionario en cuestión no guarda relación con la conducta media del resto de la plantilla que ocupa el mismo puesto de trabajo y que tramita un número similar de asuntos. En este sentido, un elemento que puede servir para concretar el rendimiento exigible serán los instrumentos de negociación colectiva, los cuales pueden ser más útiles que los establecidos a través de la fijación unilateral de los mismos por la Administración pública.

5.3.- El responsable del procedimiento: garantía frente a la inactividad administrativa e instrumento para mejorar la eficacia de las Administraciones públicas

Según hemos visto anteriormente la legislación de procedimiento administrativo venía reconociendo desde antiguo la necesidad de identificar a los responsables en la tramitación de los asuntos ¹⁴²⁶, frente a la opacidad administrativa. La LPA establecía en su art. 76 la responsabilidad de los Jefes o funcionarios que tuvieran a su cargo el despacho de los asuntos, al mismo tiempo que establecía como un mandato dirigido a aquéllos la adopción de las medidas oportunas para que no sufran retraso. En la misma línea y en parecidos

¹⁴²⁵ Esta exigencia probatoria se encuentra, por ejemplo, en la STS de 19 de abril de 1993 (ref. Ar. 2.840) en que si bien en el caso enjuiciado no considera aplicable el procedimiento de remoción descrito en el art. 20.1.e) segundo párrafo de la LMRFP, define el mismo como "expediente contradictorio que acredite la concurrencia de uno de los supuestos mencionados en dicho precepto".

¹⁴²⁶ Recuérdese el antiguo art. 51 del Reglamento del Ministerio de Gobernación de 30 de noviembre de 1870, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos en los inicios de este capítulo.

términos se expresa el art. 41 de la LRJPAC. Si bien, debe destacarse como novedad la correspondencia con el derecho de los ciudadanos a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuyo responsabilidad se tramiten los procedimientos.

Para poder exigir la responsabilidad a la que anteriormente hemos aludido es necesario determinar, a través de unas reglas precisas quienes son, en concreto, las personas causantes del incumplimiento. Se pretende, de esta forma, evitar que las posibles responsabilidades queden diluidas en el anonimato, bajo la cobertura genérica de una organización. Al mismo tiempo, la identificación del responsable del procedimiento puede ser un instrumento útil para medir la eficacia de las Administraciones públicas ¹⁴²⁷, las cuales a la vista de los resultados obtenidos pueden articular medidas no sólo de carácter disciplinario, sino también de carácter organizativo ¹⁴²⁸ y técnico. También creemos exigible la identificación del responsable desde la perspectiva de la ciudadanía, en cuanto de esta forma se puede contribuir a crear un estado de opinión más favorable en torno a nuestras Administraciones públicas, que propicie un clima propicio para una más intensa colaboración e implicación entre Estado y sociedad.

Se impone, por tanto, una necesaria publicidad de quien es el concreto responsable del procedimiento que, a nuestro entender, debe articularse desde un triple frente: el interesado en el concreto procedimiento, en cuanto puede verse afectado; la ciudadanía en general, como vehículo de articulación de la opinión pública sobre el funcionamiento de las

¹⁴²⁷ Esta doble vertiente es puesta singularmente de relieve por la profesora Elisenda MALARET I GARCIA en su trabajo: "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento" en TORNOS MAS, Joaquín (Ed.): *Administración pública y procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 30/1992)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 328.

¹⁴²⁸ Según Filippo PATRONI GRIFFI, entre las exigencias a las que responde la figura del responsable del procedimiento, se encuentra la de "crear un nuevo sujeto de racionalización de los aparatos administrativos, individualizando al respecto una específica función (de naturaleza organizatoria)." *Vid.* de este autor "Termini e responsabile del procedimento. Partecipazione procedimentale" en *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990 n. 241. Atti del Convegno*, suplemento a *Mondo Economico* 9, 27 de febrero 1993, p. 13.

Administraciones públicas; y la propia Administración pública para mejorar su servicio al interés general.

Esta publicidad puede concretarse a través de diversos medios. Desde la perspectiva del interesado sería necesario que el acuerdo de iniciación del procedimiento debiera expresar necesariamente la identidad del responsable del mismo. De esta forma, se añade otro motivo a la publicidad del responsable, como es la de poder articular además el posible derecho de recusación que asiste al interesado. La LRJPAC no determina el contenido del acuerdo ni la exigencia de notificar al interesado el responsable del procedimiento, salvo en los procedimientos de corte sancionador ¹⁴²⁹ ¹⁴³⁰. La jurisprudencia, por otra parte, no ha dado especial relieve a la necesidad de exteriorizar al interesado quien es el responsable ¹⁴³¹. Cabe advertir, por otra parte, que si bien las consecuencias jurídicas que la falta de notificación pueden ser útiles al interesado en un determinado tipo de procedimientos no así en otros. Así en el caso que se entendiera que cabe la nulidad del procedimiento por falta de notificación del responsable esto tendría sentido en procedimientos iniciados de oficio no

¹⁴²⁹ Este extremo ha sido advertido por la profesora Elisenda MALARET I GARCIA: "Los principios del procedimiento..." *op. cit.* p. 332. Fijése que el art. 135 nos habla de identidad del instructor. En este sentido para la autora citada, pese a la vaguedad de la LRJPAC en este punto, la opción técnicamente más correcta es hablar de responsable de la instrucción o tramitación, sin que perjuicio que en determinadas circunstancias cabrá la del titular del órgano resolutorio.

¹⁴³⁰ La exigencia de que el interesado conozca la identidad del instructor en el procedimiento administrativo sancionador, supone además un elemento para garantizar la separación entre órgano instructor y órgano competente para resolver, que fue introducido a consecuencia del mandato legal del art. 134.2 de la LRJPAC.

¹⁴³¹ La jurisprudencia en relación al procedimiento sancionador ha sido rigurosa en cuanto a la falta de nombramiento de instructor, pero no en cambio respecto a la exigencia de su notificación. En el primer sentido cabe destacar la STS de 8 de julio de 1985 (ref. Ar. 4.936) cuando señala que: [...] los actos recurridos son nulos de pleno derecho, según se infiere del artículo 47.1.c) de la LPA, pues han sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello; lo que debe interpretarse, no como una ausencia de todo procedimiento, sino por el hecho de no haberse seguido el concreto procedimiento previsto por la Ley para el supuesto de que se trata, o haberse omitido los trámites esenciales que lo integran, entre los que destacan, en el caso que nos ocupa, la falta de nombramiento de Instructor y Secretario." En el segunda línea puede citarse la STS de 20 de enero de 1989 (ref. Ar. 391): "Ni la falta de notificación del nombramiento de instructor y secretario del expediente administrativo, ni la duración del procedimiento administrativo por más de seis años, son causas de nulidad *ab radice* del expediente, pues el recurrente no ha sufrido indefensión alguna [...]." *Vid.* AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: "El procedimiento administrativo sancionador" en TRAYTER I JIMÉNEZ, Joan Manuel; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: *Derecho administrativo sancionador... op. cit.* pp. 141-142.

susceptibles de ocasionar efectos favorables en los ciudadanos, como ocurre en el procedimiento sancionador, pero no en otro tipo de procedimientos como es los iniciados a instancia de persona interesada, como son las autorizaciones ¹⁴³².

La publicidad debe ser enfocada también desde la perspectiva del ciudadano. En esta línea la legislación italiana prevé que si la legislación o los reglamentos no individualizan al responsable, cada Administración deberá dictar actos donde se determinen los mismos a los cuales deberá darse publicidad (art. 4 de la Ley italiana 241/1990) ¹⁴³³. De esta forma, lo que en principio pueden ser estudios de carácter interno sobre el funcionamiento trascienden al ciudadano, en general, como manifestación del principio de transparencia administrativa.

La determinación del responsable no implica necesariamente una alteración en la relación de servicio que presta el funcionario, pues el mismo no se sitúa en una posición jerárquica superior respecto al resto de empleados que están, de alguna forma, implicados en el procedimiento y si lo está no lo es como consecuencia de su individualización como responsable ¹⁴³⁴. Esto no es óbice para dar al responsable mecanismos que permitan, en caso de paralización del procedimiento, instar al resto de empleados, incluso con carácter coercitivo para poder proseguir las actuaciones procedentes.

La legislación no nos ofrece unas reglas precisas a través de las cuales proceder a la tarea de individualización de los distintos responsables. El art. 41 de la LRJPAC alude a los

¹⁴³² Debemos hacer, no obstante, la salvedad del caso en que el interesado en el procedimiento no fuera el solicitante de la licencia, sino una persona perjudicada. Ahora bien, en este caso tal interesado no querría saber la identidad del responsable para agilizar el procedimiento, sino en cambio para detenerlo.

¹⁴³³ No obstante, la puesta en práctica de las previsiones de la Ley italiana son desoladoras, al menos por lo que se refiere a la Administración local, según advierte el profesor Luciano VANDELLI: "En todo caso, de los datos disponibles se deduce que después de transcurridos unos cuatro años desde la aprobación de la Ley 241 gira en torno [...] del 20 por cien el de los casos en que se ha realizado la determinación de los responsables de los procedimientos [...]." *Vid.* de este autor "Tendencias de las autonomías locales en Italia" en FONT I LLOVET, Tomàs (Ed.): *Anuario del Gobierno Local 1995*, Ed. Diputació de Barcelona y Marcial Pons, Barcelona, 1995, p. 504.

¹⁴³⁴ *Vid.* CORSO, Guido, TERESI, Francesco: *Procedimento amministrativo... op. cit.* p. 88.

titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, mención de carácter excesivamente genérico que no está acompañada de un mecanismo que precise en cada caso sobre quien recae tal responsabilidad.

La identificación del responsable del procedimiento presenta una mayor problemática en una serie de supuestos peculiares como son: los casos de alteración en el ejercicio de competencias (delegación o avocación, los órganos colegiados y los procedimientos en que intervengan más de una Administración).

Por lo que hace referencia a los mecanismos de alteración del ejercicio de competencias (delegación o avocación) parece que debe atribuirse tal función al órgano delegado o avocado¹⁴³⁵. En cambio, en aquellos supuestos que no supongan alteración del ejercicio de la competencia (delegación de firma y suplencia) o de los elementos sustantivos de su ejercicio (encomienda de gestión) la responsabilidad deberá seguir en el órgano que haya utilizado tales mecanismos.

En relación a los órganos colegiados, si bien se establece que en caso de abstención de ciertos miembros se producirá la responsabilidad de los mismos, no se establece de forma clara quien es el encargado de impulsar el procedimiento y remover los posibles obstáculos que se produzcan. En este sentido creemos que sería conveniente que el mismo órgano colegiado, a través de su normativa interna o a través de acuerdos singulares, individualizara tal responsabilidad. No obstante, en defecto, de cualquier determinación esta tarea debería recaer sobre el presidente del órgano colegiado, pues entre sus diversas funciones está la de "asegurar el cumplimiento de las leyes" (art. 23.1.e). Si bien tal función podría ser compartida con el secretario pues al mismo está encomendada la función de preparar el despacho de los asuntos, así como realizar los actos de comunicación tanto a los restantes miembros del órgano colegiado, como las que exterioricen su voluntad (art. 25).

¹⁴³⁵ Vid. SAINZ MORENO, Fernando: "Obligación..." *op. cit.* p. 135.

En cuanto al supuesto de que varias Administraciones fueran competentes en relación a un mismo procedimiento sería conveniente que a través de los diversos mecanismos de cooperación y colaboración, como por ejemplo los convenios, se fijara un único interlocutor válido con el ciudadano. En defecto de acuerdo sería conveniente que cada Administración nombrara un responsable para la fase del procedimiento en que fuera competente.

II.- LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El cumplimiento de la obligación de resolver supone la realización previa de una serie de trámites en que se estructura secuencialmente el procedimiento. El estudio de la inactividad administrativa y el transcurso del tiempo se ha visto, tradicionalmente, desde las consecuencias jurídicas que se anudan al incumplimiento de plazos. Así, por ejemplo, hemos examinado en los apartados anteriores los diversos tipos de responsabilidad que pueden generarse una vez la Administración ha incumplido su obligación de resolver. Procede quizás desplazar este polo de atención hacia mecanismos profilácticos o preventivos que impidan llegar a los extremos descritos y en los cuales el ciudadano puede tener un relevante papel colaborando en la consecución de los objetivos que persigue el procedimiento. Para ello debemos comenzar por los principios que informan la tramitación, en especial los directamente relacionados con el objeto de este trabajo. De esta forma, puede comprenderse mejor la posición de la Administración y el ciudadano durante el procedimiento.

1.- Principios y reglas generales del procedimiento y su influencia en el tiempo

Ante la pluralidad de normativas sobre procedimiento administrativo, la existencia de unos principios generales se muestra como una auténtica necesidad ¹⁴³⁶. Tales principios "constituyen el entramado básico y la estructura esencial de esta institución jurídica que es

¹⁴³⁶ Si bien el estudio del Derecho desde los principios generales debe realizarse con cautela, so pena de recaer en los excesos denunciados por el profesor Alejandro NIETO GARCÍA: *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed. ampliada, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 39-41.

el procedimiento administrativo ¹⁴³⁷." De tal forma que la inevitable tensión entre los diversos tipos de procedimiento (comunes y no comunes, formalizados y no formalizados, generales y especiales) queda suavizada al asegurar un mínimo de coherencia al sistema, estableciendo unas reglas que garanticen un tratamiento común de los ciudadanos ante las Administraciones públicas. Al mismo tiempo a través de los mismos se puede facilitar la construcción de unas bases firmes de un Derecho administrativo europeo ¹⁴³⁸. Sin embargo, debe señalarse que no existe unanimidad en nuestra literatura jurídica, acerca de cuáles son los principios del procedimiento que debemos considerar como tales. A efectos de nuestro trabajo conviene delimitar su examen desde dos perspectivas: en primer lugar en cuanto hagan referencia fundamentalmente al procedimiento como institución y no por tanto como actividad administrativa en general y en segundo lugar en la medida que tengan una conexión directa con el factor tiempo en el procedimiento. De esta forma nuestro análisis se centra en dos principios estrictamente hablando, la oficialidad y la economía procesal. Ello no quiere decir, sin embargo, que tales principios no se concreten en una serie de mandatos o reglas jurídicas que examinaremos a continuación.

1.1.- El principio de oficialidad

El principio de oficialidad está recogido en diversas disposiciones, principalmente los arts. 74.1 y 78.1 de la LRJPAC ¹⁴³⁹, estando ya presente en regulaciones anteriores ¹⁴⁴⁰. Pese a la gran influencia que ha ejercido el proceso civil en el procedimiento administrativo, debe notarse en este punto una divergencia fundamental entre los dos ámbitos. Así mientras en el

¹⁴³⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II... op. cit.* p. 452.

¹⁴³⁸ Un examen detallado del procedimiento administrativo español a la luz de los principios comunitarios puede encontrarse en el trabajo del profesor Santiago MUÑOZ MACHADO: "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española" en *REDA* 75, julio-septiembre 1992.

¹⁴³⁹ De forma específica respecto al trámite de prueba *vid.* en el mismo Texto legal los arts. 80.2 y 137.4.

¹⁴⁴⁰ Art. 74.1 de la LPA de 1958. Incluso con anterioridad a la misma el profesor Segismundo ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ-CAVADA señalaba que "en el procedimiento administrativo domina el llamado *principio inquisitivo o de oficialidad.*" *Vid.* de este autor "El procedimiento..." *op. cit.* p. 65.

primero rige el principio dispositivo, quedando en manos de las partes la impulsión del proceso, en el procedimiento administrativo la Administración viene obligada a impulsar de oficio los diversos trámites que lo integran hasta llegar a una decisión final ¹⁴⁴¹ ¹⁴⁴². La razón de ello es que mientras el principio dispositivo "parte del reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos privados subjetivos", el de oficialidad "es propio del ámbito jurídico en que predomina el interés de la colectividad" ¹⁴⁴³. Ahora bien, la oficialidad que rige en el procedimiento administrativo no puede equipararse plenamente con el proceso penal, pues la actuación administrativa puede iniciarse a instancia de persona interesada y las partes pueden en determinadas ocasiones disponer del objeto poniendo fin al mismo ¹⁴⁴⁴.

Tal principio de oficialidad queda matizado, no obstante, por la existencia de una serie de cargas y deberes que el ordenamiento atribuye al ciudadano, esencialmente la aportación de ciertos documentos exigidos por la legislación aplicable. El no cumplimiento de los mismos, en la medida que paralice el procedimiento administrativo, otorga a la Administración la

¹⁴⁴¹ Por su parte GONZÁLEZ NAVARRO señala respecto a lo que él denomina "principio del impulso oficial" que: "Rige, pues, idéntico criterio que en el proceso civil donde fue introducido por el Decreto-ley de términos judiciales, de 2 de abril de 1924, que derogó las prescripciones contrarias de la LEC, y especialmente sus artículos 308, 309, 311, 312 y 521." *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico... op. cit.* pp. 832-833.

¹⁴⁴² De acuerdo con la STS de 31 de marzo de 1973 (ref. Ar. 1.388): "La Administración, en la tramitación de todos sus expedientes, no puede mantener la posición que corresponde a la actividad jurisdiccional civil donde por regir el principio de justicia rogada, tiene muy limitadas sus iniciativas, *a contrario sensu* en los expedientes administrativos, el impulso de la tramitación corresponde de una manera inmediata y directa a la propia Administración, y a través de sus propios órganos instructores, aun teniendo en cuenta los intereses y peticiones de las partes, ha de anteponer a ellos el superior interés público en cuya defensa está llamada a intervenir [...]."

¹⁴⁴³ *Vid.* BERZOSA FRANCOS, Victoria: "Principios del proceso" en *Justicia* 3, 1992, p. 576.

¹⁴⁴⁴ En el proceso penal el principio de oficialidad comporta esencialmente que: a) el inicio de la actividad jurisdiccional no depende de la voluntad del particular; b) la determinación del objeto del proceso no es voluntad de las partes; c) la indisponibilidad del objeto lleva a consecuencias distintas en la congruencia; d) los sujetos procesales no pueden poner fin al proceso. *Vid.* BERZOSA FRANCOS, María Victoria: "Principios..." *op. cit.* p. 579.

posibilidad de cerrar, previo requerimiento al interesado, el expediente iniciado ¹⁴⁴⁵.

Según se ha advertido el principio de oficialidad se manifiesta desde dos aspectos: a) el carácter no dispositivo de la instrucción del procedimiento; b) la no disponibilidad del objeto del procedimiento ¹⁴⁴⁶. A este último aspecto hemos hecho alusión al referirnos a la renuncia y desistimiento como formas de terminación del procedimiento y sus repercusiones respecto a la obligación de resolver. En cuanto al carácter preceptivo de la instrucción del procedimiento estamos ante una obligación que se articula de forma instrumental a la obligación de resolver. La Administración debe, consiguientemente, adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados (art. 41.1 LRJPAC). Cuestión distinta a la necesaria preceptividad en la impulsión del procedimiento, será en cambio la posibilidad de dejar márgenes de apreciación y discrecionalidad en la delimitación del procedimiento en sí. Es decir, en que en aras precisamente a impulsar el procedimiento el instructor del mismo pueda, de acuerdo con la normativa aplicable, conformarlo de la forma más rápida posible a la satisfacción de los intereses públicos, con la debida observancia de las garantías ciudadanas.

1.2.- El principio de economía procesal. Especial referencia a la dicotomía celeridad-urgencia.

La economía procesal como principio jurídico que informa el procedimiento se concreta en

¹⁴⁴⁵ Algunos autores habían llegado a afirmar que: "En los procedimientos administrativos propiamente dichos, especialmente si se incoan a instancia de parte, el principio de la rogación se admite con todas sus consecuencias. De aquí la disposición (frecuentemente repetida en los reglamentos de procedimiento reguladores de esta clase de procesos) de que la inacción del particular interesado produce la caducidad de la petición o instancia, o al menos lleva consigo el archivo de las actuaciones, estimando que el interesado ha desistido tácitamente de sus pretensiones. De aquí también que quepa en esta clase de procesos el desistimiento expreso. Finalmente, por la misma razón no se computa en el plazo (generalmente de un año) en que los expedientes deben quedar terminados, el tiempo que permanecen paralizados por culpa del particular interesado." *Vid.* VILLAR Y ROMERO, José María: *Derecho procesal administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 60.

¹⁴⁴⁶ *Vid.* MALARET I GARCÍA, Elisenda: "Los principios del procedimiento..." *op. cit.* p. 322.

una serie de mandatos que informan la actividad formalizada de la Administración pública. Fundamentalmente tales mandatos son la celeridad, sumariedad, simplicidad y antiformalismo. Los mismos no están reñidos con las debidas garantías, pero sí con los formalismos caducos meramente rituarios ¹⁴⁴⁷, los cuales provocan precisamente efectos dilatorios tanto en la satisfacción de intereses públicos como en las legítimas reivindicaciones que toman como base la presencia de derechos subjetivos e intereses legítimos. Por este motivo el principio de economía procesal se ha instrumentado como un freno efectivo de las rigideces del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, al relativizar ciertos vicios del procedimiento y evitar innecesarias retroacciones del expediente, no sólo su carácter negativo a los intereses públicos sino por generar en ocasiones falsas expectativas en los particulares "beneficiados" por tales pronunciamientos jurisprudenciales. No obstante, tampoco es adecuado un exceso de recurso a la economía procesal, puesto que la necesaria relativización de las formas, no puede llevarnos a prescindir del elemento garantista presente en determinados trámites esenciales.

Por lo que respecta a la sumariedad, tal como advierte GONZÁLEZ NAVARRO, la legislación sobre procedimiento administrativo se hace eco de tal concepto en el art. 38 de la LPA aún en vigor ¹⁴⁴⁸. De acuerdo con este precepto: "Cuando los órganos administrativos deban resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, establecerán un procedimiento sumario mediante formularios, impresos u otros métodos que permitan el rápido despacho de los asuntos, pudiendo incluso utilizar, cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, cualquier medio mecánico de producción en serie de las mismas, siempre que no se lesionen las garantías de los ciudadanos." Se observa, por tanto, que la idea de sumariedad recogida en el art. 38 de la LPA hace alusión no a la sustitución de un procedimiento por otro o a la reducción de plazos, sino a la "normalización de los

¹⁴⁴⁷ Vid. en este sentido la Exposición de Motivos de la LRJPAC.

¹⁴⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico... op. cit.* p. 615.

instrumentos empleados, manteniéndose el procedimiento inalterado ¹⁴⁴⁹. "

La noción de sumariedad aquí planteada no coincide, sin embargo, con la existente en el ámbito procesal civil. Los procesos sumarios se caracterizan por una serie de notas como son: limitación de los medios de ataque y defensa de las partes, restricción del conocimiento del juez y sentencia sin autoridad de cosa juzgada material ¹⁴⁵⁰. No se alude, por tanto, a la mayor o menor complejidad del juicio o a su mayor rapidez o celeridad, sino que en los juicios sumarios, a diferencia de los plenarios, queda abierta la posibilidad de un juicio ulterior ¹⁴⁵¹. Por tanto, la brevedad no es una nota característica, sino una consecuencia de la sumariedad. Quizá debiera pensarse en la posibilidad de trasladar al ámbito de las relaciones jurídico-administrativas un tipo de procedimiento administrativo similar donde se ventilaran determinados aspectos con la posibilidad de poder discutir ulteriormente el asunto ¹⁴⁵².

En relación a la celeridad nos hemos referido anteriormente a la misma en el capítulo primero de este trabajo, al hablar de la actuación de las Administraciones públicas como una consecuencia que se deriva del principio de eficacia recogido constitucionalmente. Interesa destacar en estos momentos su vertiente procedimental y sus conexiones y diferencias con otros principios y reglas, especialmente con la urgencia. De esta forma, es importante destacar que mientras en la urgencia el factor tiempo es un elemento constitutivo de la

¹⁴⁴⁹ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico... op. cit.* p. 615.

¹⁴⁵⁰ Vid. GÓMEZ ORABANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal civil*, vol. II (juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, p. 1.

¹⁴⁵¹ Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil*, tomo II, Ed. José M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 773.

¹⁴⁵² Cierta aproximación a este tipo de procedimientos sumarios se encuentra en el RD 1.398/1993, de 4 de agosto, de ejercicio de la potestad sancionadora, donde se admite de manera explícita la terminación convencional como vía de conclusión de un procedimiento complementario para la fijación de la indemnización por los daños y perjuicios causados a la Administración sin que ello implique el reconocimiento voluntario de la responsabilidad (art. 22.2 del Reglamento).

finalidad de la Administración, no sucede lo mismo en el resto de funciones administrativas donde si bien es importante que la actividad se desarrolle con la mayor celeridad posible, la misma puede llevarse a cabo a través de procedimientos y cauces ordinarios. Ahora bien, la diversidad de supuestos a los cuales se debe aplicar el mecanismo de la celeridad plantea la diversidad de respuestas que se puede dar a las mismas, pudiendo incluso en determinados casos aproximarse a las técnicas utilizadas en los procedimientos de urgencia.

Cabe decir también que la urgencia constituye una presencia constante en la actuación formalizada de la Administración pública, pese a su carácter excepcional. Se asiste, desde hace tiempo, al fenómeno por el cual la Administración ante la ineficacia de los procedimientos normales para realizar determinadas actuaciones en plazos razonables, acude a procedimientos excepcionales, pese a no concurrir el presupuesto de los mismos: la urgencia ¹⁴⁵³. Se produce un abuso de tales medios que ha sido denunciado en diversas ocasiones por nuestra doctrina ¹⁴⁵⁴. Por ello debe extremarse el rigor en la aplicación de estos procedimientos, al mismo tiempo que quizás hay que cuestionarse seriamente la vigencia de los procedimientos ordinarios. Si la Administración acude a los de urgencia es quizás por que los de carácter ordinario no responden a un pronto y eficaz servicio al interés general. Ahora bien, este replanteamiento debe tener en cuenta que el acudir a los procedimientos de urgencia supone generalmente una disminución de las garantías ciudadanas.

2.- La posibilidad de prescindir o unificar trámites. Especial consideración de los

¹⁴⁵³ Este fenómeno fue puesto de relieve singularmente por el profesor Francisco CLAVERO ARÉVALO: "Teoría de la urgencia en el Derecho administrativo" en *RAP* 10, 1953, pp. 25-54. Nosotros hemos consultado la versión publicada en la obra del mismo autor *Estudios de Derecho administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla) y Civitas, Madrid, 1992, pp. 103-123. Recientemente sobre el tema *vid.* ALVÁREZ GARCÍA, Vicente: *El concepto de necesidad en el Derecho público*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

¹⁴⁵⁴ Particularmente grave es esta cuestión en el procedimiento expropiatorio, donde se consigue posponer el pago del justiprecio a un momento posterior a la ocupación. Así el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA trata esta cuestión bajo el expresivo título "La desnaturalización del sistema" en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II... op. cit.* pp. 286-289.

procedimientos simplificados o abreviados

Consecuencia de lo que venimos diciendo hasta ahora es que la Administración tiene el deber de evitar trámites innecesarios y dilatorios que pospongan indefinidamente la resolución del proceso. Por tanto, debe prescindirse de las meras formalidades, exigiendo en cambio los trámites realmente esenciales y necesarios para llevar a cabo los fines que persigue el procedimiento administrativo. No tiene sentido en determinados asuntos la utilización de procedimientos con todos y cada uno de sus trámites y con los plazos generalmente previstos.

La posibilidad de prescindir o unificar trámites es una manifestación característica de los procedimientos de urgencia, tal como advierte GONZÁLEZ NAVARRO ¹⁴⁵⁵. Ahora bien debe advertirse que no es exclusiva de éstos, pues en otras ocasiones estas técnicas responden a otro tipo de presupuestos: esencialmente la entidad del asunto y la evidencia de los hechos a discutir. Distinción que está presente en la LRJPAC, pues por una parte regula la tramitación de urgencia, a través de la reducción de plazos, (art. 50) y por otra el procedimiento abreviado, si bien ceñido al ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (art. 143) ¹⁴⁵⁶. Estos procedimientos abreviados se recogen además en diversos reglamentos de adecuación y desarrollo, especialmente en el ámbito ya citado y además en los procedimientos de carácter sancionador ¹⁴⁵⁷. Esta medida de simplificación de los procedimientos no es, empero, novedosa, pudiéndose encontrar

¹⁴⁵⁵ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico... op. cit.* pp. 617-618.

¹⁴⁵⁶ Sobre éste último *vid.* el trabajo de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "Notas sobre el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas" en *REDA* 81, enero-marzo 1994, pp. 31-45. Este autor si bien habla en este caso de "procedimiento urgente cualificado", acaba señalando en la p. 33 que "[...] no tiene su justificación en razones materiales, de tal forma que no se aplican las reglas del procedimiento abreviado porque objetivamente la cuestión de fondo sea necesariamente urgente. Se aplican dichas reglas, con independencia de que el asunto sea objetivamente urgente, cuando se da el presupuesto habilitante y así se acuerda por el órgano instructor."

¹⁴⁵⁷ Sobre los procedimientos sancionadores *vid.* GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Trivium, Madrid, 1989, pp. 212-238 y LOZANO CUTANDA, Blanca: "Procedimientos abreviados para la represión de las infracciones administrativas" en *REDA* 66, abril-junio 1990, pp. 221-254.

numerosos testimonios de esta manifestación en la legislación sectorial durante la vigencia de la LPA. Tradicionalmente su ámbito de actuación se encuentra principalmente en los procedimientos iniciados de oficio ¹⁴⁵⁸, no obstante también encontramos algunos en campos donde la iniciativa corría esencialmente a manos del particular ¹⁴⁵⁹.

La importancia de estos procedimientos abreviados ha sido puesta significativamente de relieve por LEGUINA VILLA quien señala, por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial, que si el llamado procedimiento abreviado "llegara a cuajar en la práctica administrativa, podría convertirse en una de las más eficaces medidas de garantía de los particulares para hacer efectivo con prontitud el derecho que les asiste a ser indemnizados ¹⁴⁶⁰. Con todo, esta importante medida requiere la más absoluta claridad en los presupuestos que justifican su aplicación. En caso contrario la dualidad procedimental podría implicar paradójicamente una ralentización de la actuación administrativa. En efecto, piénsese en el caso de que la Administración empieza tramitando a través del procedimiento abreviado y cuando está punto de finalizar el mismo se da cuenta de que los presupuestos para su aplicación no aparecen tan evidentes como en un principio, procediendo entonces a continuar por el procedimiento ordinario. A la lógica discusión sobre el fondo del asunto se añadiría

¹⁴⁵⁸ El campo más emblemático es, sin duda, los procedimientos disciplinarios. Así el art. 18.2 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero (BOE 15, de 17 de enero de 1986) donde se prevé un procedimiento sumario en el que el único trámite inexcusable es el de audiencia. También puede encontrarse en otro tipo de potestades públicas, como es el deslinde de montes públicos, así el art. 35 de la Ley andaluza 57/1992, de 23 de junio (BOE 163, de 8 de julio de 1992) o la concentración parcelaria, en el art. 69 de la Ley castellano y leonesa 14/1990, de 28 de noviembre de 1990 (BOE 28, de 1 de febrero de 1991).

¹⁴⁵⁹ Este tipo de procedimientos se encuentran en el campo significativo de las autorizaciones administrativas. Así, el RD 916/1985, de 25 de mayo, sobre tramitación de concesiones y autorizaciones administrativas para la instalación, ampliación o adaptación de aprovechamientos hidroeléctricos con potencia no superior a 5.000 KVA (BOE 149, de 22 de junio de 1985), cuya vigencia se mantuvo en la STS de 3 de enero de 1990 (ref. Ar. 156). Posteriormente y ya en vigor la LRJPAC puede citarse el RD 561/1993, de 16 de abril, de requisitos para la realización de ensayos clínicos (BOE 114, de 13 de mayo de 1993).

¹⁴⁶⁰ Vid. de este autor "La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 405.

la de cual es la vía procedimental procedente para su tramitación ¹⁴⁶¹. Por tanto, es imprescindible en tales casos establecer unos procedimientos abreviados cuya aplicación se base en presupuestos adecuados que justifiquen la exigencia de rapidez y celeridad, evitando cualquier forma de confusión que pudiera generar un debate entorpecedor a los fines realmente perseguidos ¹⁴⁶².

Entre las cuestiones más relevantes que plantean estos procedimientos es la obligatoriedad o la discrecionalidad de la Administración de seguirlos cuando se dan los presupuestos que para ellos exige su normativa reguladora. Esta cuestión ha sido planteada por E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, en relación al procedimiento de responsabilidad patrimonial ¹⁴⁶³. Según este autor estamos ante un procedimiento de utilización facultativa ¹⁴⁶⁴, al haberse establecido tanto en el art. 143.1 de la LRJPAC y 14 del Reglamento de adecuación la expresión "podrá" en relación a la sustanciación del mismo ¹⁴⁶⁵, recogiendo de tal forma

¹⁴⁶¹ En este sentido *vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "Notas sobre el procedimiento abreviado..." *op. cit.* pp. 31-32.

¹⁴⁶² Así, por ejemplo, en el procedimiento abreviado previsto en el Decreto catalán 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad, pueden plantearse diversos problemas de interpretación. En primer lugar nos habla de "infracciones que deban calificarse como leves o cuando les corresponda sanción pecuniaria inferior a 100.000 pesetas." Debe advertirse que es perfectamente posible que existan infracciones leves que les corresponda sanciones superiores a 100.000 pesetas y existir infracciones no leves a las que corresponda una multa pecuniaria de menos de 100.000 pesetas. ¿Es aplicable en estos casos el procedimiento abreviado o simplificado? A nuestro entender la respuesta debe ser afirmativa ya que ambos requisitos no se establecen cumulativamente, sino de forma disyuntiva como indica la utilización de la conjunción "o". Toda esta problemática no se hubiera planteado si el Gobierno de la Generalidad hubiera seguido en este punto el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora que advirtió al respecto: "entre los supuestos de utilización del procedimiento abreviado, es correcto que se trate de infracciones que haga falta calificar como leves, pero es más discutible la alusión a una cuantía fija de sanción - 100.000 pesetas - ya que según la normativa sectorial puede corresponder a una infracción muy grave que requiere el procedimiento concreto. El abreviado se ha de vincular a la gravedad de la infracción, no de la sanción."

¹⁴⁶³ *Vid.* de este autor "Notas sobre el procedimiento abreviado..." *op. cit.* pp. 34-35.

¹⁴⁶⁴ A favor de la discrecionalidad administrativa en la tramitación del procedimiento abreviado de responsabilidad patrimonial se pronuncia también Andrés-Eduardo NAVARRO MUNUERA: "La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas" en TORNOS MAS, Joaquín (Ed.): *Administración pública y procedimiento administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 536.

¹⁴⁶⁵ En relación al procedimiento sancionador el art. 18 del Decreto catalán 278/1993, de 9 de noviembre, utiliza la expresión "puede seguirse", mientras que en el Reglamento estatal (RD 1398/1993, de 4 de agosto) encontramos la fórmula "se tramitará", y en el Reglamento balear (Decreto 14/1994, de 10 de febrero)

ciertos planteamientos doctrinales ¹⁴⁶⁶. No obstante, tal como ha constatado cierta jurisprudencia y doctrina, consideramos que la utilización del mero elemento gramatical para la identificación de potestades de corte discrecional no es suficiente, sino que debe ponerse en contexto con otros elementos. Como advierte SAINZ MORENO la remisión que realiza la norma a través de estas expresiones formales al criterio del órgano competente "no es una remisión al propio arbitrio, sino a un criterio de remisión. Este criterio puede encontrarse en una norma (y en tal caso la decisión forma parte del proceso de aplicación de la norma) o puede ser de naturaleza política (siendo entonces una decisión enmarcada por la norma, pero no propiamente aplicativa de la misma). Sólo en el segundo supuesto la decisión es discrecional ¹⁴⁶⁷." Por tanto, estimamos que la tramitación del procedimiento abreviado no deviene meramente facultativa por este hecho, sino que hay otra serie de elementos que podrían inducir a considerar su naturaleza reglada. Tales elementos son fundamentalmente la existencia de unos requisitos objetivos que han de concurrir, así como la necesidad que el particular obtenga en el plazo más reducido posible su pretensión. En estos casos, pese a existir posibilidad de tramitar el procedimiento abreviado, el órgano competente deberá aplicar conceptos jurídicos indeterminados como "flagrancia", "inequívoca relación de causalidad", etc.

Con todo, si la Administración pese a la inequívoca concurrencia de los presupuestos decide no seguir el procedimiento abreviado, se plantea en la práctica la dificultad a los tribunales de corregir tal actuación administrativa. En efecto, no tiene realmente sentido que habiéndose seguido las actuaciones por el procedimiento ordinario, en vez del abreviado, se proceda a declarar la nulidad de actuaciones, retro trayéndose las mismas hasta el momento en que debió

"acordará".

¹⁴⁶⁶ Tal concepción de la discrecionalidad se constata, por ejemplo, en la obra del profesor José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho administrativo I ... op. cit.* p. 381, cuando se señala taxativamente que: "Siempre que se utiliza la palabra "podrá" hay discrecionalidad." Es además un elemento constante en la jurisprudencia de los años 60, que se plantea en casos como el de la revisión de oficio de los actos administrativos, según hemos tenido oportunidad de constatar precedentemente.

¹⁴⁶⁷ *Vid.*: de este autor *Conceptos jurídicos... op. cit.* p. 310.

iniciarse el procedimiento abreviado. Tal conclusión llevaría a dilatar aún más la conclusión de la actuación administrativa, desvirtuándose en definitiva la finalidad de celeridad y rapidez perseguidas. Por otra parte, el procedimiento ordinario parece que viene a dotar de mayores garantías de ponderación y búsqueda de la solución más conveniente para el interés general. Asimismo, tal como se ha señalado, los medios de reacción ante la decisión administrativa de tramitar o no el procedimiento abreviado, dada su naturaleza de acto de trámite, se producen una vez finalizado el procedimiento ¹⁴⁶⁸.

No obstante, tal resultado produce una cierta insatisfacción por cuanto al seguirse tal vía se está dilatando el derecho del particular a obtener una resolución en el plazo más rápido posible. Quizás, en este punto, sería conveniente articular otro tipo de medidas, como los intereses de demora, en aquellos casos en que la Administración utiliza abusivamente el procedimiento ordinario para dilatar, por ejemplo, el pago de la cantidad generada por responsabilidad patrimonial.

3.- La alteración del orden de incoación de los asuntos

Entre las garantías que la legislación sobre procedimiento recoge para hacer efectivo el mandato de imparcialidad dirigido a la Administración y a sus empleados (art. 103.1 CE) se encuentra el orden de incoación de los asuntos (art. 74.2 LRJPAC). Por tanto, en aquellos casos en que los asuntos sean de naturaleza homogénea no podrá alterarse arbitrariamente su tramitación, sino que deberá quedar constancia en el expediente de los motivos que han llevado a la Administración a proceder de forma contraria. Al mismo tiempo, el orden de despacho de los asuntos es una consecuencia del respeto debido a la posición de igualdad de los ciudadanos ¹⁴⁶⁹. Se trata, en definitiva, como gráficamente ha expresado PARADA

¹⁴⁶⁸ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "Notas sobre el procedimiento abreviado..." *op. cit.* p. 35; NAVARRO MUNUERA, Andrés-Eduardo: "La regulación de la responsabilidad..." *op. cit.* p. 536, nota 1.182.

¹⁴⁶⁹ Vid. FANLO LORAS, Antonio: "Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed.

VÁZQUEZ "de una aplicación del "régimen de cola" que obliga a respetar en el despacho de los asuntos el orden de llegada de los interesados a las oficinas públicas ¹⁴⁷⁰."

La jurisprudencia del TS parece haber flexibilizado tal regla, que ya estaba presente en la LPA de 1958, sin desprender consecuencias jurídicas de relieve de la misma, pues se limita a confiar, de forma similar a lo que acontece con la obligación de resolver, en la responsabilidad disciplinaria del funcionario. Todo ello aunque se infrinja la norma de la forma más notoria y palmaria ¹⁴⁷¹. Esta interpretación jurisprudencial convierte en ineficaz el mandato del legislador y propicia que la práctica administrativa camine por otros derroteros. Con todo, puede encontrarse algún feliz pronunciamiento en el que el TS parece que rectifica de criterio anulando una resolución tramitada y resuelta un año después de la presentada por el recurrente ¹⁴⁷².

Tecnos, Madrid, 1993, p. 232.

¹⁴⁷⁰ Vid. de este autor *Régimen jurídico... op. cit.* p. 289.

¹⁴⁷¹ En relación con este tema la STS de 14 de julio de 1982 (ref. Ar. 4.751) ha precisado: "Que el tercer argumento empleado por la sociedad recurrente para atacar los actos administrativos sometidos a revisión jurisdiccional consiste en invocar la infracción del párrafo. 2 del art. 74 de la LPA que ordena guardar el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el Jefe de la dependencia se dé orden motivada y escrita en contrario, que no se ha dado en el presente caso, en relación con la tramitación de los expedientes I-3, en el que se tramitaba la solicitud de dicha sociedad y el I-25 en el que se sustanciaba la de "Atcar", ya que habiendo sido incoado el primero en 5 agosto 1969 y el segundo en 21 mayo 1974, debió según la parte actora estar resuelto aquél cuando se inició éste, mas ese hecho que resulta claro de los expedientes y aunque pueda suponer una contravención del precepto citado, nunca podrá tener entidad bastante para dar lugar a la nulidad pretendida en la demanda, toda vez que el párr. 3 del propio artículo señala los efectos de su infracción y que se limitan a dar lugar a responsabilidad administrativa del funcionario que la hubiese cometido, pero nada más [...]."

¹⁴⁷² Vid. la STS de 23 de marzo de 1983 (ref. Ar. 6.033): "Que, es indudable que el servicio controvertido era necesario e inexcusable, por cuanto así lo denota el actuar de la propia Administración, que se limita a cancelar la modificación del itinerario, pedida un año antes por la parte promotora del proceso, a otro nuevo petitionerario que la formula más de un año después de aquélla, postulándola en idéntica razón que el primer solicitante, proceder éste que contrariaba el tenor de la Orden Ministerial de 25 enero 1950, que establece una nítida doctrina para evitar duplicidades, en relación con la no apertura de expediente y que, en realidad viene a ser instrumento eficaz al servicio de lo prevenido en el art. 74 de la LPA acerca del riguroso orden de instrucción en asuntos de homogénea naturaleza, de ahí, que al ser incuestionable la prioridad en el tiempo de la primeramente solicitada y no admitida en relación, claro está, con lo que lo fue cuando no se había producido resolución sobre aquélla y cuya existencia era cronológicamente anterior en 1 año, lo procedente es la solución dada por la sentencia apelada, al cancelar todos los trámites que canalizaron esta segunda petición con olvido de la primeramente formulada en el tiempo [...]."

Se plantea, no obstante, la posibilidad de que ciertos expedientes pudieran tener una tramitación preferente en función de las necesidades de los usuarios, soportando ellos mismos los costes que este *plus* de celeridad pudiera generar. Tal solución podría responder de forma satisfactoria a las exigencias que en la actualidad plantea el mercado. Así el profesor BULLINGER ha señalado que estamos ante un método no desconocido en la dinámica de los servicios públicos, pues: "Una carta, por ejemplo, sólo se despacha con más rapidez por el servicio de Correos si el remitente así lo desea y satisface el suplemento por urgencia. Quien en Francia quiere utilizar uno de los trenes superrápidos (los TGV) tiene que pagar unos suplementos cuya cuantía está en relación con lo intensa que, en la hora de salida del tren, sea la demanda de transporte urgente ¹⁴⁷³."

De entrada hay que advertir que los ejemplos que se citan no son equiparables, sin más, al procedimiento administrativo. Se trata como es notorio de casos de prestaciones materiales en servicios públicos, fijadas previamente y para cuya prestación se exigen unas determinadas tarifas. En cambio, el procedimiento administrativo es el marco a través del cual confluyen diversos intereses públicos y privados para la formación del interés general, así como el marco en el que se garantiza la posición de los ciudadanos afectados. La equiparación del procedimiento administrativo al régimen tarifario y de prestaciones de un servicio público, quizás distorsionaría la función originaria que aquella institución tiene encomendada. Por tanto, si bien la solución propuesta puede ser conveniente o óptima en los casos de inactividad material no necesariamente ha de ser trasladable a los casos de inactividad jurídica, especialmente la de carácter formal.

Esta posibilidad si bien puede ser un instrumento útil para dinamizar la tramitación administrativa posibilitando la implantación de nuevas empresas, plantea por lo demás en qué medida puede ser compatible con el régimen de igualdad que garantiza la posición del ciudadano ante la Administración. Cabría pensar que de esta forma se está potenciando las posibilidades de los ciudadanos y de las empresas con mayor capacidad económica en

¹⁴⁷³ Vid. BULLINGER, Martin: "La Administración, al ritmo..." *op. cit.* p. 111.

perjuicio del resto no tan favorecidos. La solución propuesta por BULLINGER consiste en establecer medidas de fomento para aquellas empresas que no puedan satisfacer los costes, pero cuya inversión revista interés público. Por tanto, el no cobrar la "tarifa de urgencia", en determinados supuestos, podría considerarse como una subvención pública ¹⁴⁷⁴. La medida si bien puede ser un corrector eficaz de estas situaciones dependerá, en definitiva, del alcance de las partidas presupuestarias que a tales fines dediquen los Parlamentos y Asambleas legislativas a las Administraciones públicas correspondientes. Por tanto, la introducción de estos procedimientos de urgencia debe ser contemplada con cautela, en la medida que el Estado pueda asumir un gasto social en este sentido, evitando de esta forma que exista un régimen muy residual o limitado de las correspondientes ayudas al mismo tiempo que la posibilidad indiscriminada de acudir previo pago por los grupos económicos más poderosos a este medio de aceleración del procedimiento. Consideramos, en definitiva, que esta dedicación preferente a los procedimientos debería estar compensada por tarifas que sean asequibles a la mayoría de empresas y particulares que pretendan optar por esta vía.

4.- El carácter secuencial del procedimiento como garantía: posibles alternativas

El procedimiento administrativo ha sido definido gráficamente como "aquellos actos integrados por una *cadena de actos de distinto* alcance y contenido - los actos de trámite -, que conducen al último eslabón de aquella - el acto definitivo -, en que se contiene la voluntad de la Administración ¹⁴⁷⁵." Este carácter secuencial puede verse quebrado por la inactividad de un órgano administrativo que participe en la tramitación, impidiendo que se dicte la resolución final ¹⁴⁷⁶. La alternativa a esta situación podría pasar a través de una

¹⁴⁷⁴ Vid. de este autor "La Administración, al ritmo..." *op. cit.* p. 111.

¹⁴⁷⁵ Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho administrativo* vol. I/1 (Concepto, fuentes, relación jurídico administrativa y justicia administrativa), 11ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 224, y ediciones anteriores.

¹⁴⁷⁶ Así Pedro REDONDO señalaba en 1931 que: "La tramitación farragosa existente trae consigo el que aun admitiendo que la generalidad de los empleados cumplan el servicio con celeridad, basta con que uno solo, por insignificante que sea su función, por ejemplo, la simple del Registro, sea inactivo para que la reclamación se paralice indefinidamente, puesto que, a diferencia de lo que sucede en la Administración privada, no suele

nueva concepción del procedimiento administrativo en el sentido que, en determinados supuestos, fuera factible alterar el orden del procedimiento.

El carácter secuencial del procedimiento no es, empero, un mero capricho del legislador, sino que en determinadas ocasiones es necesario que un trámite se realice precisamente tras haberse producido otro de un contenido muy concreto. La lógica de las actuaciones responde en muchas ocasiones a un proceso de maduración en que la Administración va formando su convicción en base a una serie ordenada de trámites. El particular, por su parte y como garantía, requiere saber a qué tipo de procedimiento debe atenerse y cuando la Administración realizará una concreta actuación, para de esta forma articular de la manera más eficaz posible la defensa de sus intereses.

En este punto, es conveniente acudir a la figura de los procedimientos no formalizados, teorizados en nuestra doctrina por GONZÁLEZ NAVARRO ¹⁴⁷⁷. Este tipo de procedimientos responde a una regulación en la cual el legislador se limita a establecer unos trámites fundamentales, otorgando un determinado grado de discrecionalidad al instructor del procedimiento. Este, por tanto, puede ordenar con mayor o menor margen de libertad una serie de actuaciones que le permiten formar el expediente en base al cual adoptar la decisión final.

La LRJPAC al hablar de la celeridad en su art. 75 impone a las Administraciones públicas el que se acuerde en un solo acto los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo. Por consiguiente, en aquellos casos en que dada la naturaleza del procedimiento en cuestión no deba necesariamente seguirse un

existir la mirada vigilante de la marcha del asunto, que impide su detención. En la Administración pública es muy raro la iniciativa derivada de un concepto íntimo del deber, que tiene como finalidad el servicio; a lo más que se llega es a cumplir lo que de uno depende, y por esto cuando el expediente se detiene en manos perezosas duerme indefinidamente el sueño de los justos." *Vid.* de este autor *La teoría del silencio administrativo en la legislación y en la jurisprudencia española*, Ed. Reus, Madrid, 1932, p. 8.

¹⁴⁷⁷ *Vid.* de este autor "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos" en *REVL* 211, julio-septiembre 1981.

orden sucesivo el órgano administrativo deberá concentrar las actuaciones, evitando prolongarlas en el tiempo. En este sentido sería conveniente provocar un mayor contacto entre los encargados de la tramitación, si existieren varios de ellos, procurando una actuación conjunta. Un ejemplo podemos encontrarlo en la denominada *conferenza di servizi* que es una de las medidas de simplificación previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo en Italia. En este caso, se viene a generalizar una técnica que ya había previsto la legislación sectorial ¹⁴⁷⁸. Consiste, básicamente, en la substitución del procedimiento administrativo entendido como una secuencia de actos, por la reunión en una misma mesa de los diversos órganos, o en su caso Administraciones públicas, que sean competentes en las diversas fases del procedimiento. Se busca, de esta forma, que las actuaciones no se expresen de forma sucesiva e independiente, sino que se emitan conjuntamente y en un mismo acto procesal.

En nuestro país algún autor como REDONDO propuso en 1931 como un medio para resolver el silencio administrativo "la creación de un Tribunal o Junta compuesta de los Jefes o personal de cada una de las secciones informantes que en comparecencia verbal oyera a los interesados ¹⁴⁷⁹." En la actualidad la LRJPAC no regula una institución similar a la que examinamos en este apartado. Prevé eso sí órganos de coordinación y colaboración como son las conferencias sectoriales donde el Ministro o Ministros competentes convocarán a los órganos de gobierno de las distintas CCAA con el fin de intercambiar puntos de vista, examinar en común los problemas de cada sector y las medidas proyectadas para afrontarlos o resolverlos.

Una experiencia actual de gran interés es la formulada en la Administración autonómica catalana con las denominadas Oficinas de Gestión Unificada. Se respondía de esta forma a las inquietudes formuladas por las asociaciones de empresarios más importantes de Cataluña

¹⁴⁷⁸ Sobre el tema *vid.* MANTINI, P.: *Associazioni ambientalistiche e interessi diffusi nel procedimento amministrativo*, Ed. Padova, 1990, p. 88.

¹⁴⁷⁹ *Vid.* REDONDO, Pedro: *La teoría del silencio... op. cit.* p. 7.

sobre el coste elevado administrativo que suponía la instalación de una industria ¹⁴⁸⁰.

Tales oficinas son previstas en los arts. 70 a 73 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de régimen jurídico de la Administración de la Generalidad, y puesta en práctica en determinados ámbitos, particularmente para la instalación de industrias, a través de disposiciones de carácter general ¹⁴⁸¹. Se prevén para los procedimientos complejos, es decir en aquellos en que por exigencias normativas hayan de intervenir dos o más departamentos. Lo importante de estas oficinas es que no sólo actúan como registros de recepción de instancias y unidades de seguimiento de procedimientos, proporcionando información a los interesados; sino que, además, substituyen a los órganos tradicionales de gestión si el Decreto de creación no lo dispone de otro modo.

En línea similar a las oficinas de gestión unificada, el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios (ROAS) ha establecido para el ámbito local de Cataluña un expediente único en diversidad de licencias para diversas actuaciones relacionadas entre sí (art. 76). En este caso el interesado puede elegir la iniciación desde cualquiera de las oficinas con competencia para tramitar alguna de las licencias. Posteriormente se le comunicará con que oficina única se ha de relacionar con posterioridad.

¹⁴⁸⁰ Sobre el proceso de gestión de estas oficinas *vid.* FLORENSA I PALAU, Maria Lluïsa: "La modernización de la gestión administrativa en la Generalitat de Catalunya" en *Autonomies. Revista catalana de Derecho público* 18, julio 1994, pp. 23-25. Así se señala que: "En un informe elaborado por la CEPYME a finales de 1991 se exponía que, para poder crear una empresa en España, hacían falta más de 40 trámites y nueve meses para obtener los resultados. Este hecho, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, representaba un coste de tramitación excesivamente elevado.

También en el año 1989 la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, recogiendo las quejas de muchos pequeños y medianos empresarios, había elaborado y discutido una propuesta de implantación de centros únicos de gestión para la legalización de actividades empresariales."

¹⁴⁸¹ *Vid.* Decreto 191/1990, de 30 de julio, por el cual se crea la Oficina de Gestión Unificada para establecimientos industriales; Decreto 156/1991, de 17 de junio, por el cual se regula el procedimiento administrativo para la instalación, la ampliación y el traslado de industrias con intervención de las oficinas de gestión unificada para establecimientos industriales y Decreto 8/1992, de 20 de enero, de creación de las oficinas de gestión unificada para establecimientos industriales en las circunscripciones de Girona, Lleida y Tarragona. En la actualidad se ha sometido recientemente a información pública (edicto de 14 de septiembre de 1995) el Proyecto de Decreto por el cual se simplifica el procedimiento administrativo para la instalación y modificación de industrias con intervención de las oficinas de gestión unificada para establecimientos industriales.

Cabe objetar, sin embargo, a estas interesantes medidas de simplificación administrativa el hecho que se circunscriban al ámbito de la Administración donde se establecen. En este sentido sería más conveniente proceder a realizar este tipo de experiencias en procedimientos donde intervengan diversas Administraciones. Así debe destacarse la experiencia madrileña de las ventanillas únicas, surgida de un convenio entre la Administración del Estado, la Comunidad de Madrid y la Federación de Municipios, por el que se acabó creando el Centro de Gestión para la Creación de Empresas ¹⁴⁸².

5.- La inactividad en el ejercicio de las funciones de control y de asesoramiento de los órganos consultivos: los informes y dictámenes

Como ha advertido lúcidamente GARCÍA DE ENTERRÍA uno de los grandes dogmas bajo los cuales se monta la Administración napoleónica, paradigma de las Administraciones de corte continental, es la distinción entre las funciones activa, deliberante y consultiva ¹⁴⁸³. El ejercicio de la función consultiva se incardina en muchos supuestos dentro del procedimiento administrativo, con la finalidad de ayudar a formar la decisión que adoptará el órgano llamado a resolver ¹⁴⁸⁴. Ni que decir tiene que la omisión o la inactividad del órgano consultivo condiciona el procedimiento impidiendo la resolución del mismo. Dentro de este procedimiento la función consultiva se concreta en una serie de actos de trámite, los informes o dictámenes, que presentan por sus propias características unas peculiaridades que los distancian del régimen jurídico aplicable a los actos de contenido resolutorio. Como puede verse, nuestro análisis debe centrarse, esencialmente, en detectar las semejanzas entre

¹⁴⁸² Vid. BORRAJO INIESTA, Ignacio: "Las Diputaciones provinciales y el desarrollo económico" en GOMÉZ-FERRER MORANT, Rafael: *La provincia en el sistema constitucional*, Ed. Diputació de Barcelona y Civitas, Madrid, 1991, pp. 429-436.

¹⁴⁸³ Vid. de este autor "Aspectos de la Administración consultiva (Prólogo a la traducción española de MOONEY) en *RAP* 24, septiembre-diciembre 1957, p. 170.

¹⁴⁸⁴ Cabe decir, sin embargo, que una gran parte de la función consultiva no trasciende formalmente en un procedimiento. Así se ha señalado que "la mayor parte de las actuaciones de los órganos de apoyo o *staff* de los altos cargos, cuya inmediatez al órgano activo, sobre todo en el caso de los Gabinetes, les permite prestar su consejo o asesoramiento sin que éste tenga, en sí mismo, trascendencia externa alguna." Vid. FONT I LLOVET, Tomás: "Órganos consultivos" en *RAP* 108, septiembre-diciembre 1985, p. 65.

los remedios que el ordenamiento instrumenta para solucionar la inactividad del órgano consultivo y los que hasta ahora venimos examinando. Al mismo tiempo, la diversa tipología de órganos consultivos existentes plantea también diversidad de soluciones jurídicas, atendiendo al mayor o menor prestigio como a la mayor o menor imparcialidad y garantías que les envuelven.

5.1.- Clases de informes y dictámenes y régimen jurídico de la inactividad

La legislación sobre procedimiento administrativo tradicionalmente ha venido distinguiendo entre diversos tipos de informes. Estas distinciones atendían a la necesidad o no de su solicitud (facultativos y preceptivos ¹⁴⁸⁵) o al necesario seguimiento por el órgano que tenía que resolver (vinculantes y no vinculantes). Esta clasificación no obstante, no fue tomada en cuenta de forma expresa por la LPA de 1958 al establecer los efectos de inactividad en el ejercicio de la función consultiva.

En efecto, en este punto debe resaltarse el art. 39 de la LPA, aún en vigor, donde se establecen diversas normas a seguir en relación a autorizaciones o concesiones en las que, no obstante referirse a un solo asunto u objeto, hayan de intervenir con facultades decisorias dos o más Departamentos ministeriales o varios Centros directivos de un Ministerio. En estos casos, establece la LPA que se instruirá un solo expediente y se dictará resolución única. Para cumplir esta regla la iniciación y resolución serán realizadas por el Centro directivo o Ministerio que tenga una competencia más específica. Éste recabará a los otros Centros o Ministerios cuantos informes y autorizaciones sean precisos. En el caso que éstos no den ninguna respuesta en el plazo de un mes y reiterada la petición, transcurran quince días más, se entenderá que no existe objeción. En el supuesto que se trate de informes o datos necesarios para la resolución del expediente, el transcurso de un mes, dará lugar a la responsabilidad del funcionario o autoridad.

¹⁴⁸⁵ Es mérito del profesor Tomàs FONT I LLOVET señalar la incorrección de la distinción entre informe facultativo e informe preceptivo. En realidad, tal y como este autor señala, todos los informes son de obligada emisión, lo único que puede ser facultativo o preceptivo es su solicitud. *Vid.* de este autor "Órganos..." *op. cit.* pp. 69-70.

Este precepto, según hemos visto, no distingue entre los diversos tipos de informe al establecer las consecuencias de la inactividad en el ejercicio de la función consultiva. Algún autor ha considerado, sin embargo, si bien tal "precepto parece aplicable a toda clase de informes [...] en realidad no puede jugar en el caso de informes vinculantes, o al menos así parece entenderse lógicamente ¹⁴⁸⁶." En nuestro país existen, además, diversas disposiciones que han regulado la inactividad del órgano competente en la emisión del informe ¹⁴⁸⁷, siendo además una técnica conocida en el ordenamiento comunitario ¹⁴⁸⁸.

En relación a los informes el art. 83 de la LRJPAC regula los plazos en los cuales han de emitirse, así como las consecuencias del incumplimiento de su emisión en el período preestablecido. Se quiere evitar, de esta forma, que el órgano informante paralice el procedimiento, distinguiendo, en estos casos, según el carácter del informe. Así, se podrán proseguir las actuaciones siempre que no sean informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento. Si, en cambio, son determinantes se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos. En estos supuestos, empero, la simple interrupción de plazos no basta para desbloquear esta parálisis que sufre el procedimiento administrativo.

Nótese que se utiliza un concepto más amplio que informes vinculantes, puesto que se habla de informes preceptivos determinantes. El Consejo de Estado en su Dictamen 840/1993, de 8 de julio de 1993, sobre el proyecto de Decreto de la Comunidad de Madrid, por el cual

¹⁴⁸⁶ Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "Los informes administrativos" en BLANCO DE TELLA, Luis; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Organización y procedimiento administrativos. Estudios*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1975, p. 365.

¹⁴⁸⁷ Así el art. 9.1.3 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de julio de 1955 (BOE de 15 de julio de 1955); art. 9.3 de la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, sobre centros o zonas de interés turístico nacional (BOE de 31 de diciembre de 1963).

¹⁴⁸⁸ Así el art. 198 c) del Tratado constitutivo de la Comunidad europea, en relación a los dictámenes del Comité de las Regiones, en donde se establece que: "Transcurrido el plazo fijado sin haberse recibido el dictamen, podrá prescindirse del mismo." También cabe citar el art. 170 del mismo Tratado, si bien en la práctica estamos ante un supuesto de silencio negativo para que los Estados miembros puedan acceder al Tribunal de Justicia, ante la exigencia previa del dictamen de una Comisión. Por tanto, ante este último caso no se trata tanto de decidir en un procedimiento, sino de acceder al Tribunal de Justicia.

se adecúan determinados procedimientos a la Ley 30/1992, ha distinguido ambos conceptos en los siguientes términos: "

Como ha visto con acierto la Comunidad de Madrid, "informe vinculante o habilitante" e "informe determinante" (concepto empleado en el núm. 3 del artículo 83 de la Ley 30/1992) no son conceptos idénticos. Siendo siempre determinante el vinculante, aquél concepto no se agota con los informes vinculantes."

La definición ofrecida, puramente formal, si bien aclara en parte el contenido de este nuevo concepto, deja sin una pauta clara para discernir cuáles de los informes no vinculantes pueden ser determinantes. En todo caso, parece imposible definir de forma apriorística y en abstracto el nuevo concepto, por lo cual habrá que forjarlo a través de un análisis casuístico¹⁴⁸⁹. Con todo, en una primera aproximación, parece que se está refiriendo a aquellos informes o dictámenes, tan decisivos, que su omisión imposibilite la adopción de la resolución final. Es decir, en aquellos supuestos, donde la Administración no puede decidir adecuadamente porque le faltan los elementos de juicio necesarios para poderlo hacer. Ello no implica que necesariamente deba seguirlos pero que es imprescindible que conozca la opinión que ellos se expresa, bien debido a su carácter técnico o especializado, bien debido a su posición de imparcialidad. Por tanto, no es una mera opinión que debe ser escuchada para dar mayor garantías al proceso de toma de decisión o para tener un mayor conocimiento de los intereses implicados, sino que es una opinión, que podrá ser o no seguida si el informe

¹⁴⁸⁹ Esta parece que es la línea apuntada por el Consejo de Estado, según se refleja en el Dictamen de 10 de junio de 1993 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora: "No parece aceptable que el apartado número 4 del artículo 17 del Proyecto atribuya, en todo caso, el carácter determinante previsto en el artículo 83, número 3, de la Ley 30/1992, a cuantos informes deban recabarse de cualesquiera entidades públicas y privadas e, incluso, de los particulares. Sin perjuicio de la conveniencia de reservar el concepto técnico de "informe" a las actuaciones procedentes de entidades públicas, parece claro que ese carácter no puede atribuirse, sin distinción, a todas esas actuaciones. Por ello y atendiendo al preciso régimen introducido por la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considera este Consejo que el Proyecto debiera prescindir de cualquier pronunciamiento al respecto, remitiendo la calificación de la eficacia y alcance de los informes a lo que resulte de aplicar a cada caso concreto la regla general contenida en el artículo 83, número 3, del Reglamento Orgánico de este Consejo."

no es vinculante, pero que es fundamental para que el órgano pueda finalmente decidir. En cualquier caso habrá que acudir, en gran medida, a la legislación específica que será quien nos calificará como determinante o no el informe correspondiente ¹⁴⁹⁰.

En cualquier caso el art. 83.4 de la LRJPAC nos da más pautas para determinar el concepto de informe determinante. Tal precepto contempla el caso de que el informe debiera ser emitido por una Administración pública distinta de la que tramita el procedimiento. En este caso señala que se podrán seguir las actuaciones si el informe tuviera como objetivo expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas. Se está haciendo referencia, en definitiva, a procedimientos en que la Administración distinta no tiene capacidad de decisión, sino que únicamente debe ser escuchada, a efectos de conseguir una mayor coordinación entre las Administraciones competentes. Tal supuesto se trata, en realidad, de informes no determinantes en cuanto no son decisivos para la decisión que finalmente se adopte. De esta forma, el art. 83.4 de la LRJPAC no viene a ser una excepción a una regla establecida en el número precedente del mismo artículo, sino un precepto donde se concreta el concepto jurídico de "informes determinantes" establecido anteriormente.

Respecto a los informes emitidos por Administración distinta debe diferenciarse, por tanto, cuando se limitan a señalar el punto de vista respecto a sus competencias, de aquellos en que la participación a través del informe constituye una forma de ejercicio de la propia

¹⁴⁹⁰ Así, por ejemplo, el art. 16.4 del Reglamento de la homologación de la defensa, aprobado por RD 324/1995, de 3 de marzo: "Una vez aceptada la solicitud la Comisión Técnico-Asesora de Homologación adoptará una de las siguientes decisiones: a) Proponer sin más trámite la homologación del producto en el caso de que la documentación aportada lo permita. b) Realizar las actividades técnicas que procedan (pruebas, ensayos, etc.), a cuyo fin designará el centro o laboratorio competente para su realización, *la cual finalizará con un informe técnico perceptivo que será determinante para la resolución del procedimiento, a los efectos prevenidos en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de tal manera que de no emitirse en plazo dicho informe, quedará interrumpido el plazo para dictar resolución* (la cursiva es nuestra)." En este caso el informe debe solicitarse necesariamente cuando la documentación aportada no permita, sin más trámite, que la Comisión Técnico-Asesora proponga la homologación del producto. Cabe señalar que en el Reglamento no se indica que el órgano competente para resolver quedará vinculado por el informe del centro o laboratorio. Sin embargo, ello no excluye que tenga un papel decisivo en el procedimiento, de forma que la no existencia del mismo o de documentación que permita entender la homologación del producto, condiciona en gran medida la obtención de aquello que se solicita.

competencia. En estos casos, probablemente deba considerarse tales actuaciones como informes determinantes y no puedan ser salvadas del mismo modo.

Dos ejemplos significativos sobre la consideración o no de un informe como determinante en el ámbito de las relaciones interadministrativas, los encontramos en ciertos procedimientos donde intervienen Administración autonómica y local. Por una parte estarían los procedimientos de constitución de mancomunidades de municipios ¹⁴⁹¹. Durante la tramitación de los mismos se hace referencia a la posible intervención, vía informe, de las Diputaciones interesadas y del órgano competente en materia local de la Administración autonómica. En ambos casos la legislación acostumbra a introducir un plazo transcurrido el cual "podrá entenderse cumplido el referido trámite" o "se entenderá emitido en sentido favorable, y podrá continuar el procedimiento". Aunque no se formule una calificación expresa de estos informes, se les está atribuyendo en la práctica los mismos efectos que los informes no determinantes y, por tanto, así deberán ser considerados. Adviértase que tales informes se caracterizan a veces por no ser meros controles de legalidad, sino que a veces a través de algunos de ellos "podrán formular(se) observaciones sobre la acomodación del proyecto de Mancomunidad tanto a las directrices de política territorial, como a programas y planes regionales". Ello no es obstáculo a que tales informes puedan entenderse cumplidos por el transcurso del tiempo, pues estos intereses supralocales no pueden paralizar indefinidamente la libre voluntad de los municipios de asociarse entre sí.

Por otra parte, estarían los informes que deben emitirse en el procedimiento de alteración de términos municipales. En alguna legislación se ha advertido el carácter determinante de la intervención del Consejo de Estado y la de algún órgano especializado en la materia, como

¹⁴⁹¹ *Vid.* arts. 5 apartados 6 y 7 de la Ley aragonesa 6/1987, de 15 de abril, sobre mancomunidades de municipios de Aragón; art. 8 de la Ley balear 5/1991, de 27 de febrero, de mancomunidades de municipios; art. 43.4 de la Ley castellano-manchega 3/1991, de 14 de marzo, de entidades locales; art. 7.2 del Decreto riojano 22/1988, de 27 de mayo, sobre mancomunidades de municipios; y art. 99.2, apartado 4 del Reglamento de demarcación territorial y población de los entes locales de Cataluña, aprobado por Decreto 140/1988, de 24 de mayo y adecuado a la LRJPAC por Decreto 144/1994, de 14 de junio.

puede ser el Instituto Geográfico Nacional ¹⁴⁹². La calificación de estos informes como determinante parece derivar de la posición de especialidad y de imparcialidad que revisten estos órganos, la cual sitúa a los informes como piezas claves en la decisión que finalmente se adopte. Distinta consideración merecerían, en cambio, otros informes que pueden darse en el mismo procedimiento y cuya configuración vendría dada para expresar el punto de vista de sus respectivas competencias que podrían verse incrementadas o disminuidas con la nueva distribución territorial. Salvadas las oportunas distancias podría buscarse un cierto paralelismo entre estos informes y el trámite de audiencia, en cuanto deben dárseles la oportunidad de ser oídos antes de dictar la decisión final.

Asimismo deben señalarse las diferencias existentes en ambos tipos de procedimientos. En la constitución de mancomunidades de municipios se está haciendo efectiva una de las facultades que se deriva de la propia autonomía local, como es que los municipios puedan asociarse voluntariamente para prestar servicios entre sí. La intervención de otras Administraciones no puede condicionar indefinidamente, con el mero trámite de no expedir un informe en el plazo señalado, esta garantía de los municipios protegida constitucionalmente. Si estas Administraciones encuentran objeciones de legalidad o relativas a intereses supralocales deben expresarlas en el plazo legalmente establecido y sino entenderse cumplida su actuación. En cambio en la alteración de términos municipales se está cambiando precisamente el mapa territorial y alterando la dimensión y la propia existencia de los municipios implicados. Es por ello que la función que cumplen estos informes es ofrecer un mayor grado de garantías, dado además la gran complejidad técnica que revisten estos supuestos.

¹⁴⁹² Vid. el art. 3 del Decreto madrileño 75/1993, de 26 de agosto, de adecuación de determinados procedimientos a la LRJPAC. En cualquier caso la técnica seguida en este precepto es discutible pues se señala como objeto de adecuación los procedimientos establecidos por dos normas estatales: el Texto refundido en materia de régimen local de 1986 y el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales. En todo caso no puede tratarse de una adecuación de normas, pues el Gobierno autónomico carece de competencia para ello, si parece más preciso hablar de una norma autonómica que completa o desarrolla un régimen establecido por una norma estatal.

Cabe señalar, sin embargo, que la peculiar posición de ciertos órganos o instituciones, por su imparcialidad o por su especialización técnica no es siempre el criterio seguido por la normativa a los efectos de calificar un informe como determinante. Este es el caso en la Comunidad autónoma de Murcia del informe de la Academia Alfonso X el Sabio y de la Real Sociedad Geográfica en los procedimientos de aprobación de banderas y escudos municipales y en la alteración del nombre y capitalidad de los municipios. En ambos casos se señala que el efecto de la no emisión del informe en el plazo legalmente establecido es favorable ¹⁴⁹³. En este caso si bien es cierto que estos procedimientos afectan a cuestiones íntimamente ligadas con la propia esencia de la autonomía local, si que por su carácter técnico debe asegurarse la intervención de órganos o instituciones que por su prestigio académico puedan asegurar que el ejercicio de estas potestades, normalmente de alto contenido discrecional, se ejerzan dentro de los límites estrictamente científicos, evitando soluciones poco compatibles con elementos técnicos tales como la historia, heráldica, toponimia, etc., especialmente en pequeños municipios donde se carece muchas veces del asesoramiento más adecuado.

Como punto de comparación a tener en cuenta debe señalarse el art. 16 de la Ley italiana 241/1991, de 7 de agosto, en el que se establece como mecanismo de simplificación administrativa la posibilidad de proceder independientemente de los informes si éstos no son emitidos dentro del plazo establecido. Respecto al ámbito de aplicación de este precepto se ha señalado que deben excluirse del mismo los informes vinculantes, los informes de contenido técnico que deberán reconducirse al régimen de las valoraciones técnicas, así como también los informes que deban ser otorgados por Administraciones encargadas de la tutela ambiental, paisajístico-territorial y de la salud de los ciudadanos ¹⁴⁹⁴. Por tanto, según esta normativa se puede proseguir las actuaciones por el transcurso del plazo en general cuando los informes fueran preceptivos y no vinculantes, salvo unas determinadas excepciones que atienden eminentemente a su carácter técnico y a determinados ámbitos materiales de especial

¹⁴⁹³ Vid. el Decreto murciano 72/1994, de 2 de septiembre, de adecuación a la LRJPAC de los procedimientos de la Administración de la Región de Murcia.

¹⁴⁹⁴ Vid. por todos sobre el ámbito de aplicación de esta ley a Vera PARISIO: *I silenzi della pubblica amministrazione... op. cit.* pp. 220-223.

protección.

Durante la tramitación parlamentaria del art. 83 de la LRJPAC se introduce un apartado según el cual: "El informe emitido fuera del plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución." Este apartado ha sido objeto de diversas críticas por parte de nuestra doctrina. Así, para GONZÁLEZ NAVARRO ¹⁴⁹⁵ estamos ante una "norma ciertamente sorprendente". Según este autor el tener en cuenta o no un informe dependerá del criterio personal del órgano solicitante y no de que se emita o no fuera de plazo. Para JIMÉNEZ CRUZ ¹⁴⁹⁶ esta norma incurre "en contradicción con lo preceptuado por el art. 89.1 de la misma Ley (informe necesario para la resolución y no tenido en cuenta por la misma) y vulnera los más elementales principios del actuar administrativo, consagrados en el artículo 103.1 de la Constitución, puesto que, si la objetividad en la satisfacción de intereses generales reclama que se consideren los informes emitidos, carece de sentido su desestimación por el hecho de que los mismos hayan incurrido en la irregularidad de su producción extemporánea."

En el debate parlamentario el Grupo popular propuso una enmienda que no fue finalmente aceptada ¹⁴⁹⁷. En esta propuesta se distinguía, a estos efectos, entre informes facultativos e informes preceptivos. Para los primeros el transcurso del plazo implicaría que se prosiguieran las actuaciones, mientras que en los segundos se formularía un requerimiento al órgano informante, que tendría una nueva oportunidad para expresar su autorizado parecer, dándose por cumplido el trámite sólo si en este último extremo continuaba inactivo. Con todo, según nuestro criterio, no queda aún así solventada la cuestión, pues en estos casos

¹⁴⁹⁵ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico de las Administraciones públicas... op. cit.* p. 961.

¹⁴⁹⁶ Vid. JIMÉNEZ CRUZ, José María: "Iniciación, ordenación e instrucción del procedimiento (artículos 68 a 86)", capítulo 11 de la obra coordinada por PENDÁS GARCÍA, Benigno: *Administraciones públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 557.

¹⁴⁹⁷ BOCG-Congreso de los Diputados, serie A, 82-6, de 7 de mayo de 1992, p. 155.

podría plantearse la posibilidad de que el órgano administrativo que resuelve formara su criterio en base a otros posibles informes alternativos que vinieran a fundamentar su opinión. Deber de la Ley sería regular las garantías precisas para que estos informes fueran realmente alternativos. Ni que decir tiene que el sentido del procedimiento administrativo es formar la voluntad del órgano que resuelve y para ello se le ha de dotar de instrumentos jurídicos precisos, sin que la inactividad de un órgano informante pueda condicionar de tal manera la decisión final.

La jurisprudencia, empero, no siempre ha considerado suplido o evacuado el correspondiente trámite o informe por inactividad administrativa, sino que en determinadas ocasiones llega a negar la concurrencia del silencio positivo por la falta de algún informe que considera decisivo en la tramitación del procedimiento ¹⁴⁹⁸. Según hemos advertido anteriormente, al hablar de la suspensión de los plazos de caducidad, si la obligación de recabar el informe recae sobre la Administración que resuelve, no puede exigirse que sea el particular quien tenga que instar al órgano correspondiente para que emita el informe, puesto que en el procedimiento administrativo rige como es sabido el principio de impulso de oficio.

5.2.- Clases de órganos consultivos y régimen jurídico de la inactividad en la producción de informes y dictámenes

Atendiendo a la entidad y a las características de los órganos consultivos, se plantea la posibilidad de establecer distinciones en cuanto al régimen jurídico a que se somete su inactividad. Adviértase ya de entrada, la dificultad de equiparar o dar un tratamiento unitario a los actos emitidos por órganos institucionalizados (como el Consejo de Estado), a los producidos por órganos *staff* o de apoyo inmediato y los evacuados por órganos de

¹⁴⁹⁸ Así la STS de 2 de febrero de 1982 (ref. Ar. 695) advierte que el "informe, el de la Jefatura Provincial de Comercio Interior, que por lo expuesto no puede considerarse como mero trámite, sino como condición esencial para el otorgamiento de la autorización municipal de nuevo establecimiento, dedicado exclusivamente a la venta de pan, impidiendo su falta, entre en juego la técnica autorizatoria del silencio positivo, toda vez que la petición que a ella podría dar lugar no se encuentra rodeada de los requisitos que la legislación específica en la materia exige para que pueda concederse la licencia que se solicita."

representación de intereses ¹⁴⁹⁹. No obstante, la LPA de 1958 utilizaba de forma indiscriminada la expresión informe sin distinguir adecuadamente entre los diversos tipos de órganos consultivos existentes ¹⁵⁰⁰.

Por tanto, la apreciación que se acaba de manifestar pone en evidencia la necesidad de individualizar, en orden a determinar su régimen jurídico, todos estos informes a los que hemos venido refiriéndonos hasta ahora, de los dictámenes que emiten órganos como el Consejo de Estado o sus homólogos en las CCAA. En estos casos, estamos ante órganos consultivos "de factura tradicional, bien distintos de los staff de apoyo inmediato, que ha basado su prestigio en la meditación, el debate y la reflexión como método para evacuar consultas" ¹⁵⁰¹. Es más, la Norma fundamental ha recogido la peculiaridad de los mismos, al establecer en su art. 107 que el Consejo de Estado es el órgano consultivo supremo del Gobierno y dotándole de un régimen jurídico peculiar que deberá ser establecido mediante Ley orgánica ¹⁵⁰². Estas peculiaridades han permitido calificar al Consejo de Estado "como un órgano de relevancia constitucional". Por su parte, la jurisprudencia (STC 204/1992, de 26 de noviembre) ha ido más allá al entender que según el art. 107 de la CE existe una función consultiva como necesaria dentro del régimen de funcionamiento de las Administraciones públicas, si bien reconoce la competencia autonómica para establecer los

¹⁴⁹⁹ Seguimos, en este punto, la tricotomía realizada por el profesor Tomàs FONT I LLOVET en su trabajo "Órganos..." *op. cit.* pp. 56-64.

¹⁵⁰⁰ Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: "Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo" en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, vol. I, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Complutense y CSIC, Madrid, 1972, p. 495.

¹⁵⁰¹ Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: "La posición constitucional del Consejo de Estado y sus competencias consultivas en relación con las comunidades autónomas" en *RAAP* 6, 1991, p. 14

¹⁵⁰² Ha sido la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, la que ha regulado la composición y competencias del Consejo de Estado. Si bien, debe tenerse en cuenta, además, el RD 1.674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del Consejo de Estado (BOE 209, de 30 de agosto de 1980), modificado por el RD 1.405/1990, de 16 de noviembre (BOE 276, de 17 de noviembre).

órganos propios que han de cumplir tal función ¹⁵⁰³.

Esta diferencia cualitativa entre el informe de un órgano *staff* y el dictamen de un órgano como el Consejo de Estado ha sido recogida precisamente en el reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, al regularlos precisamente en preceptos diferentes (arts. 10 y 12 respectivamente). No obstante, en tales preceptos no se hace referencia alguna a la inactividad en el ejercicio de la función consultiva, sino que tan sólo se establecen los plazos para la emisión del informe o del dictamen. La única alusión sobre el tema en el citado reglamento se realiza como de pasada en relación al denominado procedimiento abreviado. En efecto el art. 17 al hablar de la terminación de esta singularidad del procedimiento establece que el órgano competente resolverá una vez recibido el dictamen "o transcurrido el plazo para su emisión".

La legalidad de este precepto ha sido cuestionada por E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, quien considera que "no cabe dictar válidamente una resolución final en el procedimiento abreviado obviando el dictamen del Consejo de Estado por la simple superación del plazo de diez días ¹⁵⁰⁴ previsto para su emisión" ¹⁵⁰⁵. Este autor argumenta para ello la

¹⁵⁰³ En realidad este reconocimiento de competencia autonómica viene a suponer una grave limitación de la potestad de autoorganización de las CCAA, al exigir que el órgano consultivo autonómico sea equivalente en objetividad e independencia al Consejo de Estado.

¹⁵⁰⁴ La brevedad de este plazo viene impuesta por imperativo legal, al establecer el art. 143 de la LRJPAC treinta días como plazo máximo de resolución del procedimiento abreviado. Tiempo que quizás, a primera vista, parece insuficiente para que el Consejo de Estado en pleno pueda pronunciarse al respecto. Quizás hubiera sido más oportuno dejar al reglamento la fijación concreta del plazo, que debe ser atemperado de acuerdo con la *praxis* diaria. El Consejo de Estado, en su Dictamen 3/1993, de 11 de febrero, advierte al respecto que: "En efecto, en el inciso final del artículo 15, comprendido en el capítulo que regula el procedimiento abreviado, se fija como plazo, en tal modalidad procedimental, el de diez días, precisión que el Consejo de Estado considera congruente con la reducción de plazos que son inherentes al procedimiento abreviado y coherente con el artículo 128.1 del Reglamento del Consejo que remite a la disposición legal que prevenga la consulta para señalar el plazo para emitirla, actuando en su defecto, el de dos meses. Sin embargo, tanto en el caso de este plazo como en el previsto en el procedimiento abreviado (con más razón, si cabe), debieran las Administraciones públicas consultantes adoptar las medidas adecuadas para evitar que, como ocurre con alguna frecuencia, se produzcan dilaciones entre la petición del dictamen del Consejo de Estado y la recepción del mismo, retrasos que, acusadamente en el procedimiento abreviado, pueden hacer quebrar el objetivo mismo al que legalmente responde la introducción en el sistema de responsabilidad de tal modalidad de procedimiento."

inaplicación del art. 83.3 de la LRJPAC precisamente por la cualificada función que lleva a cabo el Consejo de Estado y por el distinto momento de intervención que tienen estos órganos dentro del procedimiento administrativo ¹⁵⁰⁶. Siguiendo este razonamiento, los informes a que alude el art. 83.3 de la LRJPAC aparecen regulados en la fase de instrucción del procedimiento, después de la prueba y con anterioridad al trámite de audiencia. Por su parte, el momento de actuación de órganos institucionalizados como el Consejo de Estado o sus equivalentes en las respectivas CCAA se produce, normalmente, cuando ya ha finalizado la instrucción propiamente dicha y tan sólo falta la correspondiente resolución. Desde esta perspectiva, para establecer las consecuencias jurídicas de la inactividad de un órgano consultivo como el Consejo de Estado o sus equivalentes en las CCAA no habrá que acudir a la LRJPAC, sino a la normativa específica que regule la actividad del correspondiente órgano consultivo.

Sin embargo, los argumentos utilizados no nos parecen convincentes para concluir la nulidad del precepto reglamentario. En efecto, entendemos que la posibilidad de regular la inactividad del órgano consultivo no es un materia de las reservadas a la Ley ¹⁵⁰⁷, ni menos aún a la Ley orgánica ¹⁵⁰⁸. Habiendo señalado la STC 204/1992, de 26 de noviembre, que "la remisión que el art. 107 CE opera en favor de la Ley Orgánica reguladora del Consejo de Estado no es ni puede ser una remisión incondicional o ilimitada ¹⁵⁰⁹." El ámbito de la Ley

¹⁵⁰⁵ Vid. de este autor "Notas sobre el procedimiento abreviado..." *op. cit.* pp. 43-45.

¹⁵⁰⁶ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "Notas sobre el procedimiento abreviado..." *op. cit.* p. 43.

¹⁵⁰⁷ El "silencio" del órgano consultivo tiene, según veremos en el apartado siguiente de este trabajo, un carácter meramente procedimental, rigiendo como es sabido en materia de procedimiento administrativo una reserva relativa de Ley contenida en el art. 105.c) de la CE, según se deduce de las SSTC 18/1981, de 8 de junio (Funcionarios de Correos del CSUT de Barcelona) y 341/1993, de 18 de noviembre (Ley "Corcuera").

¹⁵⁰⁸ Adviértase que nadie ha puesto en cuestión la existencia de un Reglamento orgánico del Consejo de Estado, aprobado por RD, según hemos visto en nota precedente.

¹⁵⁰⁹ Desde otra perspectiva David Vicente BLANQUER CRIADO ha llegado a concluir que: "Para establecer que el dictamen del Consejo de Estado pueda entenderse emitido si no se despacha la consulta en el plazo de dos meses, no basta con disponerlo así en una Ley ordinaria, sino que es preciso reformar la Ley Orgánica del Consejo de Estado." Vid. de este autor *Consejo de Estado y autonomías (La función consultiva*

orgánica queda delimitado estrictamente a aquellos aspectos generales y rasgos fundamentales de la institución consultiva, básicamente su composición y competencias. Ahora bien, una cosa es la necesidad de someter el procedimiento a consulta del Consejo de Estado y otra bien distinta es establecer los efectos que produce la actividad o la inactividad de tan Alto órgano consultivo. Si admitimos pacíficamente que la legislación ordinaria puede regular los efectos de la actividad (vinculantes o no para la Administración consultante), ¿por qué no puede admitirse que también los efectos de la inactividad puedan ser regulados por el mismo tipo de normas?. Consideramos por tanto que la normativa específica donde se regule la actividad del órgano consultivo puede ser la correspondiente norma de procedimiento, sea ley o reglamento.

Por tanto, la cuestión no estriba tanto en buscar una posible falta de cobertura legal al precepto, sino contrastar si realmente el precepto reglamentario se opone a lo dispuesto por alguna norma de rango superior, como el art. 83.3 de la LRJPAC. En cualquier caso y a mayor abundancia, pueden señalarse los arts. 142.3 y 143 de la LRJPAC como cobertura general del procedimiento abreviado de responsabilidad patrimonial. A ello debe sumarse la intensidad del mandato de celeridad con que la Ley caracteriza a este tipo de procedimiento. La regulación de los efectos que genera la inactividad del dictamen es congruente con esta dinámica, en la cual precisamente no se quiere dar al dictamen un papel de cierre del procedimiento, paralizando la resolución del mismo.

Adviértase que, en este caso, se considera suplida por el transcurso del tiempo la intervención del Consejo de Estado u órgano equivalente autonómico en los procedimientos abreviados, donde se dan una serie de presupuestos que en principio se muestran de forma inequívoca ¹⁵¹⁰. No se da, en cambio, tal situación respecto al procedimiento ordinario de

como garantías de los ciudadanos y de la autonomía local), Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 206.

¹⁵¹⁰ Es sintomático o al menos curioso que el Consejo de Estado al dictaminar sobre el reglamento estatal de responsabilidad patrimonial ni tan siquiera cuestionara la legalidad del precepto. *Vid.* al respecto el Dictamen 3/1993, de 11 de febrero de 1993. Presumimos, dada la alta cualidad de la doctrina legal emanada de tan prestigioso órgano consultivo, que no hubo descuido y que reparó, por tanto, en una cuestión tan significativa sin ver ninguna objeción a formular.

responsabilidad donde la exigencia de intervención del órgano consultivo institucionalizado adquiere mayor relevancia por su función garantizadora, de imparcialidad e independencia. De esta forma, podría pensarse en que un órgano de tal importancia podría dosificar su intervención en los casos realmente importantes, en los que pudiera sentar su doctrina legal

1511

De otra parte, la argumentación meramente formal de excluir la aplicación del art. 83.3 en base a su ubicación dentro del procedimiento no tiene, a nuestro entender suficiente peso. Tal como ya establecía la LPA, y ahora recoge la LRJPAC, la sistemática utilizada "no está presidida necesariamente por una preocupación cronológica" ¹⁵¹². Así, por ejemplo, si bien los informes están regulados con posterioridad a la prueba, la práctica demuestra como muchos de éstos se evacuan precisamente con anterioridad a la fase probatoria. Por eso no parece que sea determinante la ubicación del precepto para excluir de su regulación los informes de los órganos institucionalizados.

Por tanto, entendemos que no debe generalizarse la exigencia de intervención de estos altos órganos consultivos. Sí tendrá sentido, en cambio, asegurar de forma inequívoca la existencia de este dictamen en determinados asuntos y procedimientos. Entre los mismos puede destacarse, de esta forma, el dictamen a emitir en el procedimiento de elaboración de reglamentos ¹⁵¹³. Supuesto, en que se advierte claramente, la no aplicación de la LRJPAC,

¹⁵¹¹ Por casos importantes no entendemos los de mayor cuantía, pues como observa con acierto Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: "La realidad demuestra, por lo demás, que en muchas ocasiones curiosamente la doctrina se establece en asuntos de escasa cuantía, cuya repercusión económica puede ser nimia pero la carga doctrinal que suscitan es determinante para resolver futuros asuntos similares." *Vid.* de este autor "Notas sobre el procedimiento abreviado..." *op. cit.* pp. 33-34.

¹⁵¹² *Vid.* GARRIDO FALLA, Fernando: "Informes..." *op. cit.* p. 506.

¹⁵¹³ Si bien, como se ha señalado tendría que reconsiderarse la forzada distinción entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes para determinar la necesidad del dictamen. Tal extremo ha sido puesto de relieve por el Consejo de Estado en su *Memoria* de 1989 y también por el TS. Como advierte el profesor Tomàs FONT I LLOVET: "[...] hoy en día los reglamentos son de otro tipo: encontramos reglamentos por remisión o reglamentos remitidos, en la terminología establecida por el profesor Joaquín TORNOS; reglamentos autonómicos complementarios de una ley básica estatal, en virtud de las competencias de desarrollo legislativo que hacen posible en las comunidades autónomas una intervención de desarrollo de la ley o bien por reglamentos

puesto que la misma ha dejado subsistente los arts. 129 a 132 de la LPA que regula el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general ¹⁵¹⁴. En los mismos no existe precepto alguno en que por el mero transcurso del tiempo pueda obviarse la inactividad del órgano institucionalizado ¹⁵¹⁵. Nos parece, por tanto, que el mero transcurso del tiempo no es la solución más adecuada para suplir un trámite de tanta trascendencia, el cual ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como un elemento básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

La existencia de un régimen jurídico diverso para estos órganos, en cuanto a su inactividad, se constata con claridad en el proceso de creación de nuevos órganos por las CCAA. En esta línea encontramos el art. 24 de la Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación del Consejo Consultivo de Andalucía y el 17.3 de la Ley 5/1993, de 15 de junio, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares. En ambos preceptos se establece que se entenderá cumplido el trámite, permitiéndose la continuación del procedimiento, cuando transcurra el plazo en los dictámenes que no tengan carácter vinculante. Adviértase el distanciamiento con la LRJPAC pues la misma permite suplir por el tiempo los informes no determinantes para la resolución del procedimiento.

Por lo que respecta al caso andaluz se ha llegado a señalar que, sobre este punto "[...] el descaro (*sic*) con que el legislador autonómico quebranta el Estatuto de Autonomía para

de competencias estatales, etc." *Vid.* de este autor "La funció consultiva de la legalitat de les disposicions i resolucions administratives a Espanya" en *Comissió Jurídica Assessora. Memòria 1993*, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, p. 14 y "Función consultiva y Estado autonómico" en *RAP* 138, septiembre-diciembre 1995, p. 45.

¹⁵¹⁴ Sin duda, la no derogación de estos preceptos responde a una vocación transitoria, pues al parecer se reservaba esta regulación para la denominada Ley del Gobierno. Tal exclusión parece traer causa en la doctrina establecida por la STC 15/1989, de 25 de enero, según la cual en la regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general no nos encontramos propiamente ante el ejercicio de la competencia sobre procedimiento administrativo común, prevista en el art. 149.1.18 de la CE. Una crítica de esta doctrina puede encontrarse, por todos, en el trabajo del profesor Joaquín TORNOS MAS: "Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor" en la obra dirigida por el mismo autor *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 42.

¹⁵¹⁵ Si que se establece, en cambio, como supuesto de "silencio positivo" la aprobación por la Presidencia del Gobierno (art. 130.2 LPA).

Andalucía es manifiesto ¹⁵¹⁶." Se argumenta, desde esta línea, que durante la elaboración del Estatuto se propuso una fórmula parecida a la que hoy se recoge a nivel legislativo ¹⁵¹⁷, la cual fue rechazada y puesta en cuestión por diversos grupos parlamentarios ¹⁵¹⁸, presentándose al final una enmienda que suprimió tal posibilidad y que actualmente es la letra del precepto ¹⁵¹⁹. Sin embargo, a nuestro entender, una cosa es que durante la elaboración del Estatuto se tuvieran dudas sobre la constitucionalidad de introducir un precepto como el mencionado ¹⁵²⁰ y otra bien distinta es considerar que la legislación autonómica sobre el Consejo Consultivo infringe manifiestamente lo dispuesto por el Texto estatutario. Es más, no puede hablarse realmente de oposición o contradicción entre ambas normas, pues el Estatuto en ningún momento se pronuncia sobre los plazos y consecuencias jurídicas que se derivan de su infracción.

Si bien, en conclusión, puede plantearse la posibilidad que se establezca una regulación propia y diferenciada para este tipo de órganos, tal como venimos diciendo, lo que sí nos parece más discutible es que tal regulación pueda entender evacuado, si transcurre el plazo sin emitirse, dictámenes de la trascendencia del que se emite en el procedimiento de elaboración de reglamentos, pues como es sabido el mismo no tiene carácter vinculante. La

¹⁵¹⁶ Vid. BLANQUER CRIADO, David Vicente: *Consejo de Estado... op. cit.* p. 186.

¹⁵¹⁷ Vid. el art. 42.3 del Proyecto de Estatuto de Autonomía para Andalucía (*BOCG-Congreso de los Diputados*, serie H, 56-I, de 15 de abril de 1981): "La petición de informes al Consejo de Estado será suscrita por el Presidente. Aquél se entenderá evacuado en sentido favorable transcurridos tres meses desde la formulación de la petición sin que fuera evacuada la consulta, la Comunidad resolverá desde luego."

¹⁵¹⁸ Así el Grupo mixto del Congreso de los Diputados consideraba que este precepto "introduce, para Andalucía, modificaciones en la Ley de Procedimiento Administrativo". Por su parte el Grupo Centrista entendió que "se invade la Ley Orgánica del Consejo de Estado recientemente aprobada por las Cortes Generales." Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Ed.): *Estatuto de Autonomía de Andalucía. Trabajos Parlamentarios*, Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984, pp. 29 y 33.

¹⁵¹⁹ En la actualidad el art. 44.3 del Estatuto de Andalucía se limita a decir que: "La petición de informes al Consejo de Estado será suscrita por el Presidente."

¹⁵²⁰ Parece, por tanto, un criterio de prudencia por las Cortes que discutieron este Estatuto, suprimir un precepto del que se suscitaban tales dudas y dejar la cuestión para un análisis más detenido de la cuestión, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Asimismo, quizás deba replantearse el hecho de que las normas que conforman el denominado bloque de constitucionalidad regulen los órganos consultivos.

situación puede comportar una disminución de garantías en el acierto de la decisión a tomar¹⁵²¹. Pero, en todo caso, consideramos que ésta es una decisión que debe adoptar el legislador tanto básico como autonómico, dentro del margen de sus respectivos ámbitos competenciales¹⁵²².

La particularidad de estos Altos órganos consultivos se pone de relieve no sólo en cuanto a la posibilidad de entender cumplido un trámite por el mero transcurso del tiempo, sino también por la aplicación de los plazos supletorios para la resolución de procedimientos que establece la LRJPAC. Así ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos al respecto al estudiar en el capítulo segundo de este trabajo el silencio administrativo en la potestad de revisión de oficio. La LRJPAC no fija explícitamente un plazo máximo de resolución para los procedimientos a través de los cuales se ejercita esta potestad. En este caso es conveniente que la normativa de procedimiento establezca un plazo máximo, pues el de tres meses parece insuficiente para llevar a cabo cada uno de los plazos que se fijan para las diversas fases del procedimiento.

Otro fenómeno relevante que puede detectarse en la legislación, al regular otro tipo de órganos que no presentan la relevancia del Consejo de Estado o sus homólogos autonómicos, es el distanciamiento respecto del modelo establecido por la LRJPAC en relación a la no

¹⁵²¹ Para David Vicente BLANQUER CRIADO: "Desde el prisma de las garantías del ciudadano, esa emisión del dictamen por silencio positivo constituye un peligro de enorme trascendencia." *Vid.* de este autor *Consejo de Estado... op. cit.* p. 64.

¹⁵²² Que el legislador no queda siempre atezado por la existencia de regímenes más garantistas o beneficiosos para el ciudadano se puso claramente de manifiesto con la derogación del art. 7.5 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que establecía la suspensión automática de sanciones pecuniarias en materia de orden público. En este punto la STC 341/1993, de 18 de noviembre (Ley "Corcuera") señala: "Que la regulación hoy derogada suponía un régimen en extremo favorable al sancionado es cosa por lo demás obvia. Que aquella previsión legal expresaba, con ello, una neta preferencia en favor de las garantías procesales, aun en detrimento de la eficacia del acto, es también algo que no cuesta reconocer (STC 18/1981, fundamento jurídico 5º). Pero lo que no cabe ya afirmar es que, en atención a todo ello, quede el legislador incapacitado para modificar o derogar una regla como la contenida en aquel artículo 7.5. A esta conclusión sólo cabría llegar si se admitiera que tal precepto legal expresó en su articulación concreta, imperativos insoslayables derivados de la Constitución, pero no es así."

emisión de informes y dictámenes ¹⁵²³. Tal es el caso del art. 116 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, que ya hemos examinado en anteriores ocasiones. Por lo que respecta al asunto que ahora nos interesa se viene a distinguir entre los informes que deban emitir los órganos de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo y entre los informes sectoriales que deban evacuar cualesquiera órganos de la Administración de la Comunidad. Para los primeros, pese a que en algunos casos estamos ante informes preceptivos y vinculantes según el art. 69 de la Ley (por tanto parece que son determinantes en la resolución del procedimiento ¹⁵²⁴), se entenderán evacuados en sentido positivo por el transcurso de dos meses. Por lo que respecta a los segundos se establece la misma solución "salvo que tengan carácter preceptivo y determinante en la legislación específica aplicable, en cuyo caso su tramitación podrá interrumpir el plazo para la aplicación del silencio administrativo si se declarase expresamente." Así, en unos casos los informes determinantes interrumpen o suspenden el cómputo del plazo, mientras que en otros supuestos se entienden evacuados por el mero transcurso del tiempo. Por tanto, el criterio de la LRJPAC no es el seguido en este caso, pues además de su carácter determinante se exige que hayan de ser evacuados por órgano distinto del competente en la específica materia (ordenación del territorio y urbanismo).

5.3.- Efectos procesales del informe favorable producido por silencio

En el estudio de la función consultiva algunos autores se preguntaron a cerca de sus posibles formas de exteriorización. Estos llegaban a la conclusión que el contenido psíquico exigía necesariamente la forma escrita, excluyendo la forma oral y, *a fortiori* las manifestaciones

¹⁵²³ En relación a este tipo de órganos aparecen más dudas para justificar la no aplicación del art. 83.3 de la LRJPAC, pudiéndose llegar a cuestionar la competencia de la CA para establecer este tipo de regulaciones que toparán con los títulos competenciales derivados del art. 149.1.18 de la CE (ya sea régimen jurídico de las Administraciones públicas, ya sea procedimiento administrativo común).

¹⁵²⁴ Recuérdese, según ya hemos señalado, la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen 840/1993, de 8 de julio) según la cual todos los informes vinculantes son siempre determinantes.

tácitas y el silencio ¹⁵²⁵. No obstante, la legislación de procedimiento ha venido estableciendo plazos preclusivos dentro de los cuales debe ejercitarse esta función consultiva, cuyo incumplimiento genera en ocasiones que se considere evacuado el trámite ¹⁵²⁶.

En algunas disposiciones reglamentarias de desarrollo y adecuación vemos como los efectos de la falta de resolución expresa en el plazo fijado no sólo son estimatorios o desestimatorios, sino favorables ¹⁵²⁷. ¿Estamos ante una simple precisión terminológica sin ninguna trascendencia práctica? A nuestro modo de ver la clave del asunto estriba en que no estamos ante un supuesto de silencio administrativo en sentido estricto ¹⁵²⁸. La regulación que realiza la LRJPAC en los arts. 43 y 44 está pensada para los actos resolutorios y no propiamente para los actos de trámite. Es por ello que los informes, como actos de trámite,

¹⁵²⁵ Vid. CORSO, Pompeo: *La funzione consultiva*, Ed. CEDAM, Padova, 1942, p. 169. Este autor lo razonaba de la siguiente forma: "Una autorización, una aprobación puede deducirse por *facta concludentia*, en cuanto se resuelve un comportamiento positivo o negativo en la confrontación del acto que se necesita para ser eficaz; no así en el informe que manifestándose en una opinión, no se concreta en un si o en un no, sino consta de un juicio lógico del cual surge las conclusiones y dirección de la acción de la autoridad deliberante. Por ello el informe es considerado como uno de aquellos casos en que la motivación es exigida por la naturaleza del acto.

Menos aún se puede hablar de eficacia del silencio en la cuestión que nos ocupa, dada no solo por la inidoneidad de tal medio a expresar el contenido psíquico del informe, sino por la absoluta equivocidad del comportamiento de quien permanece en silencio, además, el carácter vinculado del ejercicio de la función consultiva: si el órgano al que se requiere el informe se mantiene en silencio, contraviene una preciso deber que el ordenamiento le hace para iluminar a la autoridad activa."

¹⁵²⁶ El propio Pompeo CORSO alude a un Decreto italiano de 1928, según el cual los contratos colectivos, antes de su publicación, son sometidos al informe del inspectorado corporativo. No obstante, señala el mismo autor que el informe vinculante del inspectorado es un verdadero y propio acto de control. Vid. *La funzione... op. cit.* p. 170, nota 22. En la actualidad debe señalarse, empero, que la reciente Ley italiana sobre procedimiento administrativo (Ley 241/1990, de 7 de agosto) regula las consecuencias del incumplimiento de la emisión de informe en su art. 16. Esta regulación prevé como regla general la facultad de la Administración solicitante de proceder independientemente. Se excluyen eso sí ciertos supuestos, como son los temas de tutela ambiental, paisajístico-territorial y de la salud de los ciudadanos.

¹⁵²⁷ Vid. el Decreto castellano-manchego 182/1993, de 11 de noviembre, por el que se adecuan procedimientos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM 82, de 12 de noviembre de 1993) al referirse al Informe de la DGAL en relación a la constitución de Mancomunidades de Municipios y a la modificación de estatutos de tales Mancomunidades.

¹⁵²⁸ Según la STS de 5 de octubre de 1974 (ref. Ar. 3.462): "[...] el silencio, en sus dos vertientes, puede entrar en juego en momentos en que la Administración, a través de sus órganos decisorios competentes ya pueda resolver definitivamente el asunto de que se trate, pero no, como en este caso ha ocurrido, en el intermedio de un expediente, esto es, en un acto de trámite."

tienen una regulación específica (el art. 83.3 LRJPAC) en casos de inactividad del órgano que los ha de emitir, la cual no se remite a la regulación general del silencio administrativo. Tampoco es un caso de fiscalización de un acto dictado por un órgano inferior o por una Administración tutelada. Esta diferenciación nos permite decir que la inactividad en la emisión de un dictamen no se "beneficia" de la "protección" dispensada por los efectos substantivos del acto presunto, sino que tiene un carácter meramente procedimental. Por ello los tribunales en los casos de ausencia de dictamen no podrán por este simple hecho anular la correspondiente resolución ¹⁵²⁹, ahora bien ello no les impide examinar si en la formación de la voluntad administrativa se han recogido los elementos de juicio pertinentes que puedan fundamentarla. El "silencio positivo" lo único que posibilita es entender evacuado el trámite, pero no puede servir sin más como fundamento de la resolución que finalmente se adopte.

En este sentido, algunos autores consideran que el transcurso del tiempo provoca la carga de motivar la adopción del acto o disposición que se trate ¹⁵³⁰. Por ello si en el procedimiento que se ha seguido no se justifica suficientemente la decisión adoptada, podría llegar a considerarse que estamos ante una actuación arbitraria de la Administración pública, que proscribire el art. 9.3 de nuestro Texto constitucional. Así la Administración habría de recurrir a otros elementos que justificaran su actuación, ya que en caso contrario creemos que no

¹⁵²⁹ Así la STS de 3 de mayo de 1991 (ref. Ar. 4.341) establece que: "[...] si dicho informe tiene el carácter de preceptivo su omisión no provoca otros efectos que los derivados del citado artículo 86.3, el cual expresamente establece: "De no recibirse el informe en el plazo señalado, podrán proseguirse las actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora", y, en consecuencia la exclusión de la anulabilidad del procedimiento [...]."

¹⁵³⁰ Son de gran interés las observaciones formuladas en tal sentido por Francesco BRIGNOLA: "El silencio en materia de informes, pese a que la ley asimila la omisión del informe a un pronunciamiento positivo, tiene un peso exclusivamente procedimental, en el sentido que impide la deducción del vicio de falta de emisión del informe. Desde el punto de vista sustancial no puede realizarse tal equiparación, puesto que el órgano que emana el acto no podría volver a reclamar, en la premisa, el informe favorable *ex lege* derivado del silencio, pero conserva la carga de motivar la adopción del acto, por lo que el que el silencio positivo produce tan sólo el efecto de transferir al órgano deliberante esta carga eliminando el momento de colaboración y de dialéctica interna que el informe expresa [...]."
Vid. de este autor: "Il silenzio-assenso" en *Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione: il silenzio della pubblica amministrazione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1985, p. 286.

sería suficiente el simple transcurso del tiempo, para dar cumplido el trámite del informe o dictamen. Esta solución es coherente con el art. 54.c) de la LRJPAC que establece la necesidad de motivación de los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes *o del dictamen de órganos consultivos*. Tal precepto puede y debe interpretarse en el sentido que el apartarse del dictamen o el informe puede venir dado porque no se siguen las sugerencias formuladas en el mismo, o bien porque éste no ha sido emitido en plazo, siguiéndose el procedimiento. Los efectos favorables de la no emisión del informe o dictamen vendrían a levantar el carácter preceptivo del informe, impidiendo que pudiera alegarse una nulidad procedimental por su omisión. Ahora bien, insistimos que ello no exonera a la Administración de justificar la decisión que finalmente adopte, debiendo suplir por otros medios la necesaria motivación. El informe o dictamen es, en estos casos, una pieza esencial en la formación de la voluntad administrativa. Así lo viene a reconocer el art. 89.5 de la LRJPAC al señalar que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorpore el texto de la misma. Por tanto, las opciones estriban en declarar la nulidad del procedimiento en caso de ausencia del informe o dictamen o bien entender suplida su emisión por el transcurso del tiempo si este es substituido por otro tipo de actuaciones que sirvan para justificar la decisión administrativa que finalmente se adopte.

En este sentido consideramos de gran interés la argumentación esgrimida en la STS de 26 de julio de 1993 (ref. Ar. 5.587). Se trataba de la aprobación por el Ayuntamiento de Telde de un "Plan Especial de Protección y Reforma Interior" de un Conjunto Histórico-Artístico. En la impugnación se informaba de la ausencia de sendos informes preceptivos de la Dirección Provincial del Patrimonio Histórico-Artístico en relación a sus competencias sobre la materia y del Ministerio de Agricultura respecto a la Ley de Espacios Naturales. La solución mantenida es entender que el primer informe "ha de entenderse evacuado favorablemente de conformidad con el art. 78.4 RP al no poder considerarse los referidos escritos - sin concreción alguna - como interruptores del término prevenido para la presunción favorable", mientras que en el segundo caso el informe no es exigible. Sin embargo y pese a no conectarlo expresamente a tal solución entra en un examen del

expediente para constatar el carácter protector del citado Plan respecto del Conjunto Histórico-Artístico ¹⁵³¹.

5.4.- La posibilidad de acudir a órganos alternativos externos, públicos o privados

El profesor SANTAMARÍA PASTOR en unas reflexiones sobre las posibilidades de revitalizar la técnica del silencio administrativo ¹⁵³², planteaba la posibilidad de que el régimen de control que realizan las Administraciones públicas si quería ser eficaz debía recabar de forma decidida la colaboración privada. De esta forma, este autor propugna "convertir a los servicios administrativos competentes en controladores de segundo grado", de tal manera que "los expedientes vinieran ya *informados desde fuera*, en lugar de tener que consumir largos períodos de tiempo de espera en el informe por la oficina técnica o asesoría jurídica del organismo (la cursiva es en el original)". Ello no quiere decir que esta colaboración ciudadana supusiera una dejación de la función de control de la Administración pública, sino que ésta sería un controlador de segundo grado.

Una posibilidad de esta índole no está recogida con carácter general por la LRJPAC. Otras legislaciones como la italiana, prevén expresamente esta posibilidad. Así el art. 17 de la Ley 241/1990, posibilita que el responsable del procedimiento pueda acudir en defecto de valoraciones técnicas del órgano competente, a otros órganos de la Administración pública o a entes públicos que sean de una cualificación o capacidad técnica equivalente, o bien a institutos universitarios. Posibilidad que, tal como advierte MALARET I GARCIA ¹⁵³³,

¹⁵³¹ En este sentido se señala que: "[...] lo cierto es que del examen de la documentación del Plan y del acuerdo de su aprobación provisional no puede llegarse a conclusión distinta de la que lo que se acometió con carácter preferente fue una protección del conjunto monumental formado por los barrios de San Juan y San Francisco de la ciudad del Telde, declarado histórico-artístico, mas no limitado a ello, sino complementado con determinadas operaciones de reforma interior con la finalidad de favorecer el conjunto histórico-artístico como un elemento de la política de protección de la zona para evitar la colmatación del sector, es decir, con carácter accesorio de aquella protección, primordialmente perseguida por el Plan y que es la que le da su naturaleza."

¹⁵³² Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "Silencio positivo: una primera reflexión..." *op. cit.* especialmente en las pp. 117 y 118.

¹⁵³³ Vid. de esta autora "Los principios del procedimiento administrativo..." *op. cit.* p. 330.

no encuentra en nuestro ordenamiento ningún impedimento legal para poder llevarse a la práctica. Apreciación que se fundamenta esencialmente en la naturaleza material o técnica de la actividad realizada que no implica en modo alguno la realización de funciones públicas.

Con todo el recurso a órganos privados plantea el valor que estas actuaciones pueden tener en el procedimiento administrativo. Ello debido a que carecen, en principio, de las mismas garantías que los órganos administrativos para asegurar la necesaria imparcialidad y, por tanto, son más propicios a las influencias de intereses privados. Por esta razón es necesario un estricto régimen de responsabilidades que pueda paliar estas posibles objeciones. Tales actuaciones técnicas realizadas por los particulares deben constituir un elemento más en la toma de decisión administrativa, evitándose en la medida de lo posible un eventual carácter vinculante de las mismas. Además necesariamente no deben impedir que el interesado obtenga el acto administrativo que solicita. En este punto debe facilitarse al ciudadano la posibilidad de acudir a diversos profesionales para que le puedan dar una visión contrastada de su solicitud. Debe señalarse que normalmente la Administración requerirá unos requisitos de cualificación y profesionalidad, pudiendo incluso limitar el número de profesionales que tienen la capacidad de emitir estos informes y dictámenes que servirían en la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo.

Con todo tal posibilidad de sustitución no podrá ser indiscriminada. En determinados procedimientos la normativa al prever la intervención de determinados órganos está queriendo precisamente que sean éstos quienes asesoren a los órganos administrativos competentes para adoptar la decisión más conveniente a la legalidad y al interés público. Por tanto, sería conveniente que fuese la misma normativa reguladora de cada procedimiento quien estableciera los órganos que pudieran ser substituidos y las alternativas a las cuales poder acudir en casos de inactividad o transcurso del tiempo sin emisión del dictamen o informe.

Como supuesto característico de recurso a órganos externos hay que aludir necesariamente al denominado visado colegial de los proyectos técnicos que tanta vigencia tiene en el ámbito

urbanístico ¹⁵³⁴. Si en sus inicios tuvo "el papel de instrumento de control corporativo de la regularidad del ejercicio de ciertas profesiones" ¹⁵³⁵ en la actualidad se ha considerado como un acto administrativo de trámite que se inserta en el procedimiento de concesión de licencias ¹⁵³⁶. El visado, que es dictado por el Colegio de Arquitectos, consiste en una declaración de juicio a través de la cual se contrasta el proyecto presentado con la normativa urbanística aplicable ¹⁵³⁷. Es más, la propia producción del visado se somete al régimen del silencio positivo, según establece el art. 48 del Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD 2187/1978, de 23 de junio (BOE 223, de 18 de septiembre de 1978) ¹⁵³⁸. Este informe que constituye el visado colegial no sustrae las competencias de control a la Administración municipal, pues será ésta quien otorgue la correspondiente licencia sin que queda vinculada por la concesión o la denegación del visado al proyecto presentado, pudiendo

¹⁵³⁴ Específicamente sobre este tema puede consultarse: AROZAMENA SIERRA, Jerónimo: "El visado de los proyectos técnicos por los Colegios profesionales" en *RDU* 48, p. 43; DOMÍNGUEZ VILA, Antonio: "El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el ordenamiento urbanístico (II)" en *RDU* 80, octubre-diciembre 1982, pp. 73-120.

¹⁵³⁵ *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Manual de Derecho urbanístico... op. cit.* p. 234.

¹⁵³⁶ Debe resaltarse además del carácter de acto de trámite respecto al procedimiento para la obtención de licencias, la naturaleza de acto definitivo en el procedimiento corporativo. Este doble carácter ha sido puesto de relieve por la STS de 25 de septiembre de 1989 (ref. Ar. 6.690) en los siguientes términos: "[...] independientemente de que el visado constituya un acto de trámite dentro del procedimiento establecido para el otorgamiento de las licencias urbanísticas, fuera del mismo y en el ámbito colegial, ámbito en el que se ha trabado el proceso, no es un acto de trámite, sino un acto definitivo resolutorio de un procedimiento corporativo, perfectamente recurrible en vía contencioso-administrativa en los términos del artículo 8.1 de la Ley de Colegios profesionales de 13 de febrero de 1974."

¹⁵³⁷ Para la STS de 8 de marzo de 1990 (ref. 1.986): "La configuración de estos colegios como Corporaciones de derecho público en contraste con sus fines preponderantemente sectoriales, implica que no son administraciones públicas en sentido estricto, sino en la medida en que desempeñan también funciones públicas atribuidas por la ley o por delegación mediante actos concretos."

¹⁵³⁸ La dicción literal de este precepto es la siguiente: "Presentado el proyecto técnico ante el Colegio profesional, se estimará que dicho Colegio entiende que no existe alguna de las infracciones urbanísticas a que se refiere el artículo anterior, si no se produce decisión expresa en plazo de veinte días desde la entrada del proyecto en el Colegio."

incluso controlar la competencia del autor del proyecto para las obras ¹⁵³⁹. En cambio, supone una efectiva descarga de trabajo no exenta de las correspondientes responsabilidades que puedan recaer sobre el arquitecto colegiado que ha presentado un proyecto contrario a la legalidad urbanística (art. 47.1 del Reglamento citado).

Cuestión distinta pero estrechamente relacionada con el tema que estamos tratando es la posibilidad, no de acudir a órganos externos, sino la de substituir a los miembros del órgano que no ha cumplido con los plazos previstos legalmente. Como antecedente de cierto interés debe tenerse en cuenta el supuesto citado por ÁLVAREZ-GENDÍN ¹⁵⁴⁰. Este autor dedica uno de sus epígrafes de un trabajo publicado en 1961 al "silencio administrativo en el trámite" y alude al respecto al art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958, que regula la provisión de vacantes de cátedras de Universidades, Institutos y Escuela de Comercio y de profesores en Escuelas de Magisterio. De acuerdo con esta normativa la propuesta de resolución había de elevarse al Ministerio en el plazo de dos meses. Si bien no se preveían expresamente los efectos del silencio ÁLVAREZ-GENDÍN entendía que había que interpretar que transcurrido el plazo establecido se procedería a la designación de una nueva Comisión. En la actualidad también pueden encontrarse otros supuestos de sustitución como el previsto en el art. 145.3 del Reglamento catalán, de obras, actividades y servicios de los entes locales de 1995. Se trata del procedimiento para el ejercicio de actividades económicas por los entes locales en régimen de libre concurrencia. El incumplimiento del plazo para la redacción de una memoria comporta el cese automático de los miembros de la comisión. En este supuesto la Corporación puede nombrar una de nueva con la misma finalidad y de si la misma tampoco emite la memoria en el plazo establecido, el procedimiento se considerará caducado. Tales supuestos recuerdan en cierta manera el mecanismo de remoción del puesto de trabajo,

¹⁵³⁹ De esta forma la STS de 30 de enero de 1990 (ref. Ar. 10.450) advierte que: "[...] el estimar - como hace la parte actora el que la Administración no debe indagar sobre la competencia del autor del proyecto para las obras sobre las que proyecta su actividad, siempre que tal trabajo haya sido visado colegialmente, equivale a defender el que la Administración debe hacer dejación de funciones que el interés público lo exige, por lo que tal afirmación no puede ser compartida por la Sala."

¹⁵⁴⁰ Vid. de este autor "Teoría del silencio administrativo" en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, vol. 1º, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 145.

como aplicación de las potestades de organización y dirección que tiene la Administración pública respecto los órganos que se integran dentro de su estructura. Con todo, no hay aquí pérdida del puesto de trabajo, sino el cese como miembro de un órgano colegiado que no acostumbra a tener carácter permanente.

6.- La influencia de los informes y dictámenes en la producción del silencio positivo.

Hasta ahora hemos analizado los efectos que produce en el procedimiento la no emisión de informes y dictámenes en el plazo legalmente establecido. Llegados a este punto queremos aludir a otra problemática relacionada con la inactividad y el ejercicio de la función consultiva y de asesoramiento, si bien desde otra perspectiva. Nos referimos aquí a la posibilidad que la existencia de un informe o dictamen en el procedimiento condicione los efectos estimatorios o desestimatorios del silencio. Tal es el caso establecido por el art. 82.1 del Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio (DOGC 2066, de 23 de junio de 1995) al añadir a las causas de exclusión del silencio positivo contempladas en el art. 43.2.b) de la LRJPAC ("transferencia al interesado o a terceros de facultades relativas al servicio público o al dominio público") la de "falta de informes preceptivos y vinculantes de otras administraciones que sean determinantes del otorgamiento de la licencia." Por otra parte, pueden encontrarse otros supuestos en que no sólo se alude a la existencia de tales informes, sino que es el contenido de los mismos quien acaba determinando, junto a la inactividad del órgano a quien compete resolver, el silencio positivo o negativo ¹⁵⁴¹.

Los supuestos analizados plantean dos posibles interpretaciones: considerar que estamos ante un requisito que la norma introduce para la producción del silencio positivo, como parece desprenderse del tenor literal de la norma; o bien interpretar, desde una interpretación más posibilista, que nos encontramos con un supuesto más de silencio negativo. Tal disyuntiva

¹⁵⁴¹ Tales casos se han planteado en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, como es la delimitación de los términos municipales o la creación de entidades municipales descentralizadas. *Vid.* por ejemplo los supuestos 22 y 23 del Decreto catalán 144/1994, de 14 de junio.

no es baladí por cuanto la introducción de un requisito *sine qua non* para la producción del silencio positivo, sin estar previsto por la LRJPAC, puede no tener cobertura legal suficiente. Por contra si nos decantamos por considerar que estamos ante un supuesto de silencio negativo podría seguirse manteniendo la legalidad del precepto, si bien respetando los límites establecidos por la Ley. Tal supuesto no alcanzaría aquellos casos en que el procedimiento de autorización se siguiera respecto al ejercicio de derechos preexistentes que no transfirieran facultades relativas al dominio público o al servicio público o cualquier otro supuesto de silencio positivo predeterminado por la LRJPAC.

Esta vinculación entre el informe y la producción del silencio administrativo debe ser examinada también respecto a que efectos produce en los procedimientos donde se introduce. En realidad, se produce un desplazamiento del efecto resolutorio al informe ¹⁵⁴². Existe una actividad administrativa, la del órgano informante, quien en definitiva viene a convertirse materialmente por el juego del silencio positivo en el órgano que resuelve el procedimiento. Como reconoce la doctrina los informes vinculantes no comportan estrictamente una función de control, sino de compartición competencial ¹⁵⁴³. No se está analizando ninguna resolución adoptada anteriormente, sino que estamos ante dos decisiones autónomas con un valor propio y diferenciado. Por tanto, será conveniente valorar el papel que en cada caso tiene el órgano que resuelve el procedimiento antes de atribuir estos efectos al informe por el juego del silencio administrativo. En caso contrario, a través del silencio, se corre el riesgo de alterar los papeles que el ordenamiento atribuye en el procedimiento a tales órganos.

Por tanto, si bien no es descartable que la existencia del informe sea determinante para la

¹⁵⁴² Lógicamente este desplazamiento se produciría a los meros efectos materiales, pues formalmente el "acto presunto" generado por silencio administrativo continúa atribuyéndose al órgano que habría de resolver, por lo cual será éste quien determinará la competencia jurisdiccional de los tribunales en caso de recurso contencioso-administrativo.

¹⁵⁴³ Vid. TORNOS MAS, Joaquín: "La actividad de control sobre los entes locales" en FONT I LLOVET, Tomàs (Ed.): *Informe sobre el Gobierno local*, Ed. MAP y Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, Madrid, 1992, pp. 111-112.

producción de los efectos del silencio en las solicitudes de los ciudadanos, debe procederse con cierta cautela distinguiendo los supuestos en que pueda aplicarse. Cuestión distinta, en cambio, es que la existencia de este informe en el expediente administrativo sea un elemento que permita excluir las responsabilidades, de la Administración o de sus funcionarios, que pudiera generar el incumplimiento de la obligación de resolver. A ello ya tuvimos oportunidad de referirnos al hablar del silencio administrativo como mecanismo alternativo al ejercicio de potestades administrativas. De esta forma se hablaba de la posibilidad de otorgar a la Administración cierta discrecionalidad para exteriorizar sus decisiones, sobre las cuales ya ha ido formando su propio criterio. Quizás ello pueda constituir un instrumento de simplificación administrativa a tener en cuenta.

III.- LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL ACCESO A OTRAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS O JURISDICCIONALES EN LOS CASOS DE INACTIVIDAD

Hasta este momento hemos visto los problemas que la inactividad y el transcurso del tiempo producen durante la terminación del procedimiento, a partir de ahora y para finalizar este capítulo nos referiremos al momento final del mismo. Con ello lo que se ha querido poner de relieve es que la terminación es una fase más del procedimiento y no necesariamente la principal. Puede existir ya una voluntad administrativa forjada a través de diversos trámites, los cuales constan ya documentalmente en el expediente. En estos casos falta esencialmente la exteriorización de la misma. Puede ser también que no haya habido ninguna actuación durante todo el procedimiento. En estos casos la inactividad puede ser una forma de terminación de todos los trámites hasta ahora seguidos o que debían haberse seguido. Cabe también constituir un momento más que no cierra el procedimiento anterior, sino que abre la vía de sucesivas instancias para corregir las deficiencias producidas anteriormente.

1.- La inactividad administrativa como forma de terminación del procedimiento administrativo: la caducidad o la perención

Como es sabido, las formas de terminación del procedimiento son la resolución, el desistimiento, la renuncia y la declaración de caducidad (art. 87 de la LRJPAC). Las tres primeras implican una actividad ya sea en el primer caso de la Administración, ya sea en los restantes de los ciudadanos. En cambio la declaración de caducidad implica una inactividad o una ausencia de actividad con efectos suspensivos sobre el plazo. Esta situación puede ser originada por el particular que con su actuación impide que la Administración continúe y resuelva el procedimiento, bien por la propia Administración pública que si bien inicia un procedimiento, puede dejarlo "aparcado", incumpliendo los plazos legales de resolución. Como veremos a continuación la regulación prevista en la LRJPAC distingue entre la caducidad si es por causa imputable a la Administración pública (art. 43.4) de la producida por causa imputable al interesado (art. 92). Nuestro análisis se centrará fundamentalmente en un análisis de la primera, pues el objeto de nuestro estudio es la inactividad administrativa y no la del particular. Análisis que efectuaremos para deslindar las semejanzas y diferencias de esta institución con el silencio administrativo. Debe advertirse, además, que la regulación que de la caducidad realiza la LRJPAC se ha realizado distinguiendo la forma de iniciación del procedimiento. En los casos de iniciación a instancia de parte si la inactividad es de la Administración se produce el silencio administrativo, mientras que si es del particular se origina la caducidad del procedimiento. En cambio, en los procedimientos iniciados de oficio debe distinguirse dos supuestos: procedimiento no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos y procedimientos susceptibles de producir estos actos favorables. Para los primeros se producirá la caducidad siempre que la norma reguladora del procedimiento prevea un plazo para resolverlo, para los segundos la solución no es clara.

En el capítulo segundo de este trabajo hemos tenido la oportunidad de aludir a la tricotomía: silencio positivo, caducidad y perención o caducidad del procedimiento. En este momento interesa profundizar en el binomio silencio positivo-caducidad del procedimiento. La razón de ello es por cuanto el análisis de ambas instituciones no debe limitarse a entender que estamos ante instituciones que producen efectos en dos planos distintos (en un caso solamente respecto al procedimiento y en el otro además en relación al ejercicio de la potestad) sino que participan de unas características comunes en cuanto son la consecuencia jurídica prevista por

el ordenamiento para el incumplimiento de resolver en el procedimiento administrativo. En un caso se produce en procedimientos iniciados de oficio (caducidad) mientras que en el otro en procedimientos iniciados a instancia de persona interesada (silencio). Ello es así que, según veremos, son reguladas conjuntamente por el legislador en un único precepto.

En efecto, el art. 43.4 de la LRJPAC que se encabeza con el título "Actos presuntos" regula en su apartado cuarto la caducidad en los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. En cambio la caducidad del procedimiento por causa del interesado (art. 92 de la LRJPAC) se ubica en otro contexto como es la finalización del procedimiento. Parece, por tanto, que caducidad del procedimiento imputable a la Administración y silencio administrativo son las dos caras de una misma moneda o, dicho en otros términos, la solución a un mismo problema - la inactividad formal - que se plantea en los procedimientos iniciados a instancia del ciudadano (silencio administrativo) y en los procedimientos iniciados de oficio (caducidad del procedimiento). Ahora bien, pese a tal ubicación ambas instituciones tienen una diversa naturaleza jurídica.

La ubicación sistemática de la LRJPAC fue objeto de crítica durante la tramitación parlamentaria ¹⁵⁴⁴ si bien acabó manteniéndose en la redacción final. La razón de ello puede encontrarse en las palabras del diputado Sr. LLORET LLORENS ¹⁵⁴⁵:

¹⁵⁴⁴ Vid. las palabras del parlamentario Sr. GATZAGAETXEBARRIA BASTIDA (Grupo Parlamentario Vasco): "En este sentido ya el proyecto de ley, incluso con una sistemática que quizá no es la adecuada, contiene una regulación de la caducidad en relación a la Administración en el artículo 42, párrafo 4. Nosotros consideremos que la sistemática adecuada es cuando estamos hablando de caducidad y no cuando estamos hablando del procedimiento administrativo relativo a los actos de carácter o naturaleza presunta." Vid. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Cortes Generales IV Legislatura, núm. 487, de 17 de junio de 1992, p. 14.390. Sobre el desarrollo parlamentario de la LRJPAC vid. el completo estudio de Maria Àngels SOTORRA I SERRA: "Iter legislatiu de la Llei 30/1992" en *Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público* 16, julio 1993, pp. 89-110.

¹⁵⁴⁵ Son interesantes al respecto las palabras del parlamentario Sr. LLORET LLORENS (Grupo Socialista) para quien no es tan importante la ubicación, sino el haber introducido la caducidad por causa imputable a la Administración: Vid. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Cortes Generales IV Legislatura, núm. 487, de 17 de junio de 1992, pp. 14.395 y 14.396.

"En cuanto al tema de la ubicación, artículos 42.4 y 90, yo creo que, afirmación clara y rotunda, estamos todos de acuerdo con el contenido; hay un problema de ver la ubicación. Veremos si en trámites parlamentarios sucesivos se entiende más razonable que esté en el artículo 90 o esté en el artículo 42.4. Lo importante es que esté, fundamentalmente como principio, y que en cualquier caso este debate incluso haya servido para dejar constancia de que efectivamente no ha habido un olvido en relación con lo que es el tratamiento del tema. Las cuestiones de ubicación sistemática yo no las entiendo como cuestiones de principio; me parecen razonables algunas de las argumentaciones que se han dado, y en ese sentido el tema podemos dejarlo pendiente, y veremos si en una reflexión posterior se adopta una solución u otra sobre esto."

Los comentaristas a la LRJPAC, advirtiendo posibles consecuencias jurídicas de esta diversa ubicación, se lamentan que no se haya optado por regular conjuntamente la caducidad. Sobre todo, esta falta de unidad plantea problemas en relación a la posible aplicación a los procedimientos iniciados de oficio de algunos de los requisitos y efectos aplicables a la caducidad por causa imputable al interesado ¹⁵⁴⁶. " Particularmente tales requisitos y efectos son los siguientes: la exigencia de un previo requerimiento para la producción de la caducidad (art. 92.1) ¹⁵⁴⁷; la regla que establece sobre los efectos de los procedimientos caducados en el cómputo de la prescripción (es decir, sus posibles efectos interruptivos) (art. 92.3) ¹⁵⁴⁸ y la no aplicabilidad de la caducidad cuando afectare al interés general o fuera

¹⁵⁴⁶ Vid. TÁBOAS BENTANACHS, Manuel: "Finalización del procedimiento administrativo..." *op. cit.* pp. 597-598.

¹⁵⁴⁷ Al respecto *vid.* VADRÍ I FORTUNY, M. Teresa; PONCE SOLÉ, Julio: "La nueva posición de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública" en TORNOS I MAS, Joaquim (Ed.): *Administración pública y procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 30/1992)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 146-147.

¹⁵⁴⁸ La aplicabilidad de este supuesto a la caducidad en los procedimientos sancionadores ha sido puesta de relieve por el profesor José GARBERÍ LLOBREGAT: *El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1.398/1993) (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Ed. Tirant lo Blanch, Col. "Tratados", Valencia, 1994, p. 159.

conveniente sustanciar la cuestión planteada en el procedimiento para su definición y esclarecimiento (art. 92.4). Con todo no parece impensable entender que dentro del art. 92 pueden distinguirse situaciones distintas. Así, al referirse al requerimiento previo se está aludiendo explícitamente a "los procedimientos iniciados a solicitud del interesado". En cambio, al regular los efectos de la caducidad respecto a la prescripción, no se hace ninguna alusión a la forma de inicio del procedimiento, llegándose a hablar incluso de "la prescripción de las acciones del particular *o de la Administración*" (la cursiva es nuestra). Parece lógico, además, que esta previsión se aplique a todo tipo de procedimientos, máxime cuando normalmente no tiene mucho sentido la referencia a la prescripción de la acción de la Administración en un procedimiento iniciado a instancia de particular. Más dudoso, en cambio, es la posibilidad de la no aplicación de la caducidad cuando se afecte al interés general o fuere conveniente la sustanciación para su definición y esclarecimiento. Ciertamente, en este caso no se hace referencia alguna a "procedimientos iniciados a solicitud del interesado" o a "la simple inactividad del interesado", pero de considerar vigente tal técnica en los procedimientos iniciados de oficio que sean gravosos para los ciudadanos, puede llegar a desvirtuarse en la práctica el instituto de la caducidad.

Debe señalarse que con la LRJPAC encontramos, por vez primera, una regulación general sobre la caducidad por causa imputable a la Administración pública ¹⁵⁴⁹. Con ello se viene a superar una situación legislativa y jurisprudencial que se planteó en 1889 con la primera Ley de procedimiento administrativo (la Ley "Azcarate"). En efecto, en estos casos, tan sólo se preveía la caducidad del procedimiento administrativo por causa imputable al administrado. La aplicación de esta regulación no se extendió a los procedimientos iniciados de oficio, ya que la jurisprudencia entendía que estos casos quedaban cubiertos por la

¹⁵⁴⁹ Vid. el trabajo del profesor Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *La caducidad... op. cit.* En esta obra, a pesar que el autor dedica su capítulo II a la caducidad del procedimiento donde se realiza un estudio del art. 92 de la LRJPAC, no se alude a la novedad introducida por el art. 43.4 de la misma Ley.

responsabilidad disciplinaria al funcionario causante de la dilación ¹⁵⁵⁰. La LPA de 1958 contempló la caducidad desde la misma óptica, si bien se introduce como garantía, en la reforma de 1963 ¹⁵⁵¹, la necesidad de advertir al interesado que se producirá la caducidad para que ésta pueda llegar a existir ¹⁵⁵².

Será, por tanto, la legislación sectorial quien en algunos casos establecerá la caducidad por causa imputable a la Administración pública. Pese a la claridad del texto legal, la posibilidad de que un procedimiento iniciado de oficio llegue a caducar se interpreta de forma restrictiva por la jurisprudencia ¹⁵⁵³. Los tribunales de forma mayoritaria entienden que el reconocimiento de la caducidad que realiza alguna legislación no será extensible a otros supuestos diferentes ¹⁵⁵⁴, habiéndose de interpretar con la máxima cautela al poder perjudicar a los intereses generales ¹⁵⁵⁵. No obstante, en algunas decisiones se aplicará

¹⁵⁵⁰ Vid. las SSTs de 19 de diciembre de 1961 (ref. Ar. 243 de 1962), 26 de septiembre de 1975 (ref. Ar. 3.870), 28 de noviembre de 1975 (ref. Ar. 4.973), 27 de diciembre de 1977 (ref. Ar. 5.055), 21 de noviembre de 1989 (ref. Ar. 8.348), 17 de octubre de 1991 (ref. Ar. 6.930).

¹⁵⁵¹ Esta garantía, como claramente advierte GONZÁLEZ NAVARRO, ya se contenía en la redacción original de la LPA para una modalidad de caducidad: la regulada en el art. 71. Vid. de este autor: "La llamada caducidad..." *op. cit.* p. 207.

¹⁵⁵² De esta forma se venía a darle a esta institución "un trato paralelo al que recibe la Administración cuando se quiere hacer jugar el principio del silencio administrativo". En este sentido *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "La llamada caducidad..." *op. cit.* p. 207. También *vid.* ENTRENA CUESTA, Rafael: "El proyecto de Ley de Revisión de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958" a *Documentación administrativa* 68, agosto 1963, p. 16.

¹⁵⁵³ Pensemos que incluso ya vigente el Decreto 2.530/1976, de 8 de octubre, que regula la prescripción de infracciones y la caducidad del procedimiento en materia de disciplina del mercado, la STS de 9 de octubre de 1981 (ref. Ar. 221) declara improcedente la caducidad porque el procedimiento se tramitó con anterioridad a la entrada en vigor del citado Decreto. Argumento que se apoya en la naturaleza procesal de la caducidad que impide la aplicación del principio de retroactividad de la norma que establece el plazo más favorable para el particular interesado.

¹⁵⁵⁴ Recientemente *vid.* la STS de 15 de junio de 1988 (ref. Ar. 4.384): "[...] la citada irregularidad, como se señala en el escrito de alegaciones de la parte apelada, podrá lugar, en su caso, y dado lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo a la responsabilidad del funcionario causante de dicha irregularidad, pero no, salvo que esté prevista en la correspondiente normativa, a la declaración de caducidad del expediente."

¹⁵⁵⁵ Vid. la STS de 9 de junio de 1988 (ref. Ar. 5.325): "[...] la aplicación de la caducidad hay que efectuarla con el máximo de cautela, puesto que la misma puede lesionar intereses generales, como ocurriría en este caso, en el que se persigue una infracción en materia de disciplina del mercado por minoración en el

analógicamente este instituto ¹⁵⁵⁶.

Hemos visto anteriormente como el silencio positivo incide en el propio ejercicio de la potestad administrativa al impedir su realización por el transcurso del tiempo. En cambio la caducidad del procedimiento se ha venido considerando clásicamente como una forma anómala de terminación del procedimiento ¹⁵⁵⁷. De esta forma si se produce la caducidad del procedimiento la potestad administrativa puede permanecer intacta. La Administración podría, en estos casos, volver a iniciar un nuevo administrativo, a menos que otras causas imposibiliten el ejercicio de la potestad. Así lo recuerda el art. 92.3 de la LRJPAC cuando advierte que "la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones".

Por tanto, la naturaleza jurídica de la caducidad del procedimiento tiene un carácter marcadamente procesal o procedimental. De ello se deriva una trascendental consecuencia como es el tema de la eventual retroactividad de plazos más largos que los anteriormente vigentes. En este sentido, la jurisprudencia entiende ajustada a Derecho la posibilidad de que por vía reglamentaria se aplique un plazo de caducidad más largo que el que era vigente en

peso de un artículo de primera necesidad."

¹⁵⁵⁶ Este es el caso de la STS de 28 de marzo de 1988 (ref. Ar. 2.437): "[...] ha de empezar por dejarse sentado que la laguna legal existente a la sazón en materia de caducidad de expedientes como el presente, ha de llenarse con lo previsto al efecto en el Real Decreto 2530/1976, de 8 de octubre, sobre disciplina de mercado, hoy sustituido por el Real Decreto 1.945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las "Infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria", pues la absoluta identidad del bien jurídico protegido en una y otra situación fuerza a la aplicación de una y la misma norma en ambos supuestos, como autorizado viene por el art. 4.1 del Código civil [...] de suerte que la solución analógica adoptada por el Tribunal *a quo* - exigida, además, por un elemental principio de seguridad jurídica - era la más adecuada para salvar la laguna apreciada, como ya consideró en un caso idéntico la Sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 1987 [...]."

¹⁵⁵⁷ La jurisprudencia [SSTS de 20 de octubre de 1987 (ref. Ar. 8.678) y 13 de junio de 1988 (ref. Ar. 5.332)] ha definido la caducidad del procedimiento en los siguientes términos: "[...] la caducidad es un modo anormal de finalización del procedimiento administrativo determinado por su paralización durante el tiempo establecido, por no haber tenido lugar actos procesales por parte del órgano al que corresponde impulsar su prosecución que debe venir estimulada por la protección del orden social que le incumbe, siendo el dato fundamental que debe operarla el de las fechas ciertas que permiten establecer el momento inicial y final del término estatuido en el Ordenamiento [...]."

el momento de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo ¹⁵⁵⁸. Estamos, por tanto, ante una institución que no tiene un carácter sancionador, sustantivo, y desde esta lógica no queda dentro de la protección que dispensa el art. 9.3 del Texto fundamental.

Cuestión distinta a la extensión del plazo es el momento en el cual se inicia el procedimiento. En este caso, se entiende que una disposición reglamentaria no podría variar retroactivamente el inicio del cómputo o *dies a quo*, ya que influye de forma decisiva en las condiciones objetivas de sancionabilidad. Piénsese en los efectos interruptivos que ocasiona la iniciación del procedimiento en relación con el instituto de la prescripción. Por tanto, cabrá afirmar que cuando la institución no tenga un mero carácter procedimental sino que influya decisivamente en los aspectos sustantivos del ejercicio de la potestad, cabrá aplicar el principio contenido en el art. 9.3 ¹⁵⁵⁹.

El ámbito tradicional de la caducidad del procedimiento lo constituye el prolijo campo de las sanciones administrativas, no obstante la dicción del art. 43.4 es mucho más amplia por cuando alude o procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos

¹⁵⁵⁸ Este extremo ha sido puesto de relieve por la STS de 26 de febrero de 1991 (ref. Ar. 1.089) según la cual: "[...] como también es erróneo el razonamiento que efectúa enderezado a excluir del caso enjuiciado la Disposición Transitoria primera del Real Decreto 1.945/1983, de 22 de junio, en razón a que nada innova, sino que se limita a establecer el alcance de la normativa anterior cuya aplicación en este punto no se ve obstaculizada por las normas constitucionales citadas en la sentencia apelada ya que el art. 9.3 de la Constitución afecta tan sólo a la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de los derechos individuales y las que aquí se trata, se refieren, por el contrario, a normas no ya de carácter procesal, sino procedimental, cuya aplicación retroactiva es posible en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera del Real Decreto 1.945/1983, de 22 de junio, puesto que la caducidad del procedimiento es materia que no se refiere a derechos sustantivos o de carácter subjetivo, sino que es una institución enmarcada en el ámbito propio del procedimiento administrativo de carácter neutro y no parece que pueda ser considerada como una norma de derecho sancionador, cuya aplicación retroactiva es la que prohíbe el art. 9.3 de la Constitución española [...]."

¹⁵⁵⁹ Vid. la STS de 7 de marzo de 1989 (ref. Ar. 1.942): "El procedimiento es la garantía tanto de la Administración como de los administrados, de la aplicación de las normas sustantivas conforme a derecho, y revisable ante la jurisdicción; el cambiar el momento y circunstancias en que se ha de entender iniciado un expediente sancionador, sin intervención ni garantía alguna para el acusado de haber cometido una infracción sancionable, es una parte integrante e inseparable de la norma sancionadora, que influye de modo decisivo en una de las notas esenciales para que proceda, las condiciones objetivas de sancionabilidad; por lo tanto, ese cambio en la normativa reglamentaria, sin que sea objeto de este proceso examinar su legalidad, constituye disposición, integrante de la sancionadora, desfavorable para el administrado, y, por tanto, con el carácter de irretroactiva, según el artículo 9.3 de la Constitución española [...]."

favorables a los ciudadanos. Con ello se amplía las garantías del ciudadano, pues es obvio que si se redujera la operatividad de la caducidad a los procedimientos sancionadores, la inactividad de la Administración quedaría sin una respuesta adecuada en muchos casos. Piénsese, por ejemplo, en los expedientes de declaración de interés cultural ¹⁵⁶⁰, recuperación de oficio de montes públicos, declaración de zona de seguridad ¹⁵⁶¹, extinción como empresa titular de salón, extinción del permiso de funcionamiento, cancelación de inscripción en el registro de empresa operadora, suspensión o revocación de acreditación profesional ¹⁵⁶².

Ahora bien, cabe preguntarse si los mecanismos que articula la LRJPAC en relación a la inactividad administrativa cubre todo tipo de procedimientos. De una interpretación *a contrario* del art. 43.4 de la LRJPAC, es evidente, que quedan sin una solución clara los procedimientos iniciados de oficio susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos: ¿debe aplicarse la caducidad del procedimiento o bien el silencio administrativo? El profesor PAREJO ALFONSO entiende que a "falta de determinación legal expresa y para evitar todo vacío normativo, debe entenderse que caen bajo el ámbito de aplicación del régimen propio de los procedimientos iniciados a instancia de parte ¹⁵⁶³."

Del art. 43.4 de la LRJPAC se desprende la necesidad del transcurso de treinta días desde el vencimiento del plazo en que hubiera de ser dictada la resolución para producirse la

¹⁵⁶⁰ Vid. ALEGRE AVILA, Juan Manuel: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico (La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español)*, Ed. Ministerio de Cultura, Col. "Análisis y documentos" 5, Madrid, 1994, pp. 485-488.

¹⁵⁶¹ Vid. Decreto andaluz 143/1993, de 7 de septiembre, por el que se dictan normas relativas a los procedimientos administrativo de aplicación en el ámbito de las Consejerías de Cultura y Medio Ambiente y de Agricultura y Pesca (BOJA 114, de 21 de octubre de 1993).

¹⁵⁶² Decreto andaluz 133/1993, de 7 de septiembre, por el que se dictan normas relativas a los procedimientos administrativos de aplicación en el ámbito de la Consejería de Gobernación (BOJA 114, de 21 de octubre de 1993).

¹⁵⁶³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: "El silencio administrativo en la Ley de régimen jurídico..." *op. cit.* p. 585.

caducidad. Por tanto debe distinguirse entre el plazo máximo para tramitar el procedimiento, que opera como presupuesto para empezar a contar el plazo de caducidad, y éste último. Ahora bien, si el art. 43.4 establece claramente cual será el plazo de caducidad (treinta días), no nos dice nada sobre cuando habremos de considerar que se ha originado el vencimiento del plazo. Esta carencia fue detectada en un primer momento por el profesor NIETO y posteriormente fue cubierta, para los procedimientos sancionadores, a través de la regulación que realiza el art. 20.6 del RPS ¹⁵⁶⁴. Según este precepto, que habrá que considerar supletorio en aquellos procedimientos donde no se prevea esta posibilidad, es necesario para que empiece a computarse el plazo de caducidad que haya transcurrido un plazo de seis meses desde que se inició el procedimiento. Asimismo otros procedimientos han ido estableciendo plazos similares para la resolución ¹⁵⁶⁵.

Se ha señalado que este plazo de seis meses no tiene una justificación suficientemente adecuada, porque los plazos que componen las diversas fases del procedimiento no llegan a alcanzar este período. Así, este extremo puede constatarse si procedemos a realizar un rápido cómputo de las diversas fases del procedimiento sancionador que prevé el Reglamento estatal para el ejercicio de la potestad sancionadora de 1993: a partir de la iniciación se posibilita que se hagan alegaciones (quince días), después sigue la eventual apertura de un período de prueba (como máximo treinta días), a continuación viene la propuesta de resolución (no tiene marcado un plazo específico, pero tal vez se podría aplicar analógicamente el de la resolución que es de diez días), seguidamente encontramos unas segundas alegaciones (quince días más), pudiéndose practicar, además, unas actuaciones complementarias en que habría otras alegaciones (siete días) y su práctica (quince días), para finalizar con la resolución (10 días). Si contamos los plazos que un procedimiento sancionador podría tener como máximo veremos que no llega a los cuatro meses. Por tanto, al establecerse el plazo de caducidad en

¹⁵⁶⁴ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador... op. cit.* en su 1ª edición p. 418.

¹⁵⁶⁵ Así para los procedimientos de control de las subvenciones previsto por el art. 8.2 *in fine* del Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, aprobado por RD 2225/1993, de 17 de diciembre (BOE 312, de 30 de diciembre de 1993).

seis meses, ¿de qué nos sirve que la Ley establezca unos plazos específicos para cada fase?

1566

En este punto, quizás es conveniente acudir a la distinción formulada por BULLINGER entre plazos imperiosos con sanciones "machacantes" y plazos flexibles en relación con cada uno de los pasos que integra el procedimiento ¹⁵⁶⁷. Estos últimos serían un indicativo o "toque de atención" para la propia Administración pública, permitiéndole detectar con suficiente antelación si un concreto procedimiento va a ser o no tramitado dentro del plazo final. En caso negativo, el órgano administrativo competente podría advertir a sus superiores la necesidad de dedicar más medios personales o materiales que permitan una tramitación dentro del tiempo final establecido. Tales consideraciones requieren, no obstante, que la Administración tenga realmente en cuenta la existencia de tales plazos flexibles para la mejora de la tramitación de sus procedimientos, quedando en mano en definitiva de cada Administración pública y de sus propios dirigentes. Con todo quizás sería conveniente exigir normativamente la publicación de estadísticas y seguimientos de tales plazos en los diversos procedimientos.

Estos seis meses se contarán de fecha a fecha, tal y como establece el art. 48.2 de la LRJPAC. Ahora bien la primera cuestión que se plantea es: ¿el plazo empieza a contar desde la fecha en que se tomó el acuerdo de iniciación del procedimiento o desde que este acuerdo fue notificado a la persona interesada? La cuestión parece resolverla el mismo art. 20.6 al señalar que es desde la iniciación. De esta forma la fecha más correcta sería la del acuerdo dictado por el órgano competente ya que es este y no la notificación a la persona interesada la que inicia el procedimiento sancionador tal y como establece el art. 11 del Reglamento del

¹⁵⁶⁶ Así se pronuncia el profesor Joan Manuel TRAYTER I JIMÉNEZ respecto a la caducidad del procedimiento disciplinario que se regula en el Reglamento disciplinario de los funcionarios civiles del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero. *Vid.* de este autor *Manual de Derecho disciplinario... op. cit.* p. 345.

¹⁵⁶⁷ *Vid.* BULLINGER, Martin: "La Administración, al ritmo..." *op. cit.* p. 107.

procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora ¹⁵⁶⁸

También es necesario que el procedimiento no quede paralizado por causa imputable al interesado, ya que sino se habrá de interrumpir el cómputo del plazo para resolver el procedimiento. Hay que destacar que la LRJPAC utiliza la expresión "interrumpirá" que es propio de la prescripción, para proceder al cómputo de la suspensión. Podría llegar a argumentarse que la producción del vencimiento del procedimiento no es propiamente un plazo de caducidad, ya que éste todavía no ha comenzado y que, por tanto, puede interrumpirse, con lo cual habría de volverse a iniciar *ex novo* el cómputo. No obstante, consideramos que en este caso se está utilizando impropriamente este término y que habría que hablar en buena técnica de suspender.

Los diversos reglamentos han añadido diversas causas de suspensión del plazo del procedimiento ¹⁵⁶⁹. Así, el art. 20.6 del RPS al remitirse a los arts. 5 (los casos en que se acreditara que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los organismos comunitarios europeos) y 7 (cuando se hubiera de comunicar al Ministerio Fiscal que los hechos pueden ser constitutivos de delito) del mismo reglamento. Por su parte, el art. 16 del Decreto catalán de procedimiento sancionador solamente añade lo que dispone su art. 5 el cual vendría a coincidir con el art. 7 del Reglamento estatal de 1993. Se ha de destacar

¹⁵⁶⁸ En el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración pública de la Comunidad de Madrid, se señala: "tratándose de la duración de unas actuaciones iniciadas y dirigidas de oficio, ese plazo máximo ha de computarse, no desde la fecha en que la iniciación del expediente se notifique al interesado - tal y como prevé la actual redacción del comentado artículo 16, número 1 -, sino a partir de esa fecha de iniciación."

¹⁵⁶⁹ Sobre el particular *vid.* el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 7/1994, de 28 de julio, sobre el proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de protección y defensa del patrimonio histórico de Andalucía: "Respecto a la mención "y demás causas de suspensión del procedimiento" hay que efectuar una doble observación. En primer lugar, está alterando el régimen de la caducidad previsto en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992 - que es de procedimiento común - ya que éste prevé como únicas causas de paralización que producen la interrupción del cómputo del plazo para resolver las que resulten imputables al interesado. De otro lado, se está formulando un concepto indeterminado, carente de la certeza y concreción que exige el principio de seguridad jurídica, y que, por su tenor, parece incluir las causas de suspensión imputables a la Administración, con una absoluta quiebra del equilibrio que debe existir entre la posición del presunto responsable y la de la Administración."

en el Decreto catalán de procedimiento administrativo sancionador, como una novedad interesante, los supuestos que establece su art. 8: la solicitud de la práctica de análisis contradictorio como también, si procede, el acuerdo por el cual se determina la práctica del análisis dirimente.

Se plantea el tema de si es necesario notificar al interesado estos actos para suspender los plazos de caducidad. Pensemos que los reglamentos que introducen estas causas no exigen tal extremo. Es bastante ilustrativa, al respecto, la doctrina establecida en la STS de 23 de enero de 1990 (ref. Ar. 338) que se manifiesta en el siguiente sentido:

"[...] tampoco podría apreciarse la caducidad alegada si se tiene presente que el Decreto 2.530/1976 al que nos venimos refiriendo expresa, al regular la caducidad que nos ocupa, que ésta podrá apreciarse "transcurridos seis meses desde la notificación al interesado de cada uno de los trámites previstos en dicha Ley sin que se impulse el trámite siguiente". Como resulta de lo que se acaba de exponer, el precepto en cuestión alude al impulso, no a la notificación, del trámite siguiente, circunstancia ésta que la Sala ya puso de relieve en Sentencias de 3 de marzo y 11 de noviembre de 1987 [...]" (ref. Ar. 3.548 y 8.799).

No obstante, esta solución no ofrece suficientes garantías al particular. Por cuanto, la Administración podría acudir a la técnica de variar la fecha de la resolución, para eludir las consecuencias desfavorables que le produciría la caducidad del procedimiento.

Una cuestión interesante es la que sucede en los casos donde se produce una nulidad de actuaciones por defectos formales. Pensemos en los casos donde se ha seguido un procedimiento que no es el legalmente establecido por la imposición de aquella concreta sanción administrativa. Podemos decir que este período se computa a los efectos de producirse la caducidad o debe entenderse que se suspende su cómputo? Se podría pensar, a estos efectos, que si somos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, ésta comporta

ab initio que todas las actuaciones realizadas es como si no hubieran existido desde el momento en que esta se declara. La jurisprudencia considera, no obstante, que en estos supuestos no se puede hablar de una inactividad administrativa que originara la caducidad del expediente ¹⁵⁷⁰. No obstante, si la declaración de nulidad ha dejado subsistentes algunos de los trámites procedimentales hay que decir que el plazo en que éstos se realizaron se computan a efectos de determinar la caducidad del expediente, no tiene sentido que se vuelva a reiterar las tramitaciones exemptas de la citada nulidad ¹⁵⁷¹.

Una vez se ha iniciado el cómputo, han de pasar treinta días que se contarán de acuerdo con el art. 48.1 de la LRJPAC en días hábiles, excluyéndose los domingos y los declarados festivos. Ahora bien, ¿es necesario que el particular realice un requerimiento previo a la Administración, tal y como sucedía durante la vigencia de la anterior ley de procedimiento? Hay que señalar que a falta de regulación expresa de la caducidad del procedimiento por hecho imputable a la Administración en la LPA la jurisprudencia entendió que era de aplicación analógica la caducidad del procedimiento por hecho imputable al particular. Esta analogía suponía además que si se exigía que la Administración requiriera al particular para que se produjera la caducidad, se entendía que también era necesario que el particular requiriera a la Administración. Esta interpretación quedó tan arraigada que condicionó los casos en que la legislación sectorial preveía la caducidad del procedimiento por causa imputable a la Administración, aunque que no estuviera previsto expresamente el requerimiento previo, como es el caso del Decreto 2530/1976, sobre el reglamento de procedimiento sancionador en materia de disciplina de mercado.

Según hemos visto anteriormente pueden detectarse varias tendencias jurisprudenciales que coexistían durante la vigencia de la LPA. Desde aquellas que negaban la posibilidad de que

¹⁵⁷⁰ Vid. las SSTs de 7 de marzo de 1987 (ref. Ar. 3.506), 1 de febrero de 1988 (ref. Ar. 666), 9 de junio de 1988 (ref. Ar. 5.325), 23 de septiembre de 1988 (ref. Ar. 7.248), 8 de mayo de 1990 (ref. Ar. 4.216).

¹⁵⁷¹ Vid. la STS de 4 de junio de 1989 (ref. Ar. 4.332): "[...] esa retroacción no puede producirse más allá del momento procesal oportuno para poder realizar las diligencias que no se ajustaban a la normativa precedente que de nuevo era aplicable, por lo mismo no puede tener sentido ni justificación alguna una reiteración de trámites que resultaría inútil [...]."

se produjera la caducidad del procedimiento por causa imputable a la Administración, hasta aquellas otras que iban admitiendo su existencia. Entre medio se sitúan aquellas sentencias que si bien admiten la caducidad por causa imputable a la Administración entienden aplicable a este caso el mecanismo de advertencia previa que la reforma de 1963 introdujo en el art. 99 de la LPA para los casos de caducidad en que la paralización es a consecuencia del particular. En este último sentido podemos citar la STS de 22 de diciembre de 1988 (ref. Ar. 10.021) ¹⁵⁷², según la cual:

"[...] no tiene razón de ser que en derecho administrativo haya dos mecanismos procesales para producir la perención: con requerimiento previo (el de la Ley básica procesal de 1958) y automático (el del Reglamento citado). Por eso, esta Sala, en Auto de 21 de julio de 1988, aclaratorio de la sentencia de 15 de junio de 1988, dijo que ya no se puede hacer de peor condición a la Administración entendiendo que el simple transcurso del plazo, sin requerimiento expreso en tal sentido, produce de manera automática la perención."

Como ha señalado acertadamente el profesor Alejandro NIETO GARCÍA desde el punto de vista formal tal argumentación es plausible, pero parece evidente que implica una burla en el terreno de la práctica ya que no es concebible en ninguna mente que un expedientado es dirija a la Administración para recordarle que con su pasividad está reteniendo el procedimiento, dilatando la sanción y poniendo en riesgo no solamente la caducidad sino también la prescripción. Por tanto, debe advertirse que con la fórmula de esta sentencia se está negando, de hecho, la procedencia de la caducidad. Es en este sentido que últimamente parece que pueden encontrarse ciertas decisiones jurisprudenciales que se decantan, con buen

¹⁵⁷² En sentido semejante *vid.* las SSTS de 22 de noviembre de 1988 (ref. Ar. 9.149), 19 de noviembre de 1989 (ref. Ar. 8.514), 21 de febrero de 1991 (ref. Ar. 1.486).

criterio, por su producción automática ¹⁵⁷³ y así lo ha señalado recientemente algún Alto órgano consultivo a través de su doctrina legal ¹⁵⁷⁴.

Creemos que continuar exigiendo el requerimiento previo cuando la LRJPAC al regular la caducidad por causa imputable a la Administración silencia este aspecto, no es suficientemente adecuado al dejar sin contenido esta institución. Y, por tanto, la caducidad ha de producirse automáticamente, sin ningún otro acto que realice el particular. Hay que pensar que durante la tramitación parlamentaria de la LRJPAC se quiso, precisamente, introducir una enmienda en la que se optaba por el requerimiento previo y que fue rechazada ¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷³ Podemos encontrar en este sentido la STS de 30 de junio de 1990 (ref. Ar. 5.759) según la cual: "[...] hay que estar a la realidad de que el mismo sólo requiere el mero transcurso del tiempo en conjunción con la inactividad, durante el mismo, por parte de la Administración, de tal manera que no hay por qué desvirtuar la genuina y característica esencia de la caducidad con el admitamente de un "plus" de exigencias o condiciones, por otra parte, absurdo al consistir en que sea el propio beneficiado por el instituto legal extintivo de la acción sancionadora (*sic*) [...] quien haya de actuar con verdadero efecto impeditivo del mismo." O también la STS de 10 de julio de 1990 (ref. Ar. 5.846) donde se nos dice que para producirse la caducidad no es exigible "un requerimiento denunciando la inactividad o pasividad de la Administración por parte del interesado, como se dice por el Sr. Abogado del Estado haciendo suya la doctrina de las sentencias que invoca, la cual ha sido superada por la contenida en la Sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1989" (ref. Ar. 8.769). No obstante, como hemos visto en la nota anterior, se han dictado con posterioridad a esta alguna STS donde se mantenía la tesis del requerimiento previo.

¹⁵⁷⁴ *Vid.* el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 7/1994, de 28 de julio, sobre el proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de protección y defensa del patrimonio histórico de Andalucía: "Por otra parte, y respecto a la caducidad se ajusta el precepto a lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, pues la caducidad, siempre que se trate de un procedimiento iniciado de oficio y que no sea susceptible de producir actos favorables para los ciudadanos, se produce automáticamente, sin necesidad de denunciar la mora, bastando el transcurso del plazo en que debió ser dictada la resolución y los treinta días desde su vencimiento a que se refiere el artículo 43.4, procediéndose al archivo de las actuaciones bien de oficio, bien a solicitud del interesado, pero sin que esta solicitud actúe como presupuesto de la caducidad que, como se ha dicho y se reitera opera de modo automático, sin necesidad de una especial declaración al efecto."

¹⁵⁷⁵ *Vid.* las palabras del señor NÚÑEZ PÉREZ (Grupo Popular): "Nuestra enmienda propone un número 5 de éste o parecido tenor, nos da igual, el caso es que recojan ustedes la idea: "Cuando la paralización del procedimiento fuese imputable a la Administración, para que la caducidad pueda operar en beneficio del interesado será necesario que éste haya hecho ver a la Administración, mediante escrito presentado al efecto, que han transcurrido más de tres meses desde el último trámite realizado requiriéndole para que reanude la tramitación. Pasados quince días desde el requerimiento sin que haya sido atendido, el procedimiento se entenderá caducado." [...] La solución que se propone ha sido ya postulada, repito, por el Tribunal Supremo en más de una ocasión, aunque luego efectivamente se ha vuelto a la tradicional solución de la producción automática sin requerimiento previo. La propuesta se fundamenta en la necesidad de no hacer de peor condición a la Administración que al particular. No nos duelen prendas, cuando tenemos que presentar enmiendas, en defender a una u otra parte, Administración o administrado. [...] Conociendo por dentro a la Administración -

También en este punto se plantea el problema de cuando empieza a contar el plazo de treinta días. Debe pensarse que el art. 48.4 de la LRJPAC nos dice que los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate o, en su caso, de acuerdo con aquello que disponga el art. 44.5 de la LRJPAC. En nuestro caso no hay ningún acto administrativo que se dicte, sino que solamente transcurre un plazo a partir del cual se inicia el cómputo de otro. No obstante la voluntad de la Ley parece que sea el día siguiente ya que el art. 44.5 al que se remite el 48.4 al hablar de plazos para interponer recursos administrativos y contenciosos-administrativos en relación a actos presuntos nos dice que se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si esta no fuese expedida en plazo, el cómputo empezará con la finalización del citado plazo. Aunque esta es la interpretación que consideramos más correcta, no hay lógicamente pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, con lo cual habremos de esperar a los mismos para saber cual será la interpretación que prevalecerá. Si prevalece la exigencia de requerimiento previo el plazo contará, en consonancia con lo que hemos señalado, a partir del día siguiente a que se haga lo mismo.

Una vez haya transcurrido el plazo de caducidad, el art. 20.6 *in fine* del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto, nos dice que el órgano competente emitirá, a solicitud de la persona interesada, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha producido el archivo de las actuaciones. De entrada se plantean dos preguntas: a) ¿Cuál es el plazo para la emisión de la certificación de caducidad del procedimiento sancionador? b) ¿Tiene esta certificación la misma naturaleza que la certificación de acto presunto que regula el art. 44 de la LRJPAC?

Según nuestro parecer, una de las carencias de las que adolece la LRJPAC es que no se

y ya termino - y sabiendo cómo funciona, y por tanto siendo conscientes de los múltiples factores que pueden producir el retraso de los expedientes, en particular de los sancionadores, que es el supuesto típico de aplicación de esta forma de caducidad, se puede comprender fácilmente que no hay otra solución capaz de conjugar el interés público y el del particular que la que nuestra enmienda propone." *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Cortes Generales IV Legislatura, núm. 487, de 17 de junio de 1992, p. 14.392.

preocupa de hacer una regulación general sobre la potestad de certificación de las Administraciones públicas, ya que centra toda esta problemática respecto al tema del silencio administrativo y especialmente para dar eficacia al denominado acto presunto. Solamente se podría citar el art. 46 de la LRJPAC que se refiere a la validez y eficacia de los documentos y copias. Ahora bien este precepto no regula los plazos en los cuales habrán de ser expedidas las otras certificaciones que no tengan por objeto acreditar la producción de un acto presunto.

Habiéndose regulado la caducidad en el mismo precepto que el silencio administrativo parece que en defecto de plazo para la emisión de la certificación de que se ha producido la caducidad, se habría de aplicar analógicamente los veinte días que el art. 44 establece para la certificación de acto presunto. Ahora bien esta aplicación analógica no quiere decir que ambas certificaciones tengan la misma naturaleza. Hay que decir que la introducción de la certificación viene dada de la mano del reglamento y no, en cambio, de la LRJPAC. En este sentido la Ley nos dice que la caducidad se produce simplemente por el transcurso del plazo (eventualmente por aplicación analógica del 92.1 de la LRJPAC también por requerimiento). Transcurrido el plazo o ante la negativa de la Administración a expedir la certificación se abrirían las vías impugnatorias procedentes para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa a efectos de que ésta pudiera pronunciarse sobre la existencia o no de caducidad. En definitiva, la caducidad del procedimiento opera automáticamente, sin que haya necesidad de requerimiento y, por ello, no debe solicitarse expresamente la certificación para que aquella llegue a producirse. Cuestión distinta es que tal circunstancia pueda acreditarse a través de una certificación. Este documento no participaría de la misma naturaleza que la certificación de acto presunto, que como veremos en el capítulo cuarto de este trabajo constituye requisito de perfección y eficacia del silencio administrativo.

Hasta aquí hemos analizado el régimen general de la caducidad del procedimiento, sin embargo para concluir el análisis de esta institución debe hacerse referencia a determinadas normas que establecen en ciertos ámbitos algunas especialidades, como es que la caducidad se produce en relación a ciertos trámites. En este sentido hay que hacer referencia a un supuesto especial de caducidad es el que ha sido introducido por el art. 6.2 del Reglamento

para el ejercicio de la potestad sancionadora. Según este precepto:

"Transcurridos dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento sin haberse practicado la notificación de éste al imputado, se procederá al archivo de las actuaciones, notificándose al imputado, sin perjuicio de las responsabilidades en que se hubiere podido incurrir."

En este caso es absolutamente claro que no tiene ningún sentido el requerimiento previo del particular a la Administración, sino que éste se produce automáticamente. La intención del Ejecutivo al introducir este precepto ha sido dar premura al funcionario en cuanto se inicie un procedimiento sancionador, de tal forma que deba notificar rápidamente su existencia al particular para que pueda hacer efectivo su derecho a la defensa y al mismo tiempo se depuren las responsabilidades pertinentes.

Otros supuestos de igual o mayor interés son los previstos en determinada normativa sectorial donde se establece que iniciado el procedimiento sancionador previsto en la legislación de procedimiento, y transcurridos seis meses desde la notificación al interesado de cada uno de los trámites previstos en dicha ley, sin que se impulse el trámite siguiente, se producirá la caducidad del mismo con archivo de actuaciones, salvo en el caso de la resolución, en que podrá transcurrir un año desde que se notificó la propuesta ¹⁵⁷⁶. En estos casos el cómputo de la caducidad del procedimiento no se mide en relación a un plazo general, sino al plazo de cada uno de los trámites, al cual se da un carácter homogéneo (seis meses para cada uno). Producida la infracción del plazo de uno de estos trámites se produce la caducidad de todo el procedimiento, habiéndose de iniciar de nuevo sino ha transcurrido ya los plazos de prescripción existentes. Esta opción legislativa no parece contradecir el procedimiento

¹⁵⁷⁶ Así el art. 3 del Decreto 2.530/1976, sobre el reglamento de procedimiento sancionador en materia de disciplina de mercado. En igual sentido *vid.* el art. 28.3 de la Ley catalana 1/1990, de 8 de enero, sobre la disciplina del mercado y la defensa de los consumidores y usuarios. De forma muy parecida, variando el plazo final que es de doce meses en vez de un año, *vid.* también el art. 48.2 de la Ley catalana 20/1985, de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia, según redacción dada por el art. 18 de la Ley catalana 10/1991, de 10 de mayo.

administrativo común, siempre que se regule el plazo de cada uno de los trámites, sin excepción, pues de otra manera se produciría una situación que podría afectar la seguridad jurídica de los ciudadanos afectados, así como la propia obligación de resolver en un plazo legalmente establecido.

2.- La inactividad administrativa como forma de acceso a otros procedimientos administrativos o jurisdiccionales: el silencio negativo

En 1958 la LPA al regular el silencio administrativo lo situó en el capítulo IV "Terminación" del Título IV "Procedimiento". Si bien debe señalarse que el art. 92 de la LPA al enumerar las formas de finalización del procedimiento (resolución, desistimiento, renuncia y caducidad) no incluía al silencio administrativo. Así, el silencio administrativo negativo no originaba la terminación del procedimiento, puesto que la misma LPA señalaba el deber de la Administración de resolver aun habiéndose producido la inactividad administrativa. Piénsese que el silencio administrativo se concebirá como una garantía del particular frente a la Administración con la finalidad de posibilitar el acceso a la jurisdicción.

Cuestión distinta ocurría con el silencio positivo, ya que una vez éste se ha producido no cabe admitir las resoluciones tardías denegatorias de la Administración ¹⁵⁷⁷. Si bien debe señalarse, según hemos tenido oportunidad de demostrar en el capítulo precedente, que no estamos ante una mera terminación del procedimiento, sino a que se producían efectos importantes que impedían el ejercicio de la potestad. De esta forma se creaba la necesidad de acudir a la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos para eliminar los efectos perjudiciales que para el interés público podía suponer el silencio positivo. Ahora bien, en el caso de que la Administración estuviera de acuerdo con los efectos generados por el silencio, debía resolver expresamente en sentido estimatorio, pues la obligación de resolver sancionada por la LPA de 1958 no hacía distinciones a estos efectos entre silencio positivo y

¹⁵⁷⁷ Vid. TÁBOAS BENTANACHS, Manuel: "Finalización del procedimiento y ejecución forzosa de los actos administrativos (artículos 87 a 101)" en PENDÁS GARCÍA, Benigno (Ed.): *Administraciones públicas y ciudadanos*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 577.

negativo.

En coherencia con esta concepción del silencio administrativo, positivo y negativo, podemos observar como tradicionalmente en los manuales y tratados de Derecho administrativo su estudio se realiza en el capítulo dedicado al acto y no al procedimiento administrativo ¹⁵⁷⁸, siendo objeto de crítica por algunos autores la sistemática utilizada por la LPA de 1958 ¹⁵⁷⁹. La focalización del silencio en la teoría del acto administrativo ha comportado, por consiguiente, que el problema de la inactividad en el procedimiento se ha centrado exclusivamente en los efectos "resolutorios" del silencio, sin atender a mecanismos que permitan dar solución a la inactividad y al transcurso del tiempo dentro del mismo procedimiento, evitando llegar a la "drástica" solución de la teoría de los silencios.

Esta sistemática ha sido abandonada, en la actualidad, por la LRJPAC que sitúa el art. 42 "Actos presuntos" en el título IV "De la actividad de las Administraciones Públicas". Ahora bien, no puede afirmarse rotundamente que la LRJPAC se haya desmarcado de esta visión forense del procedimiento, ya que si bien pretende, ante todo, que se dicte una resolución expresa, lo hace centrando las posibles soluciones al problema en torno a la institución del

¹⁵⁷⁸ En esta línea *vid.* por ejemplo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 571-584; ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho administrativo I/1*, 11ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 192-201; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho administrativo I*, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 119-128. En cambio incluyen dentro de la finalización del procedimiento la resolución presunta (estimatoria o desestimatoria) por el juego del silencio (positivo o negativo): PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Manual de Derecho administrativo*, 4ª edición corregida, aumentada y puesta al día, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 456-463. Si bien cabe señalar que ulteriormente estos mismos autores al hablar de las clases de actos administrativos dedican un breve párrafo a la distinción "Actos expresos y actos tácitos o presuntos".

¹⁵⁷⁹ En este sentido *vid.* BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: "Naturaleza jurídica del silencio..." *op. cit.* p. 8: "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 1º 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. 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."

silencio. En cambio, son poco desarrollados mecanismos de simplificación y dinamización procedimental, al mismo tiempo que los derechos reconocidos al ciudadanos carecen, en muchos supuestos, de medios efectivos para su plena efectividad.

El silencio negativo constituye un mecanismo de apertura de las siguientes instancias administrativas y jurisdiccionales, dado el carácter preceptivo que tiene el acudir a la vía administrativa ya sea en fase de petición o instancia, ya sea en fase de recurso. Tradicionalmente ha sido objeto de discusión la necesidad de acudir al recurso administrativo en caso de que en la vía de petición se haya producido el silencio negativo. Así el art. 53 de la LJCA venía dispensando del recurso de reposición a los "actos presuntos, en virtud del silencio administrativo, regulado en el art. 38." Precepto éste último que regulaba el silencio en vía de petición o instancia y no en vía de recurso. Por ello algunos autores defendieron *de lege data* la preceptividad del recurso de alzada en vía de petición cuando ésta era desestimada por silencio ¹⁵⁸⁰. Con todo la doctrina ha venido reclamado que pueda accederse, en casos de silencio, directamente al contencioso-administrativo sin necesidad de pasar por la vía del recurso administrativo. Tal planteamiento es coherente con el carácter potestativo que la mayoría de autores exige para los recursos administrativos ¹⁵⁸¹. *De lege ferenda* tal planteamiento es perfectamente asumible, ahora bien cuestión distinta es que ésta sea la solución actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el art. 44.5 de la LRJPAC establece que "los plazos para interponer *recursos administrativos* y contencioso-administrativos respecto de actos presuntos" se contarán a partir de la recepción de la certificación o del transcurso del plazo de veinte días. Por su parte el art. 43.3.b) de la LRJPAC como supuesto de silencio positivo para recursos

¹⁵⁸⁰ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* pp. 235-241. En sentido opuesto, en cambio, vid. ARIAS SENOSEAIN: "La obligatoriedad del recurso de alzada contra denegaciones presuntas por silencio administrativo" en *REDA* 9, 1976.

¹⁵⁸¹ En este sentido existe que sepamos práctica unanimidad en toda la doctrina española. Vid. por todos las reflexiones del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: "Un punto de vista sobre la nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 14-15.

administrativos interpuestos contra desestimaciones presuntas de solicitudes de los interesados. Asimismo, la regulación de los recursos administrativos (arts. 107 a 117 de la LRJPAC) establece expresamente el carácter preceptivo del recurso administrativo, sin excepcionar ningún supuesto. Pero el argumento concluyente en este caso es precisamente el art. 37.1 de la LJCA, redactado conforme a la modificación operada por la disposición adicional 10ª de la LRJPAC. Según este precepto el recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y con los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa, de conformidad con lo previsto en la LRJPAC. Así el transcurso del plazo sin resolver un procedimiento no está entre los supuestos que ponen fin a la vía administrativa (art. 109 de la LRJPAC). Si bien cabe señalar que sería factible que a través de una disposición legal o reglamentaria, así se estableciera ¹⁵⁸², pues el propio art. 109 de la LRJPAC así lo permite al dejar abierta la lista de supuestos que ponen fin a la vía administrativa en la letra d) del mismo precepto legal.

En definitiva, la función básica y primordial del silencio negativo es la de abrir la puerta a vías que el ordenamiento establece para la tutela de los derechos de los ciudadanos. Al mismo tiempo vimos, en el capítulo segundo de este trabajo al tratar los límites del silencio positivo, como su existencia impide que el ciudadano vea acogidas pretensiones por el mero transcurso del tiempo que pueden ser difícilmente compatibles con los intereses generales. Ahora cabe también ver otra función como es la de determinar el plazo del cómputo del ejercicio de acciones de los ciudadanos respecto a pleitos contra la Administración pública. Tal función que ya era presente en los inicios de la institución parece que vuelve a ser asumida con bastante fuerza por la legislación vigente. En gran medida ello viene propiciado por la asimilación del silencio negativo dentro de la teoría del acto administrativo, tema al cual dedicaremos el último capítulo de este trabajo.

¹⁵⁸² Cabe decir, sin embargo, que para la Administración del Estado no está prevista esta solución, al menos en su normativa general, según se deduce de la disposición adicional novena de la LRJPAC. A igual solución llega la disposición adicional sexta del Proyecto de LOFAGE de 21 de junio de 1996.

CAPÍTULO CUARTO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

I.- LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE UN DOGMA: EN BUSCA DEL ACTO PRESUNTO

1.- El silencio administrativo en la evolución de la teoría del acto administrativo

En capítulos precedentes hemos examinado el problema del silencio administrativo y de la inactividad desde perspectivas distintas a la teoría del acto administrativo. No obstante, ello no implica que debamos descartar nuestro análisis desde este último enfoque. La razón de ello no reside únicamente en retomar el clásico esquema seguido por la mayoría de los autores, sino esencialmente para constatar las consecuencias jurídicas que conlleva la asimilación del silencio al acto administrativo y ponderar las ventajas e inconvenientes que ello comporta.

Es más, el silencio administrativo nace estrechamente ligado a la teoría del acto administrativo, al constituirse éste último como un presupuesto procesal para que pueda conocer la jurisdicción administrativa, según hemos tenido ocasión de comprobar anteriormente. En aquellos momentos la teoría del acto es uno de los centros del Derecho administrativo, tal como atestiguan las palabras de HAURIUO en 1903 al señalar esta rama del Derecho es "un derecho organizado conforme a la teoría del acto de administración, es decir, del acto jurídico" ¹⁵⁸³. En todo caso, señala este autor, "la Ley de 17 de julio de 1900 acaba de dar los últimos retoques a la teoría del acto, corrigiendo su único inconveniente serio, que era la posibilidad que tenía la Administración de frenar el movimiento de la máquina jurídica mediante la negativa de realizar el acto que se le

¹⁵⁸³ Vid. HAURIUO, Maurice: "Introduction a l'étude du droit administratif français" en la 5ª edición de su *Précis de droit administratif et de Droit public général a l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Ed. Libraire de la société du recueil general des lois et des arrêts, Paris, 1903, pp. XI y XII. Existe una versión en castellano en la recopilación de escritos titulada *Obra escogida* traducción de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR y Santiago MUÑOZ MACHADO, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 49-77.

solicitaba, acto que era el único que podía impulsar a aquélla" ¹⁵⁸⁴.

Por tanto, el acto administrativo se concibe en sus inicios desde una perspectiva eminentemente procesal y el silencio administrativo, congruentemente, como un mecanismo complementario y subsidiario. No hay, en aquellos momentos, una clara definición de la teoría del acto, pues éste se confunde con las formas de actividad de la Administración pública. Los tratadistas se dedican a estudiar el Derecho administrativo a través de listas enciclopédicas, rigurosamente ordenadas ¹⁵⁸⁵, donde se enumeran las materias susceptibles de generar un contencioso-administrativo. Tal percepción, corresponde a una doctrina falta todavía de un instrumentario dogmático que hallará más tarde en la pandectística y en la teoría general del Derecho, gestada desde el Derecho privado. No anticipemos, sin embargo, acontecimientos. Lo que interesa destacar ahora, es que dentro de esta visión meramente procesal es lógico que el silencio en las relaciones Administración-administrado se instrumente como una denegación presunta o silencio negativo.

Esta visión procesal del acto administrativo es consecuencia del principio de separación de poderes, siendo el objetivo primordial excluir las actividades de la Administración pública del ámbito judicial ordinario, creando para ello unos mecanismos de autocontrol dentro de la propia Administración pública: la jurisdicción contencioso-administrativa. Y asimismo también es el criterio que servirá para delimitar el procedimiento que se sustancia ante la vía gubernativa y el que se produce ante la jurisdicción contencioso-administrativa ¹⁵⁸⁶, que

¹⁵⁸⁴ Vid. HAURIOU, Maurice: *Précis... op. cit. p. XIV*.

¹⁵⁸⁵ Un ejemplo de las mismas puede encontrarse en la obra de José POSADA HERRERA: *Lecciones de Administración*, 2ª ed., Ed. MAP, Col. "Clásicos de la Administración", Madrid, 1988. Así después de las lecciones introductorias y las de organización administrativa, se estudian sectores como: orden público, cárceles, sanidad pública, higiene pública, agricultura, aguas, montes, caza y pesca, ganadería, agricultura, industria, comercio, minería, moneda, mercado, caminos y canales, construcción, carreteras, correos, imprenta, instrucción pública, entre otros.

¹⁵⁸⁶ Como gráficamente advertía GÓMEZ GONZÁLEZ, M.: "[...] el acto administrativo es la línea divisoria entre el procedimiento meramente administrativo o de gestión que impulsa, liquida, recauda y satisface obligaciones y el procedimiento que sigue a partir de la reclamación que es esencialmente contencioso." Vid. de este autor "Procedimiento económico-administrativo" en *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Seix, tomo

tenía su origen en la célebre dicotomía gubernativo-contencioso ¹⁵⁸⁷. Tal planteamiento será llevado hasta sus últimos extremos pues el acto administrativo evolucionará rápidamente desde concebirse como un mero presupuesto procesal ¹⁵⁸⁸ hasta llegar a ser el objeto del proceso (o como se ha definido gráficamente "el patrón de la sentencia") ¹⁵⁸⁹.

La exigencia de acto previo (*décision préalable*) que condicionará el control jurisdiccional

XXV, Barcelona, pp. 918 y ss.

¹⁵⁸⁷ Así sobre la distinción entre asuntos gubernativos y contenciosos es clásica la definición del autor Ramón Lázaro de DOU Y DE BASSOLS: "Jurisdicción contenciosa es la que procede con citación, o audiencia de partes en juicio formal y contradictorio, como es la de casi todos los magistrados, comprendiendo también en sí por lo común a la gubernativa dentro de la misma esfera de la contenciosa, o con facultades para obrar en las cosas o en los negocios, que deben despacharse gubernativamente, iguales a las que tienen en lo contencioso. Jurisdicción meramente gubernativa es la que procede sin figura, ni estrépito, o trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos como son casi todos los de policía y de economía [...]." *Vid.* de este autor *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, tomo II, Ed. en la Oficina de Benito García y compañía, Madrid, 1800. pp. 47-48. Sobre esta dicotomía existen destacadas obras de los profesores PARADA VÁZQUEZ, NIETO GARCÍA, GALLEGRO ANABITARTE, GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA, entre otros. Una completa panorámica de las discusiones doctrinales en las que se alinearon estos autores puede encontrarse en Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ: *El acto... op. cit.* a cuyas amplias referencias nos remitimos. En cualquier caso, a nuestro entender, consideramos que el binomio gubernativo-contencioso supone diversas manifestaciones de un único poder que era la *iurisdictio*.

¹⁵⁸⁸ Es bastante significativo el RDS de 30 de diciembre de 1854 (*JA* núm. 3). En este asunto el Sr. D. Manuel Fabra presentó una solicitud el 24 de abril de 1851 reclamando que la Dirección general de Obras públicas le abonara 15.200 reales recaudados de menos durante el tiempo en que estuvieron intervenidos. El Consejo Real se desentendió del asunto con la siguiente argumentación: "Considerando, que hallándose aun por terminar en la Dirección general de Obras públicas la reclamación de D. Manuel Fabra, y que no apareciendo dictada resolución alguna por mi Gobierno en el expediente a que ha dado lugar aquella reclamación, pende todavía en la esfera gubernativa, en cuyo estado no puede conocer el Tribunal por la vía contenciosa ni ha lugar a los procedimientos judiciales, con arreglo a lo prevenido en el párrafo segundo del artículo primero antes mencionado. Oído el Tribunal Contencioso-administrativo, vengo en declarar improcedente en el estado actual la demanda propuesta por D. Manuel Fabra, y en mandar que acuda esta parte dónde y según corresponda." Como puede observarse la teoría del acto previo impide resolver a la jurisdicción contencioso-administrativa la reclamación de cantidad de un particular a la Administración pública, ya que ésta no se había pronunciado aún sobre el asunto.

¹⁵⁸⁹ Este proceso se desglosa en las siguientes etapas: "1º acto administrativo previo y controversia de derechos en los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1851); 2º el proceso administrativo como proceso sobre derechos y el acto administrativo como "patrón de la sentencia": la transición hacia la jurisdicción revisora (1852-1868)." *Vid.* el acurado y exhaustivo análisis de Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ: *El acto... op. cit.* p. 153, nota 206.

de la inactividad ¹⁵⁹⁰ parece que responde a criterios eminentemente históricos y de índole práctico ¹⁵⁹¹. Así en el Estado francés esta regla se produce históricamente como consecuencia del abandono de la teoría del Ministro-Juez en el célebre *arrêt Cadot*. Como advierte el profesor René CHAPUS ¹⁵⁹², por una parte tiene un papel conciliador de evitar el pleito y por otra parte en caso de que se inicie el proceso ante los órganos con jurisdicción contencioso-administrativa sirve para delimitar y concretar el litigio y así facilitar el trabajo del juez. En lo contencioso-administrativo español si bien la doctrina del Ministro-Juez no tiene apenas ninguna virtualidad en el Derecho positivo, sino algunas meras resonancias doctrinales ¹⁵⁹³, la exigencia del acto previo se manifiesta con mayor rigidez que en el referente de justicia administrativa por excelencia que es el modelo francés.

Este proceso en el cual el acto administrativo se convierte en el centro del control ejercitado por la jurisdicción contencioso-administrativa ("el proceso al acto" ¹⁵⁹⁴) pondrá de relieve un hecho al que ya hemos hecho referencia anteriormente: la relativización de la exigencia

¹⁵⁹⁰ Así René GOUTTENOIRE advierte como la cuestión de la decisión previa (*décision préalable*) domina el problema del silencio de la Administración. *Vid.* de este autor *Le silence de l'Administration*. Ed. Éditions et publications contemporaines-Paris VI, París, 1932, p. 2.

¹⁵⁹¹ La mejor exposición en la bibliografía española sobre el origen de la regla de la decisión previa se encuentra en NIETO GARCÍA, Alejandro: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo" en *RAP* 37, enero-abril 1962, y también en *DA* 208, abril-diciembre 1986, pp. 235-238. Este autor sigue a WALINE para quien esta regla debe buscarse en una particularidad de los recursos elevados ante el Consejo de Estado, como una supervivencia de a doctrina del Ministro-Juez.

¹⁵⁹² *Vid.* de este autor *Droit du contentieux administratif*, 5ª ed., Ed. Montchrestien, París, 1995, p. 405.

¹⁵⁹³ Fundamentalmente es Manuel COLMEIRO quien hablará en nuestra doctrina de la teoría del ministro-juez. En base a ello el profesor José Ramón PARADA VÁZQUEZ: "El privilegio de decisión ejecutoria..." *op. cit.* p. 85, entiende que en "España las cosas ocurren de forma similar" y así fundamenta sus tesis sobre los orígenes de la jurisdicción. Cabe notar, sin embargo, el absoluto desinterés de la doctrina española de la época sobre tal institución, según advierte el profesor Alejandro NIETO GARCÍA: "Sobre la tesis de Parada..." *op. cit.* p. 32.

¹⁵⁹⁴ En este contexto el silencio vendría a completar los posibles fallos que tuviera tal concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así Maurice HAURIUO consideraba "que el proceso al acto se ha hecho poco menos que perfecto con la ley de 17 de julio de 1900, que ha asimilado el silencio guardado durante cuatro meses por un administrador sobre una reclamación a una decisión desestimatoria". *Vid.* de este autor "Introducción..." *op. cit.* p. 64.

de responsabilidad personal a los funcionarios y empleados públicos ¹⁵⁹⁵. Paradójicamente esta construcción ha supuesto más beneficios para las garantías ciudadanas que concentrar en los funcionarios las responsabilidades pertinentes. Piénsese que esta última opción, sin duda, plantea más resistencias y problemas que residenciar las posibles ilegalidades en el acto administrativo ¹⁵⁹⁶. Las responsabilidades disciplinarias son en numerosas ocasiones difícilmente exigibles al diluirse e incluso esconderse en un vasto cuerpo burocrático que tiende además a autoprotegerse. En cambio el control objetivado del acto administrativo permite prescindir de tales condicionantes y avanzar más decididamente en el control de las eventuales arbitrariedades e ilegalidades administrativas. Ello se pone de relieve si realiza una comparación entre los sistemas de *Droit administratif* y los anglosajones. En estos últimos a diferencia de los primeros, por sus propias peculiaridades, el control ha pivotado preferentemente sobre el funcionario y no sobre el acto administrativo, comportando que haya quedado más condicionado el desarrollo de las garantías ciudadanas ¹⁵⁹⁷.

El acto administrativo cumplía, en estos momentos, otro objetivo bastante lógico, como era servir de mecanismo de potenciación del control jerárquico sobre las Administraciones inferiores ¹⁵⁹⁸. En efecto, el triunfo de las concepciones jacobinas en el proceso

¹⁵⁹⁵ Para Maurice HAURIUO: "Desde un principio ha sido el acto el objeto de las reclamaciones y los recursos. Por razones políticas, no ha sido el funcionario el directamente responsable; es el acto considerado en sí mismo el que ha respondido de su validez; se ha hecho el proceso al acto como en la Edad Media se ha hecho el proceso al acto como en la Edad Media se hacía proceso al cadáver." *Vid.* de este autor su "Introducción..." *op. cit.* p. 52.

¹⁵⁹⁶ Así Maurice HAURIUO advierte como: "Se hubiera podido creer que esta irresponsabilidad práctica de los funcionarios hubiera fomentado indefinidamente los excesos de poder; en realidad, ha supuesto un rápido giro en beneficio del derecho, justamente porque los excesos de poder han sido más fácilmente reprimidos en los actos que en los funcionarios." *Vid.* de este autor "Introducción..." *op. cit.* p. 53.

¹⁵⁹⁷ Son significativas, de esta forma, las palabras de Maurice HAURIUO: "Creo que la responsabilidad de los funcionarios, tal como está organizada en Inglaterra, constituye una buena garantía constitucional, pero es, desde luego, un mal recurso administrativo, pues se trata de una máquina demasiado pesada para moverla; puede servir para evitar los abusos de poder más graves, pero no vale nada contra los errores diarios de la Administración; es decir, que deja sin sanción los excesos de poder propiamente dichos y la falta de servicio." *Vid.* de este autor "Introducción..." *op. cit.* p. 53, nota 4.

¹⁵⁹⁸ Pensemos que en Francia el Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864 introduce, según ya hemos comentado anteriormente, el silencio administrativo precisamente en el ámbito de los recursos interpuestos contra las decisiones de autoridades subordinadas al Ministro. *Vid.* el capítulo primero de este trabajo.

revolucionario conciben a la Administración pública como un mecanismo fuerte y centralizado, donde no existen otras Administraciones que la estatal y la municipal, siendo ésta última fuertemente subordinada a la primera. Este modelo jacobino que no llega a imponerse plenamente en el Estado español, a consecuencia de las inestabilidades políticas que se suceden durante todo el siglo XIX, será no obstante un constante punto de referencia. Dentro de este marco podrá surgir el silencio positivo, pues el mismo constituye una forma de dosificar este control administrativo sobre las Administraciones inferiores, que se intensificará como consecuencia del crecimiento de funciones que se encomiendan a la Administración pública y con las reivindicaciones de una mayor autonomía para los municipios. La ejecutividad de los actos de las autoridades municipales se subordina a un control que se entiende ejercido por el mero transcurso del tiempo.

Al mismo tiempo, se sucede un fenómeno que debe ponerse aquí especialmente de relieve. Es precisamente la consagración del denominado principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derecho ¹⁵⁹⁹ que puede encontrarse desde los mismos inicios de la jurisdicción contencioso-administrativa ¹⁶⁰⁰, tanto a nivel legislativo ¹⁶⁰¹ como a nivel jurisprudencial ¹⁶⁰². En realidad, con este principio se viene a entroncar con la tradición

¹⁵⁹⁹ Sobre el mismo es indispensable el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "La configuración del recurso de lesividad" en *RAP* 15, 1954, pp. 109-151.

¹⁶⁰⁰ Así lo señala Alfonso GONZÁLEZ: "[...] desde que se instituyó lo contencioso-administrativo, se ha atribuido al Estado el derecho de promover en esta vía la revocación de los recursos de su Administración que le son perjudiciales, compadeciéndose de este modo las garantías del interés público con la fijeza de los derechos particulares reconocidos por las resoluciones administrativas; derechos de que no se puede privar a aquel a quien se reconocieron, sino mediante juicio solemne." *Vid.* de este autor *La materia contencioso-administrativa (Teoría, legislación vigente, Jurisprudencia)*, Ed. Imprenta de Enrique Rubiños, Madrid, 1891, p. 112.

¹⁶⁰¹ Parece ser que es el RD de 21 de mayo de 1853, dictando varias disposiciones relativas a los recursos contenciosos que se deduzcan contra la Administración civil, donde por vez primera se considera que a las resoluciones de los Ministros "es indispensable darles estabilidad y fijeza, consignando en un Real decreto el principio de buena Administración de que las providencias administrativas que producen derechos y causan estado, solo pueden ser revocadas por la vía contenciosa, deducida ante los Tribunales y en la forma que disponen las leyes."

¹⁶⁰² Ya en el RDS de 9 de enero de 1856 (Aprovechamiento de aguas de una fuente) se advierte: "Que las controversias sobre revocación de una providencia gubernativa en asunto de la competencia de la Administración, son propias de la jurisdicción contencioso-administrativa y de su peculiar competencia."

canonista que lo había articulado en torno a la figura del privilegio ¹⁶⁰³. La irrevocabilidad de los actos administrativos que se concibe como principio de buena administración, se erigirá como importante garantía para los ciudadanos. Tiempo después ello posibilitará que la equiparación del silencio administrativo a un acto administrativo estimatorio se considere como altamente beneficioso para el particular y gravemente lesivo para los intereses públicos. Esto justificará que el silencio positivo se reduzca a los ámbitos interadministrativos e interorgánicos, a los que hemos hecho referencia y además que se frustré su posible generalización, ciñéndose a ámbitos muy excepcionales y donde existen derechos de los particulares bastante intensos.

No será hasta la doctrina alemana de finales del XIX (Edgar LOENING y Otto MAYER) que se superará esta visión básicamente procesal del acto administrativo. Se produce, entonces, en la doctrina germánica un fenómeno de substantivización, del cual se empezará a extraer importantes consecuencias jurídico-materiales. Así el acto administrativo llegará a ser un instrumento efectivo de juridificación de la actividad administrativa y de combate frente a las arbitrariedades de la Administración pública. Esta concepción del acto administrativo como estrechamente unido a la idea de *Rechtsstaat* se halla en Otto MAYER y será recogida posteriormente por la dogmática española (Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO ¹⁶⁰⁴). Esta visión no meramente procesal también será asumida con sus propias particularidades por

¹⁶⁰³ Como advierte el profesor José Manuel SALA ARQUER: "Con la recepción del *régime administratif* en nuestro país se produce en esta materia un doble fenómeno: por una parte se da un progresivo desprestigio de la figura del privilegio, que se considera incompatible con el principio constitucional de igualdad ante la ley; por otra muchas de las técnicas que configuraban su régimen jurídico encuentran un lugar en el nuevo Derecho administrativo." *Vid.* de este autor *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

¹⁶⁰⁴ Esta concepción se percibe en la fundamental obra del jurista de principios de nuestro siglo Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO Y CALVO llega a señalar que: "La importancia del acto administrativo trasciende de su propia consideración y alcanza a caracterizar todo un régimen jurídico, cierra, en efecto, el ciclo constitutivo de lo que se llama *Estado de Derecho*, expulsando la noción de arbitrariedad administrativa [...]." *Vid.* de este autor *El acto administrativo (Exposición doctrinal y estudio del Derecho español)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, p. 5.

la dogmática francesa (Maurice HAURIOU)¹⁶⁰⁵, italiana (Arnaldo DE VALLES)¹⁶⁰⁶ y austríaca (Adolf MERKL). Los referentes fundamentales en este proceso de sustantivización de la teoría del acto administrativo serán esencialmente el negocio jurídico y la sentencia judicial.

Por lo que se refiere a la influencia de la sentencia judicial en la construcción del acto administrativo, línea iniciada por Otto MAYER, debe destacarse fundamentalmente el papel de la escuela vienesa encabezada por Adolf MERKL, que recoge y aplica al Derecho administrativo las construcciones del gran jurista Hans Kelsen. Así, por ejemplo, los esfuerzos de los autores administrativistas se centran en estudiar la "cosa juzgada administrativa". Pese a que no llega a cuajar este planteamiento se evidencia la trascendencia del acto administrativo en cuanto declarativo de derechos y el tema de su irrevocabilidad¹⁶⁰⁷. Asimismo la asimilación del acto administrativo a las formas procesales, tiene el mérito de destacar significativamente las actuaciones previas a la emisión del acto resolutorio, eso es el procedimiento administrativo. La virtualidad de este posicionamiento tendrá, casi sin proponérselo un inesperado éxito con la codificación que supone el "paquete" legislativo sobre procedimiento administrativo austríaco de 1925¹⁶⁰⁸.

Sin embargo, el referente de la sentencia como línea de trabajo será puesta a un lado por la mayoría de los autores que estudian el acto administrativo. Estos apuntan en otra de las

¹⁶⁰⁵ Como advierte el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR pierde sentido la falsa polémica suscitada por Georg JELLINEK al reclamar para la doctrina alemana la paternidad de la teoría del acto administrativo que Otto MAYER atribuía a la francesa.

¹⁶⁰⁶ La doctrina italiana del primer tercio del siglo XX es bastante prolífica en esta materia, pudiéndose destacar a la mayoría de los autores más significativos.

¹⁶⁰⁷ Curiosamente el art. 61 del vigente Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por RD 1999/1981, de 20 de agosto (BOE 216 y 217 de 9 y 10 de septiembre de 1981) se titula "Cosa juzgada administrativa".

¹⁶⁰⁸ Sobre el proceso codificador del procedimiento administrativo austríaco *vid.* recientemente SCHÄFFER, Heinz: "El procedimiento administrativo austríaco: evolución, estado actual y perspectivas de futuro" en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Ed.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Ed. Civitas y Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Madrid, 1993, pp. 405-440.

direcciones que ya había formulado el propio Otto MAYER: el negocio jurídico. La razón de este orientamiento sin duda reside en que comienza a concebirse la Administración pública no como un mero brazo ejecutor de la ley, sino como un aparato público que persigue finalidades de interés general. La ley y el Derecho no constituyen por sí mismos la finalidad que debe prestar la Administración pública, sino que se erigen como los límites jurídicos, cuya aplicación se controla por los tribunales de justicia, en la persecución de los intereses generales ¹⁶⁰⁹. Como advierte Ludwig SPIEGEL "es preciso aplicar un criterio distinto para juzgar toda la serie de actos de autoridad que no van encaminados a "encontrar" el Derecho, sino que se limitan a ordenar, disponer, permitir, prohibir, otorgar o rehusar un derecho, restringir o ampliar, conceder o denegar el carácter de órgano del Estado, etc. ¹⁶¹⁰"

Por tanto, los autores reconducirán al acto administrativo hacia la teoría del negocio jurídico que estaba siendo construida en esos momentos por la pandectística (Bernard WINSCHIED) ¹⁶¹¹. Este proceso de recepción del negocio jurídico en la teoría del acto administrativo se realiza, en gran medida, a través del Derecho romano, disciplina jurídica que fue el primer conductor del pensamiento administrativo científico, según advierte Pierre LEGENDRE

¹⁶⁰⁹ "El acto administrativo se ejecuta para realizar en un caso concreto uno de los numerosos fines que se propone el Estado, es decir, persigue el interés del Estado en un caso concreto, según criterios de oportunidad. La sentencia, de ordinario tiene por único fin el restablecimiento en un caso concreto del orden jurídico. La Administración del Estado al adoptar sus providencias se produce frente a las normas jurídicas, como los particulares en cuanto atienden a sus intereses: es decir, se sirve de dichas normas como medios para sus fines, respetándolas y observándolas en cuanto son un límite impuesto a aquéllas. La jurisdicción tiene como fin inmediato aplicar una norma a un caso concreto, no en virtud de una libre determinación, sino de la necesidad lógica de deducir la conclusión de la premisa del silogismo que es justamente la norma." *Vid.* LABAND I, p. 646.

¹⁶¹⁰ *Vid.* de este profesor de la Universidad alemana de Praga su *Derecho administrativo*, Ed. Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1933, p. 112.

¹⁶¹¹ Esta coincidencia cronológica ha sido resaltada por el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER quien advierte que el desarrollo de la ciencia de las Pandectas coincide cronológicamente con el comienzo de la sistematización científica del Derecho administrativo. *Vid.* de este autor *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones. Dos estudios*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1960, p. 54.

¹⁶¹². La larga tradición de la dogmática romanista, desde la cual se construye la teoría general del Derecho ¹⁶¹³, está bien presente entre los cultivadores del Derecho administrativo ¹⁶¹⁴. Los fundadores del Derecho administrativo son los lejanos sucesores de los glosadores y también son los continuadores de los publicistas del *Ancien Régime*. Estos últimos transmiten a los cultivadores del Derecho administrativo la técnica de las transposiciones (por ejemplo utilizar con un sentido diferente las nociones del Derecho de obligaciones) y sobre todo un sistema de clasificación. Se trata, en definitiva, "de aplicar al Derecho público - realizando un verdadero trasplante - el método jurídico, "die juristische Methode" que era, no se olvide, el método propio de la Pandectística ¹⁶¹⁵." Esta visión, enfocada desde el Derecho privado ¹⁶¹⁶ y dentro de una sistemática más propia de juristas que de administradores, es la que ubica el silencio administrativo dentro de la teoría del acto administrativo ¹⁶¹⁷, como una especial y singular categoría del acto jurídico ¹⁶¹⁸. Así lo

¹⁶¹² Vid. de este autor *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Ed. Fayard, Col. "Les savoirs", París, 1992, pp. 30-32.

¹⁶¹³ Como se ha señalado: "[...] este engarce con categorías jurídicas de Teoría General obliga a la remisión y cotejo de la idoneidad de planteamientos propios de la dogmática civilista del negocio jurídico - que tanto han influido en la teoría del acto administrativo -, con lo que de enriquecedor tiene siempre el estudio del "buen Derecho viejo", tronco común de tantas disciplinas jurídicas." Vid. GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo: "Una nueva perspectiva, jurídico-pública, para el estudio de las cláusulas voluntarias del acto administrativo" en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Ed.): *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 517.

¹⁶¹⁴ En esta línea Franco Gaetano SCOCA señala que la doctrina publicista ha instintivamente seguido la vía trazada por los privatistas. Vid. de este autor *Il silenzio della... op. cit.* p. 7.

¹⁶¹⁵ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El Derecho civil en la génesis... op. cit.* pp. 54-55. Asimismo Ludwig SPIEGEL señala que: "El éxito, sin igual (y bien merecido), obtenido por Laband con su Derecho público del Reich alemán, se debe principalmente a que ha conseguido formular los conceptos del Derecho público con una precisión análoga a la que están habituados los juristas del Derecho privado. El método civilista se ha convertido de este modo en el método estrictamente jurídico." Vid. *Derecho administrativo alemán... op. cit.* p. 198.

¹⁶¹⁶ Así llega a decirse que la doctrina del silencio administrativo "[...] no es sino una secuela de la doctrina del silencio en el Derecho." Vid. GONZÁLEZ RIVERO, Angel: "El silencio administrativo en el Derecho español" en *REVL* 111, 1960, pp. 331-332.

¹⁶¹⁷ Un autor destacado por sus estudios sobre el silencio administrativo como es Raffaele RESTA señala que: "a mi me parece lógico que - bien excluyendo en vía absoluta que la inercia pueda nunca dar vida a un acto administrativo - se deban estudiar los efectos en la teoría general del acto administrativo, por la modificación que aquélla efectivamente induce en las situaciones jurídicas sobre las cuales incide, al punto de

reconoce, por ejemplo, FORTI cuando en un estudio fundamental en la materia nos señala que: "La formulación fundamental y, para decirlo así, esquemática del problema del "silencio" se presenta en el campo del Derecho administrativo - y en orden al silencio de la Administración - en los mismos términos generales que en los que la conoce el Derecho privado" ¹⁶¹⁹.

Desde estas coordenadas el silencio administrativo pasa a estudiarse dentro de la forma de los actos administrativos ¹⁶²⁰, como uno de los elementos que conforman este negocio jurídico público de carácter unilateral. La traslación de la teoría del acto administrativo a los supuestos de inactividad comportará, no obstante, una serie de distorsiones, principalmente con la teoría del acto consentido, la cual será objeto de estudio en apartados posteriores de este trabajo. De tal forma que, en vez de constituir un efectivo elemento de lucha contra las arbitrariedades del Poder se traduce en "la existencia de nuevos vacíos, de nuevos obstáculos y, en cierto modo, retrocesos en el camino de progreso hacia una revisión plena de la actividad administrativa" ¹⁶²¹. De esta forma la asimilación, sin más, del silencio al acto provocará paradójicamente una mayor dificultad de control jurisdiccional, al cerrar los plazos de impugnación que se ciñen a períodos relativamente breves.

tocar a menudo la causa y el objeto del acto de la Administración". Vid. de este autor *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Ed. Il Foro Amministrativo, Roma, 1932, p. 47.

¹⁶¹⁸ Así Raffaele RESTA llega a calificar al acto administrativo como "figura specialissima di atto giuridico". Vid. de este autor *Il silenzio nell'esercizio... op. cit.* p. 20. Es de especial interés la construcción que realiza el profesor Manuel BALLBÉ PRUNES en su conocida voz "Acto administrativo" en *NEJ*, pp. 294 y 295: "La característica peculiar del acto administrativo, la nota que lo especifica como administrativo frente a los actos contemplados por las demás ramas del Derecho no radica en ese su ser de "acto" - *genus* del acto administrativo, como de todos los actos jurídicos -, sino en la superposición, a esta substancia común, de otros componentes, cuya presencia es la que le atribuye cualidad jurídica, primero, y virtualidad administrativa, después."

¹⁶¹⁹ Vid. FORTI, Ugo: "Il "silenzio" della..." *op. cit.* p. 125.

¹⁶²⁰ Así en la doctrina española esta sistemática que se encuentra ya en la clásica obra de Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO: *El acto administrativo... op. cit.* Siendo destacable que en la actualidad aún se manifiestan resabios de esta concepción. En este sentido vid. BOQUERA OLIVER, José María: *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 245.

¹⁶²¹ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: "Silencio negativo..." *op. cit.* p. 281.

El enfoque del silencio administrativo se realizará fundamentalmente desde el examen de la existencia o no de una declaración de voluntad, al constituir ésta el eje de la definición de acto administrativo, extraída del negocio jurídico. Así se advertía que "acto administrativo significa decisión ejecutoria, y decisión ejecutoria significa declaración de voluntad ¹⁶²²." El estudio de la declaración de voluntad que domina "tiránicamente" la doctrina del negocio jurídico ¹⁶²³ condicionará, según veremos, el análisis del silencio administrativo como solución al problema de la inactividad de la Administración pública.

En aquellos momentos la doctrina entiende que el silencio administrativo constituye una declaración de voluntad tácita o presunta. De esta forma y trasladando esquemas del Derecho privado la clave del sistema se articula en torno al "sujeto en cuanto portador de una voluntad que ha de hacer valer frente a los demás sujetos" ¹⁶²⁴. Estamos pues ante un problema de voluntad que debe interpretarse y por eso los autores acuden a las diversas teorías y posiciones de los textos legales clásicos, a lo largo de las diferentes épocas ¹⁶²⁵. Así se invoca que para los antiguos romanos regía el aforismo *qui tacet utique non facetur* ¹⁶²⁶ (el que calla no dice nada o en el silencio no puede haber qué notar ¹⁶²⁷), en cambio para los canonistas debía aplicarse la máxima *qui tacet consentire videtur* ¹⁶²⁸ (el que calla otorga), por su parte los autores más recientes se acogían al brocardo *qui tacet quam loqui potuit et debuit consentire videtur* (el que calla cuando puede y debe hablar, se estima que

¹⁶²² Vid. HAURIOU, Maurice; BENZIN, Guillaume: "La déclaration de volonté dans le droit administratif français" en *Revue trimestrielle de Droit civil* 1903, p. 549.

¹⁶²³ Vid. CASTRO Y BRAVO, Federico de: *El negocio jurídico*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 56.

¹⁶²⁴ Vid. MORELL OCAÑA, Luis: "La inactividad de la Administración..." *op. cit.* pp. 65-66.

¹⁶²⁵ Vid. entre otros a GARRIDO FALLA, Fernando: "La llamada doctrina del silencio administrativo" en *RAP* 16, 1955, p. 91, nota 9.

¹⁶²⁶ *Digesto* Ley 142, título XXVII, libro I.

¹⁶²⁷ ESPINEL: *Vida del Escudero Marcos de Obregón*, Descanso II.

¹⁶²⁸ Sexto de las Decretales ley 43.

consiente) ¹⁶²⁹. En este sentido FERNÁNDEZ DE VELASCO entiende que el problema del silencio se resolvería sin más, si se aplicara este último aforismo "pues entonces el silencio de la Administración valdría por asentimiento, toda vez que vendría obligada a *negar* expresa y paladinamente el derecho solicitado o a pasar por la *concesión* tácita que su silencio significaría" ¹⁶³⁰.

Posteriormente se advierte, sin embargo, que "no puede haber problema de interpretación de la voluntad de la Administración cuando justamente lo que falta es la voluntad administrativa" ¹⁶³¹. Esta concepción llega a la dogmática italiana ¹⁶³² a forzar la definición de acto administrativo realizada por MERLIN en el Repertorio Guyot ("*un arrête, une decision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport à ses fonctions*"). El término *fait* se identifica con hecho jurídico (silencio administrativo), pese a que presumiblemente MERLIN había querido designar a cualquier especie de acto jurídico no comprendido entre los *arrête, decision* o *action* ¹⁶³³.

Más precisa, en cambio, es la construcción de RESTA quien llega a hablar del silencio como un "no acto". Para este autor "[...] el primer elemento del acto jurídico y, naturalmente, el primer elemento del acto administrativo, es una manifestación de voluntad; faltando ésta, no puede existir acto jurídico y, por tanto, acto administrativo." ¹⁶³⁴. De esta forma se parte

¹⁶²⁹ Este concepción del silencio trae causa seguramente del planteamiento formulado por Oreste RANELLETTI: "Il silenzio nei negozi giuridici" en *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 1892, pp. 3-34. Es más el propio RANELLETTI ya específicamente en el ámbito del Derecho administrativo valoraba los casos en que normativamente se atribuía valor positivo al silencio, especialmente los contenidos en el art. 220 de la Ley municipal y provincial de 1865 y legislación sucesiva, como hipótesis en las que la Ley "considera el silencio como declaración de voluntad". *Vid.* de este autor

¹⁶³⁰ *Vid.* "El "silencio" en los actos administrativos..." *op. cit.* p. 4.

¹⁶³¹ *Vid.* GARRIDO FALLA, Fernando: "La llamada doctrina..." *op. cit.* p. 91.

¹⁶³² En este sentido se manifiesta claramente Umberto BORSI: "Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'Amministrazione" en *Il Foro amministrativo*, 1931, vol. VII, p. 77.

¹⁶³³ *Vid.* TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso ed esercizio...* *op. cit.* pp. 4-5, nota 3.

¹⁶³⁴ *Vid.* *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Ed. Il Foro amministrativo, Roma, 1932, p. 26.

de la dicotomía entre acto y hecho jurídico, para incluir dentro de esta última categoría dogmática la problemática del silencio administrativo. Esta depuración conceptual que evidenciaba el contrasentido de incluir precisamente la inactividad dentro del concepto de acto administrativo, no era obstáculo sin embargo para continuar manteniendo, en base a razones prácticas, al silencio en la teoría del acto ¹⁶³⁵.

Tal situación se verá favorecida por la crisis de la hegemonía de la declaración de voluntad en la definición del acto administrativo. Crisis que ponen de manifiesto en la doctrina germánica Walter JELLINEK y su discípulo Ernst FORSTHOFF ¹⁶³⁶. Según esta línea teórica existen diferencias fundamentales entre el negocio jurídico privado y el acto administrativo, pues mientras que en el primero la declaración de voluntad sólo puede obligar a los propios declarantes, el segundo se caracteriza fundamentalmente por obligar a otros en virtud de un poder superior y coactivo. Esta posición doctrinal será seguida en Italia por CASSETTA ¹⁶³⁷ y en la doctrina española por VILLAR PALASÍ ¹⁶³⁸ y GALLEGO ANABITARTE ¹⁶³⁹. La crisis de las teorías negociales del acto administrativo y de máximo exponente, la declaración de voluntad, obedecen a un momento de mayor conexión entre Estado y sociedad civil, donde la teoría del procedimiento administrativo adquiere un

¹⁶³⁵ Así Raffaele RESTA concluía que "[...] a mi me parece lógico que - bien excluyendo en vía absoluta que la inercia pueda nunca dar vida a un acto administrativo - se deban estudiar los efectos en la teoría general del acto administrativo, por las modificaciones que aquella pueda efectivamente inducir en las situaciones jurídicas sobre las cuales incide, al punto de tocar a menudo la causa y el objeto del acto administrativo." *Vid. de este autor Il silenzio... op. cit. p. 47.*

¹⁶³⁶ *Vid. de este último Tratado de Derecho administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, especialmente pp. 288-291.

¹⁶³⁷ *Vid. CASSETTA, Elio: "Attività e atto amministrativo" en RTDP 1957 p. 298*, según el cual la voluntad no es un elemento del acto administrativo.

¹⁶³⁸ *Vid. CÁTEDRA DEL PROFESOR VILLAR PALASÍ: Apuntes de Derecho administrativo. Parte General*, tomo II, Madrid, 1977, pp. 21-29, donde bajo el expresivo título "La presunta declaración de voluntad" aduce hasta once argumentaciones negando que el acto sea una declaración de voluntad.

¹⁶³⁹ *Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MARCOS FERNÁNDEZ, Ana de: Derecho administrativo I. Materiales*, Madrid, 1991, pp. 318-326.

papel significativo en la reconstrucción del concepto de acto ¹⁶⁴⁰. De este momento es el importante estudio de SANDULLI sobre el procedimiento administrativo ¹⁶⁴¹ y la elaboración en Italia de diversos proyectos de ley sobre la materia que, sin embargo, no llegarán a ser aprobados por el Parlamento italiano. Este fenómeno viene a coincidir con la crisis en el ámbito del Derecho privado de la voluntad que pondrá más énfasis, en cambio, en la declaración o manifestación externa para dar mayor certeza al tráfico y a las relaciones jurídicas que en el contexto capitalista posterior a las guerras mundiales requiere una mayor simplificación y aceleración por las exigencias de la producción y del consumo de masas.

Entre las respuestas que se formulan a la pérdida de importancia de la declaración de voluntad es el descubrimiento de los actos administrativos no negociales ¹⁶⁴² que obliga a ampliar considerablemente la noción de acto administrativo hasta entonces mayoritariamente manejada. En este sentido el acto administrativo deja de ser exclusivamente una declaración de voluntad para ser también una declaración de conocimiento, juicio o deseo, según la célebre definición de Guido ZANOBINI ¹⁶⁴³, en la que se recoge planteamientos ya presentes en otros autores. Esta concepción amplia del acto administrativo es uno de los frutos más significativos de la denominada postpandectística italiana. La doctrina española se acoge mayoritariamente al concepto de acto administrativo acuñado por ZANOBINI ¹⁶⁴⁴. Recepción doctrinal que se realiza durante la década 1950-1960 y que aún perdura

¹⁶⁴⁰ Vid. ROPPO, Enzo: "Negozio giuridico, stato, società civile sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell'atto amministrativo" en SALVI, Cesare (Ed.): *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Ed. Feltrinelli, Milán, 1978, pp. 211.

¹⁶⁴¹ Vid. SANDULLI, Aldo M.: *Il procedimento amministrativo* Ed. Giuffrè, Milán, 1964 (reimpresión de la obra publicada en 1940).

¹⁶⁴² La importancia de estos "actos administrativos" se pone de relieve con la monografía de Umberto FRAGOLA: *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milán, 1942.

¹⁶⁴³ Acto administrativo sería, desde tal concepción: "cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa". Vid. de este último autor *Corso de Diritto amministrativo*, vol. I, Ed. Giuffrè, Milán, p. 187.

¹⁶⁴⁴ Así autores como GARRIDO FALLA, ENTRENA CUESTA, MARTÍN MATEO, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ siguen con retoques la clásica definición de ZANOBINI.

entre nosotros ¹⁶⁴⁵. Se rompe, como certeramente ha advertido NIETO GARCÍA, "la tradición de una de las autoridades más respetadas entre nosotros, FERNÁNDEZ DE VELASCO, quien en 1929 - y nada menos que con el aval de HAURIUO y el apoyo de la doctrina italiana" ¹⁶⁴⁶ definía el acto administrativo como "declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas" ¹⁶⁴⁷. Ello obedece a la necesidad de potenciar al máximo el control judicial de la Administración, objetivo que se enmarca en un determinado contexto político y constitucional, de carácter autoritario, el cual ya hemos tenido oportunidad de estudiar en el capítulo primero de este trabajo.

El coste de esta meritoria lucha por el control de la Administración, a través de la teoría del acto, reside fundamentalmente en el hecho en que se desvirtúa la gran aportación que significó la teoría del negocio jurídico en el Derecho administrativo. Es decir la construcción dogmática que permitía aislar en los actos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica el concepto estricto y operativo de acto administrativo. Esta situación explica la circunstancia de que el concepto dogmático importado desde Italia no se corresponde, o al menos no encaja plenamente, con el previsto en la legislación de procedimiento

¹⁶⁴⁵ Según el profesor José María BOQUERA OLIVER corresponde al profesor Manuel BALLBÉ PRUNES la introducción en nuestro panorama doctrinal del concepto italiano de acto administrativo. *Vid.* de aquél autor *Estudios sobre el acto administrativo*, Ed. Civitas, Madrid. Esta recepción doctrinal parece que se canaliza también a través de otros autores como el profesor Fernando GARRIDO FALLA: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Col. "Estudios de Administración", Madrid, 1956, y el profesor Juan Luis VALLINA VELARDE: *Derecho administrativo y Ciencia de la Administración*, Madrid, 1962. Así lo advierte el profesor Rafael ENTRENA CUESTA, en la 1ª edición de su *Curso de Derecho administrativo*, vol. primero, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, p. 516.

¹⁶⁴⁶ *Vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: "Las consultas a la Administración..." *op. cit.* p. 138.

¹⁶⁴⁷ *Vid.* de este autor *El acto administrativo... op. cit.* Esta ruptura se advierte en ENTRENA CUESTA, Rafael, quien en la primera edición de su *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, p. 516, señala al respecto: "Resulta, por ello, necesario, de acuerdo con las premisas sentadas, admitir, *en contra, por cierto, de un importante sector doctrinal*, que el contenido del acto administrativo podrá estar integrado, además de por una declaración de voluntad, por una manifestación de juicio, de deseo, de conocimiento, etc." (la cursiva es nuestra)."

administrativo, ya la LPA de 1958 ya la vigente LRJPAC de 1992 ¹⁶⁴⁸.

Tal posicionamiento comportará asimismo la servidumbre de un enfoque más estático de la actividad de la Administración pública, centrada en el "pedestal" del acto administrativo, si bien es cierto que tampoco se desconoce el procedimiento como importante referente de garantías para el administrado. No obstante, fruto de esta perspectiva doctrinal es que, según ya hemos notado en el capítulo tercero de este trabajo, la solución de la inactividad se postula casi exclusivamente desde los silencios, como sustitución del acto administrativo, pero son más escasos planteamientos más dinámicos que no se centren exclusivamente en los remedios patológicos, sino que pongan más énfasis en dinamizar e impulsar la actuación la Administración, desde un planteamiento más profiláctico y preventivo.

La concepción amplia del acto administrativo es llevada a sus últimos extremos por GUAITA MARTORELL ¹⁶⁴⁹ quien llega a incluir en la misma a los reglamentos y los contratos. Para este autor el concepto estricto del acto administrativo como declaración de voluntad debe corregirse y ampliarse en tres direcciones. En primer lugar, por cuanto no debe ceñirse

¹⁶⁴⁸ Es significativo como las certificaciones que como declaraciones de conocimiento se incluyen dentro del concepto de acto administrativo se regulan fundamentalmente en los arts. 35.a), 37.8 y 46, situados en el título IV de la LRJPAC, mientras que las disposiciones y los actos administrativos se regulan en el título V. Otro tanto sucede con el silencio administrativo pese a denominarse formalmente acto presunto (arts. 43 y 44). Por su parte actos de trámite significativos como los informes tienen una regulación específica (art. 82 y 83) distinta en muchos aspectos del régimen general. Curiosamente algunos autores vienen sosteniendo que "[...] desde un punto de vista teórico, ninguno de los preceptos contenidos en la LAP (abreviatura que se corresponde con la de LRJPAC utilizada en este trabajo), supone una alteración en la tradicional delimitación conceptual del acto administrativo, ni obliga a introducir corrección alguna en la clásica definición del mismo formulada por ZANOBINI y ampliamente difundida entre nosotros a través de la obra del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA." Vid. DORREGO DE CARLOS, Alberto; GUTIÉRREZ VICÉN, Carlos: "Disposiciones y actos administrativo" en PENDÁS GARCÍA, Benigno (Ed.): *Administraciones públicas y ciudadanos*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 429. Debe señalarse, sin embargo, que la posibilidad de seguir manteniendo el concepto de acto administrativo defendido mayoritariamente por la doctrina no deriva, a nuestro entender, de las escasas modificaciones introducidas por la LRJPAC, ya que este concepto se construye desde un plano más bien teórico que normativo, en un intento de adaptar la legislación existente a las necesidades de fortalecer el control jurisdiccional. La doctrina en su magnífica "lucha por el Derecho" más que explicar el marco normativo existente, busca transformarlo para situar al juez en la posición central de nuestro sistema jurídico. En la actualidad el esfuerzo doctrinal debería dirigirse a comprobar si dentro del marco legislativo actual el acto administrativo cumple las mismas funciones que en los años '50 y '60.

¹⁶⁴⁹ Vid. GUAITA MARTORELL, Aurelio: "El concepto de acto administrativo" en *REDA* 7, octubre-diciembre 1975, pp. 529-550.

únicamente a la resolución, sino que deben incluirse los actos de trámite. En segundo lugar debe admitirse que abarca junto a los actos negociales (declaraciones de voluntad) también actos no negociales (declaraciones de deseo, conocimiento y juicio). Por último esta afirmación viene corroborada por el llamado silencio administrativo en cuanto en el mismo por definición falta toda declaración o manifestación de voluntad. De esta forma, la crisis del dogma de la voluntad dentro del concepto italianizante de acto administrativo permite cómodamente volver a incluir al silencio administrativo dentro de su estructura.

El concepto de acto administrativo formulado mayoritariamente por la doctrina española, en contraposición con el utilizado por la jurisprudencia ¹⁶⁵⁰, parte en la actualidad de una formulación amplia del mismo ¹⁶⁵¹. El objetivo de esta concepción ha sido la de posibilitar al máximo el control jurisdiccional de la actividad administrativa, y en su defecto de la inactividad. Tal planteamiento era perfectamente asumible en un régimen autocrático, donde existía una profunda escisión entre sociedad y Estado. No obstante, estas tesis deben replantearse en un sistema constitucional distinto donde los Tribunales tutelan derechos e intereses legítimos, con independencia de que su lesión se realice o no a través de actos administrativos.

La asunción de un concepto tan amplio por la doctrina se muestra en la práctica inoperativo pues los mismos autores que la asumen una vez establecido su concepto se ven obligados inmediatamente a formular un largo listado de clasificaciones del acto. Esta perspectiva evidencia la diversidad de regímenes jurídicos que existen entre las figuras que previamente

¹⁶⁵⁰ Así el profesor Alejandro NIETO GARCÍA llegó a advertir: "El Tribunal Supremo - abandonado, por así decirlo, a sus fuerzas - ha adoptado aquí una postura radicalmente contraria a la doctrinal; sin que hasta la fecha (en lo que nos es conocido) se haya realizado por ninguna de las dos partes el más mínimo intento de aproximación, y ni siquiera de explicación, de un divorcio tan escandaloso." *Vid.* de este autor "Las consultas a la Administración: Una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1974, sala 4ª) (Ponente, FERNÁNDEZ TEJEDOR)" en *REDA* 8, enero-marzo 1976, p. 138.

¹⁶⁵¹ Para esta dialéctica entre la noción doctrinal y la jurisprudencial de acto administrativo es de gran utilidad la exposición realizada en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Derecho administrativo. La jurisprudencia... op. cit.* pp. 235-239.

se califican como actos administrativos. En realidad como advierte significativamente PARADA VÁZQUEZ este amplísimo concepto que se toma de ZANOBINI "es únicamente válido como descripción general de la actividad formal de la Administración" ¹⁶⁵².

Por tanto, sorprende esta asunción, en muchas ocasiones acrítica, que realiza la doctrina española de la concepción italianizante de ZANOBINI. Ello se evidencia con más claridad si constatamos como en su propio país de origen la noción de acto administrativo ha sido objeto de constante replanteamiento. Las orientaciones que sucedieron, especialmente Renato ALESSI y Massimo Severo GIANNINI, pusieron énfasis en distinguir entre *provvedimento* y actos administrativos instrumentales ¹⁶⁵³. De esta forma el *provvedimento*, que acoge una noción más estricta de acto administrativo, constituiría según GIANNINI "el acto constitutivo del procedimiento administrativo, precedido y seguido por actos instrumentales, que se ordenan al mismo en varias maneras". Estamos, por tanto y según este autor, ante "una manifestación de voluntad mediante la cual la autoridad administrativa dispone en orden a los intereses públicos que tienen a su cuidado, ejercitando la propia potestad e incidiendo correlativamente en las situaciones jurídicas subjetivas del particular" ¹⁶⁵⁴.

La gran aportación de GIANNINI es resituar el papel de la declaración de voluntad en la definición del acto administrativo. Este autor considera "inaceptables" las tesis que niegan a la voluntad el carácter de elemento de la resolución administrativa. Desde esta nueva perspectiva, no debe confundirse entre voluntad psicológica y voluntad del acto jurídico. Es por ello que la voluntad del acto administrativo debe concebirse como una voluntad procedimental que supone el resultado de aportación de los diversos órganos que intervienen,

¹⁶⁵² Vid. de este autor *Derecho administrativo I Parte General*, 7ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 92 y 93.

¹⁶⁵³ Como advierte Franco Gaetano SCOCA: "El *provvedimento* administrativo nace de la costilla del acto administrativo, como su especie eminente, en el curso de los años 40 y encuentra su teorización completa, y ya clásica, en la obra de Massimo Severo GIANNINI." Vid. "La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento" en *Diritto amministrativo* 1/1995, p. 1.

¹⁶⁵⁴ Vid. de este autor la voz "Atto amministrativo" en *Enciclopedia del Diritto*, tomo IV, Ed. Giuffrè, Milán, 1959, pp. 157-196.

a través de los diversos trámites, en la toma de decisión administrativa ¹⁶⁵⁵. Tal planteamiento ha permitido, por su parte, en línea con las novedades tecnológicas, admitir teóricamente la posibilidad de actos administrativos producidos a través de medios telemáticos ¹⁶⁵⁶.

Recientemente y retomando el testigo de GIANNINI puede destacarse la aportación realizada por Giuseppe GRECO ¹⁶⁵⁷. Según este autor el elemento de la voluntad asume en el acto administrativo una función primaria, en cuanto coincide con la actuación de la Ley y el Derecho que representa su íntima esencia. Mientras que en el ámbito privado la voluntad se despersonaliza al exteriorizarse, dirigiéndose a dotar una reglamentación pactada a los intereses en juego, en el acto administrativo la voluntad constituye el centro donde confluyen los singulares momentos lógicos instrumentales a su emanación.

Esta reconsideración del papel de la declaración de voluntad en el acto administrativo pone, sin duda, en evidencia que los referentes de la sentencia y del negocio jurídico en la construcción dogmática del acto administrativo plantean ciertos problemas. Ahora bien, ello no quiere decir que deban ser necesariamente abandonados sino que deben ser examinados precisamente, con cierta prudencia y cautela, desde los referentes propios del Derecho

¹⁶⁵⁵ Esta concepción se halla presente en diversos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal supremo español. En este sentido puede destacarse la STS de 18 de diciembre de 1991 (ref. Ar. 9.455): "[...] el expediente administrativo aquí contemplado no es un modelo de rigor y precisión y claridad, pero su contenido integra los elementos suficientes y determinantes para la formación de la voluntad del órgano decisorio [...]." Es significativa también la STS de 5 de noviembre de 1991 (ref. Ar. 8.645): "Lo actuado en el expediente, pone de manifiesto, a través de las sucesivas reuniones de los representantes técnicos del IRYDA de las diversas Comisiones de concesionarios, la inequívoca voluntad de dicho Organismo de establecer los criterios clasificatorios y de adjudicación de lotes de acuerdo con las iniciativas y sugerencias de los interesados [...]." Asimismo puede citarse la STS de 25 de marzo de 1995 (ref. Ar. 2.538): "Efectivamente, la exégesis de la voluntad plasmada en (o inferida de) todos los informes, certificaciones, acuerdos, en definitiva, documentos, elementos o datos obrantes en el expediente y en los autos del recurso contencioso-administrativo es una labor que corresponde, únicamente a la Sala de instancia [...]."

¹⁶⁵⁶ Vid. en este sentido los sugerentes trabajos del profesor Alfonso MASUCCI: *L'atto amministrativo elettronico*, Nápoles, 1989, y *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Ed. Jovene, Nápoles, 1993.

¹⁶⁵⁷ Vid. de este autor *L'atto amministrativo condizionato*, Ed. CEDAM, Padova, 1993.

administrativo. En este sentido se pronuncia SANTAMARÍA PASTOR cuando, después de señalar los inconvenientes de la aplicación sistemática de la doctrina de las nulidades del negocio jurídico al acto administrativo, advierte que: "No hay por qué arrumbar definitivamente los esquemas tradicionales, válidos en buena parte, ni por qué desterrar las técnicas privatistas de inegable utilidad."

La inercia y estancamiento de la dogmática española contrasta con las proféticas palabras del propio GIANNINI al advertir en su estudio sobre el acto administrativo que dentro de veinte años debería ser reescrito de manera del todo diversa ¹⁶⁵⁸. En la actualidad se constata con mayor frecuencia como se relativiza el mismo carácter autoritario del acto administrativo ¹⁶⁵⁹. La Administración intenta cada vez más persuadir e integrar a los destinatarios de sus actuaciones, a través de actuaciones procedimentales, si bien éstas se formalizan externamente en un acto administrativo definitivo.

Este fenómeno debe despegar más a los estudiosos del momento final del procedimiento y centrar preferentemente su examen en el proceso de toma de decisión que se realiza a través de una serie de trámites y actuaciones. Tal como ha descrito magistralmente CASSESE se trata de trasladar nuestro examen del "atto al procedimento" ¹⁶⁶⁰. En realidad, el procedimiento es mucho más que una actividad meramente preparatoria o mero elemento formal del acto administrativo ¹⁶⁶¹. El procedimiento es el perfil dinámico de la

¹⁶⁵⁸ Vid. de este autor "Atto..." *op. cit.* p. 194. Es de observar además la evolución doctrinal del propio GIANNINI por cuanto en sus primeras obras seguía en su investigación la noción de acto administrativo de ZANOBINI y de ROMANO. Vid. de este autor *La interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Ed. Giuffrè, 1939, p. 207, nota 1.

¹⁶⁵⁹ Vid. al respecto el trabajo del profesor Domenico SORACE: "Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo" en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Ed. Giuffrè, Milán, 1988, pp. 747-773.

¹⁶⁶⁰ Vid. de este autor *Le basi del Diritto amministrativo*, Ed. Garzanti, Milán, 1995, pp. 297-302.

¹⁶⁶¹ Como señala la profesora Elisenda MALARET I GARCIA: "Al no considerar el procedimiento sólo desde una perspectiva formal, como cauce limitador del poder frente al ciudadano, sino también como articulación de intereses, como sede de confrontación, se dota de sustancia propia al procedimiento." Vid. de esta autora *Régimen jurídico...* *op. cit.* p. 312.

organización administrativa ¹⁶⁶² el cual se concreta a través de diversas actuaciones, entre las que se encuentra el acto administrativo.

Esta tendencia, por ejemplo, ha llevado a algunos autores a incluir las actuaciones materiales dentro de la noción de acto administrativo, cuando parece que estamos ante instituciones que deberían claramente diferenciarse ¹⁶⁶³. De esta forma la coacción administrativa directa se ha venido considerando mayoritariamente como un "acto administrativo no procedimental" ¹⁶⁶⁴, fruto esencialmente de la pretensión de los juristas de intentar residenciar en los tribunales el control de una Administración autoritaria que aparecía como brazo ejecutor de un régimen dictatorial ¹⁶⁶⁵. Una vez admitido el control jurisdiccional de estas actuaciones materiales, como consecuencia del efecto expansivo de la tutela judicial efectiva, quizás sería conveniente en la línea propuesta por otros autores replantearse la ubicación de actuaciones materiales dentro del concepto de acto administrativo ¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶² Vid. CASSESE, Sabino: *Le basi... op. cit.* p. 301.

¹⁶⁶³ Este concepto amplio de acto administrativo que incluye a actuaciones materiales de la Administración pública se encuentra ya en Manuel BALLBÉ PRUNES, en la voz "Actos administrativos" de la *NEJ*, vol. II, Ed. Seix, Barcelona, 1950, p. 301: "La contraposición de actos a hechos administrativos, dentro del ejercicio de la función administrativa, se muestra, en suma, errónea y equívoca. Los llamados hechos u operaciones administrativos, las *actuaciones* y no sólo las *declaraciones* anímicas son, en rigor, verdaderos actos, subsumibles dentro del primer elemento de los "actos administrativos"."

¹⁶⁶⁴ Vid. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki: *La coacción administrativa directa*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1990, en especial pp. 398-408. Este autor estudia la coacción administrativa directa como acto administrativo precisamente en el último capítulo de su obra y con la finalidad primordial de su control jurisdiccional. Adviértase que el análisis del régimen jurídico de la coacción administrativa directa se realiza, en este magnífico trabajo, desde los principios que inspiran la actuación limitadora o de policía (legalidad, oportunidad, proporcionalidad) y no, en cambio, desde el esquema tradicional de estudio del acto administrativo (elementos, eficacia, validez, extinción).

¹⁶⁶⁵ Así son significativas las palabras del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, al señalar que: "[...] las actuaciones gubernativas en materia de orden público se engloban sin ninguna duda en el concepto de actos de la Administración que, de acuerdo con el artículo 1 LJ pueden ser enjuiciados por los Tribunales de lo contencioso-administrativo." Vid. de este autor *Las sanciones de orden público en Derecho español I*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, p. 68. Tal concepción se halla también presente en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: "Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación" en *RAP* 61, 1970, pp. 125 y ss.

¹⁶⁶⁶ Esta línea vid. ARCENEGUI, Isidro E. de: "Modalidades del acto administrativo" en *RAP* p. 3. También en este sentido vid. BARCELONA LLOP, Javier: *Régimen jurídico de la policía de seguridad*, Ed. HAEE/IVAP, Oñati, 1988, pp. 218-221, así como LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *La caracterización jurídica*

La asimilación de las actividades materiales con el concepto de acto jurídico fue ya denunciada claramente por el insigne jurista Santi ROMANO. Este autor recuerda en definitiva como la asimilación entre actuaciones materiales y acto:

"[...] ha sido en ocasiones un expediente al que ha recurrido la jurisprudencia administrativa a fin de someter a control jurisdiccional acciones materiales de la administración pública que de lo contrario se hubiesen sustraído a dicho control, que la ley limita, como es sabido, a los "actos y providencias". Se trata del mismo expediente que ha permitido en algunos casos el recurso jurisdiccional contra el silencio de las autoridades administrativas, primeramente gracias a una audaz jurisprudencia del Consejo de Estado, y ahora en virtud de una disposición legislativa que ha consagrado dicha jurisprudencia ¹⁶⁶⁷."

Ahora bien si tal solución venía impuesta por "consideraciones y exigencias de equidad y de orden práctico" también era necesario "reconocer que han derogado al rigor de los principios jurídicos que, ciertamente, interpretados y aplicados con rigidez no los hubiesen autorizado" ¹⁶⁶⁸. El autor defendía que esta equiparación, la cual responde a una finalidades muy concretas, como las que hemos descrito, no deben llevar a confusión y, por tanto, a identificar acto y actuaciones materiales.

En la actualidad, tal y como se ha puesto de relieve, al plantearse la reforma de la legislación procesal administrativa:

"Lo que importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción

de las fuerzas armadas, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 339-342.

¹⁶⁶⁷ Vid. de este autor la voz "Actos y negocios jurídicos" en su obra *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, p. 24, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN.

¹⁶⁶⁸ Vid. ROMANO, Santi: "Actos y negocios..." *op. cit.* p. 24.

Contencioso-Administrativa es asegurar en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al Derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponden. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de tipo diverso, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones ¹⁶⁶⁹."

También la doctrina suele incluir a las certificaciones dentro de la teoría del acto administrativo en contra de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. Como ha manifestado BOQUERA OLIVER en el supuesto de las declaraciones de conocimiento, juicio o deseo no se está ejercitando realmente una potestad administrativa ¹⁶⁷⁰. Afirmación que ha sido objetada por FERNANDO PABLO para quien "[...] aun en las declaraciones de juicio o conocimiento existe una voluntad: La de proceder a realizar aquella operación. Esta voluntad sería suficiente para ejercitar una potestad administrativa" ¹⁶⁷¹. En realidad

¹⁶⁶⁹ Vid. la Exposición de Motivos del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996, que trae causa de un Anteproyecto elaborado por una Comisión presidida por el profesor Jesús LEGUINA VILLA.

¹⁶⁷⁰ Vid. de este autor *Estudios sobre... op. cit.* p. 26: "Si se entiende la potestad administrativa como acabamos de exponer, o sencillamente como posibilidad de mandar, de imponer una conducta a otro, ni la Administración pública, ni nadie, puede mediante declaraciones de deseo, de conocimiento o de juicio ejercitar dicha potestad. Los deseos, los conocimientos y los juicios no crean derechos y obligaciones y mucho menos los impone a un sujeto. La creación unilateral de consecuencias jurídicas y su imposición a un sujeto, sólo puede ser obra de la voluntad."

¹⁶⁷¹ Vid. FERNANDO PABLO, Marcos-Matías: "Tres recientes reflexiones monográficas sobre el acto administrativo" en *RVAP* 20, enero-abril 1988, p. 180, nota 13.

creemos que tal dialéctica puede ser superada en la línea propuesta por determinadas sentencias han tenido el acierto de distinguir la certificación en sí del acto que la deniega y a través del cual se accede al control jurisdiccional ¹⁶⁷². Entendemos que las certificaciones son principalmente documentos públicos administrativos y, por tanto, no cabe aplicar en bloque a los mismos la teoría del acto administrativo ¹⁶⁷³. En el caso de las denominadas certificaciones de acto presunto vienen a participar, de acuerdo con la LRJPAC, de una naturaleza híbrida pues además de servir como acreditación de una situación (por ejemplo, la posibilidad de realizar legalmente a través del silencio positivo una actividad sometida a licencia) sirve al mismo tiempo como *condictio iuris*, al estilo de la notificación, del denominado acto presunto.

La categoría del acto administrativo debe prescindir de la amplitud con la que ha sido construida por la doctrina para extender el control de la jurisdicción contencioso-

¹⁶⁷² Vid. la STS de 30 de marzo de 1987 (ref. Ar. 3.490): "Puntualizaremos que *si un acto certificante no constituye un auténtico acto administrativo*, en los que pensó nuestra Ley jurisdiccional, como materia propia de la misma (art. 1.1), ya que sólo lo es en el sentido extensivo abarcado por la definición de algún que otro autor, al no contener declaración de voluntad definidora de derechos y obligaciones, sin embargo, *si que es un verdadero acto administrativo el acuerdo impugnado* en este proceso, de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Sangenjo, de 3 de septiembre de 1982, confirmando en reposición el 4 de marzo de 1983, *ya que en él - en ellos - se emite la declaración de voluntad de no expedir la certificación interesada por el accionante, con los efectos negativos y perjudiciales que ello puede suponer para el solicitante* (la cursiva es nuestra)."

¹⁶⁷³ Esta concepción puede contrastar con el examen que realizamos de otro tipo de documentos públicos administrativos, las actas y diligencias en el procedimiento administrativo sancionador, en un trabajo anterior *La presunción de certeza... op. cit.* pp. 106-137, donde realizamos un análisis muy similar al que se realiza en los estudios del acto administrativo, examinando los diversos elementos que lo componen (subjeto, objetivo, formal). Este análisis fue elaborado acogiéndonos al esquema que para los documentos públicos utiliza CORDÓN MORENO, F.: "Comentarios a los artículos 1.217 a 1.230 del Código Civil" en ALBADALEJO, Manuel (Ed.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. II, Artículos 1.214 a 1.253, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1981. Se observa, además, como en nuestro trabajo ya constatamos como por ejemplo la no concurrencia de tales elementos no generará necesariamente la nulidad del documento, sino que tal documento no tendrá fuerza probatoria suficiente para fundamentar la sanción administrativa. Así lo advierte meridianamente la STS de 1 de junio de 1990 (ref. Ar. 4.641): "No se trata de la invalidez de los datos del acta porque los aporte el controlador a la Inspección sino de la insuficiencia objetiva de los mismos [...]." Vid. *La presunción de certeza... op. cit.* pp. 130-131.

administrativa ¹⁶⁷⁴. Lo que importa dogmáticamente, en la actualidad, es la construcción de un régimen jurídico homogéneo que tenga virtualidad en el momento de ejercer el control jurisdiccional. La ubicación en un mismo concepto de figuras tan distintas entre sí, puede provocar efectos secundarios sin duda no deseados por los autores que prescribieron dogmáticamente tal solución. Por tanto, debemos evitar que este noble afán jurisdiccionalizador comporte la aplicación de soluciones idénticas a supuestos que tienen una naturaleza distinta y responden a problemáticas diferentes.

Concebimos fundamentalmente al acto administrativo como aquel instrumento jurídico unilateral ¹⁶⁷⁵ por el cual la Administración pública en el ejercicio de funciones administrativas decide o establece en presencia de intereses diversos cual es la solución más conveniente al interés general, pudiendo incluso como regla general llegar a imponerla forzosamente ¹⁶⁷⁶. La Administración a través del acto administrativo está dando a través del ejercicio de una potestad una solución a un caso concreto bien con un margen de valoración (potestades discrecionales), bien limitándose a aplicar los presupuestos establecidos por la norma (potestad reglada). Ahora bien tanto en un caso como en otro da una solución (otorga o deniega una autorización, impone o no una sanción, expropia o no, fija un precio a la expropiación, concede o no una subvención).

¹⁶⁷⁴ Como advierte Marcos-Matías FERNANDO PABLO: "El concepto y la elaboración dogmática en torno al acto administrativo no pueden mantenerse dependientes, únicamente, del mecanismo de control jurisdiccional, porque [...] el concepto pierde nitidez y eficacia a estos efectos [...]." *Vid.* de este autor *La motivación... op. cit.* p. 175.

¹⁶⁷⁵ El carácter unilateral del acto administrativo como característica típica de todo acto administrativo es señalada por el profesor Germán FERNÁNDEZ FARRERES: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 414 y nota 5.

¹⁶⁷⁶ Entendemos que la ejecutividad del acto administrativo no es tanto el fruto del resultado posicional de la Administración pública respecto a los tribunales de justicia, sino más bien el resultado del ejercicio de un poder que le atribuye el ordenamiento jurídico para ejercerlo en un ámbito concreto. Poder que se legitima por su carácter servicial respecto a los intereses públicos. La LRJPAC establece la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos, si bien reconoce expresamente la existencia de excepciones (art. 94 LRJPAC). La ejecutividad no es por tanto la característica típica de todos los actos administrativos, pero sí de gran parte de ellos. Así la existencia de un derecho a la presunción de inocencia exige que la ejecutividad se demore al momento en que el acto gana firmeza en vía administrativa.

Por tanto, el silencio administrativo no debe conceptuarse, a nuestro entender, como un acto administrativo. Afirmación que se apoya en la propia definición de acto que venimos sosteniendo. Así mientras el acto administrativo supone un ejercicio de funciones administrativas, no sucede lo mismo en el caso del silencio administrativo. La Administración al permanecer inactiva cuando tiene la obligación de resolver no está ejercitando ningún poder, sino que se está situando fuera de la legalidad. Esta ilegalidad cometida comporta que se produzcan unos determinados efectos, que en el caso del silencio comportan precisamente una limitación del poder que tenía que ejercitarse.

En cambio, no es un argumento absolutamente concluyente afirmar que el silencio administrativo no es un acto en base a la inexistencia de una voluntad administrativa. La voluntad de la Administración puede existir en estos casos y, es más, puede tener un papel decisivo en la formación del silencio administrativo. Según hemos visto, los órganos administrativos competentes pueden haber tramitado una parte significativa del procedimiento pero no haber llegado a concluirlo del todo, e incluso puede darse el caso extremo de haberse dictado la correspondiente resolución pero que la misma no haya sido puesta en conocimiento del interesado a través de los instrumentos pertinentes (notificación o remedios substitutivos de la misma como la publicación).

En estos casos existe voluntad administrativa, si bien la Ley puede tenerla o no en cuenta en relación a los efectos jurídicos que se hayan producido. Normalmente cuando la normativa aplicable prevé el silencio positivo, está substituyendo la voluntad no exteriorizada de la Administración por unas determinadas consecuencias jurídicas, prescindiendo de la actuación administrativa realizada. En otros supuestos, en cambio, la legislación toma especialmente en cuenta la existencia de una voluntad reflejada en el procedimiento en relación a los efectos que genera el silencio administrativo. Así, la normativa puede llegar a prever que los efectos estimatorios o desestimatorios dependan de la existencia de un informe favorable ¹⁶⁷⁷. Cuestión distinta es que alguna jurisprudencia llegue a identificar de forma general el silencio

¹⁶⁷⁷ Vid. al respecto el epígrafe II.6 del capítulo tercero de este trabajo, titulado: "La influencia de los informes y dictámenes en la producción del silencio positivo."

administrativo como una forma de exteriorización de una pretendida voluntad presunta ¹⁶⁷⁸, pues lo que normalmente se tiene en cuenta es el hecho objetivo de la producción de la inactividad ¹⁶⁷⁹.

No estamos por tanto ante un verdadero acto administrativo y ello aunque en el caso del denominado silencio positivo se establezcan efectos legales equivalentes para garantizar la posición del ciudadano. Notése que esta asimilación entre silencio positivo y acto administrativo no es, ni puede ser, total. Es por ello que algún autor ha llegado a hablar de acto administrativo con régimen jurídico peculiar ¹⁶⁸⁰. Cabe no obstante objetar a este posicionamiento que las categorías tienen su utilidad cuando responden a regímenes jurídicos homogéneos, pero cuando las peculiaridades son tantas aquéllas pierden su sentido. En realidad, silencio positivo y acto administrativo se sitúan en una posición alternativa, si bien participan en cuanto régimen jurídico de algunas notas comunes. Esencialmente la misma protección de estabilidad que gozan, por su irrevocabilidad, los actos declarativos de derechos. Si bien, a nuestro entender, tal estabilidad debería buscarse principalmente, como hemos señalado en el capítulo segundo, por la falta de competencia de la Administración al ejercitar sus potestades de limitación.

2.- El silencio administrativo en la clasificación de los actos administrativos

¹⁶⁷⁸ Muestra significativa de ello es la STS de 21 de marzo de 1991 (ref. Ar. 2.522): "[...] acudiendo la Administración demandada a la técnica del "silencio administrativo" reveladora de su voluntad denegadora de la petición formulada por el contratista [...]."

¹⁶⁷⁹ Situación que también se produce en relación a otros mecanismos jurídicos que la legislación establece en relación a la inactividad administrativa. *Vid.* en este sentido a la STS de 18 de febrero de 1995 (ref. Ar. 1.661): "Porque el Instituto de la Prescripción opera por la paralización del procedimiento y la inactividad del órgano competente en el período de investigación y esclarecimiento de los hechos, ya que como puntualiza la STS de 22 de enero de 1990 (ref. Ar. 553), el fundamento de la prescripción no radica en la subjetiva intención o voluntad del órgano administrativo de abdicar o renunciar, siquiera implícitamente, al ejercicio de su derecho de sancionar, sino en la objetiva inactividad del mismo."

¹⁶⁸⁰ *Vid.* BOQUERA OLIVER, José María: "La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Ed.): *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) I (Consideraciones generales. El procedimiento administrativo)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 600, donde se encuentra el expresivo epígrafe "La denegación presunta es un acto administrativo con un régimen jurídico peculiar".

2.1.- La distinción entre acto presunto, acto ficticio, acto tácito y acto implícito

Entre las cuestiones que más han preocupado a los autores al estudiar el silencio administrativo dentro de la teoría del acto, ha sido precisamente el determinar ante qué tipo o clase de acto nos encontramos. Para ello se han utilizado terminologías de lo más diverso como acto presunto, acto ficticio, acto tácito y acto implícito. Tales conceptos han sido utilizados en muchas ocasiones de forma indistinta, sin el debido rigor, introduciendo un factor de confusión entre figuras afines, provocando de esta forma una mayor e innecesaria oscuridad. En otras circunstancias cuando se ha querido encuadrar con precisión el silencio administrativo dentro de las categorías de acto anteriormente descritas, ello ha llevado a debates doctrinales que, en ocasiones, resultan meramente estériles y cuando no meramente eruditos. Se impone, por consiguiente, una depuración de los conceptos utilizados para saber si alguno de ellos sería aplicable al instituto que venimos analizando y si éste comporta unas consecuencias jurídicas dignas de relieve.

2.1.1.- La utilidad de la dicotomía presunción-ficción en relación al silencio administrativo

El silencio administrativo, particularmente el negativo, se concibe desde sus orígenes como una ficción legal, según da testimonio la literatura jurídica de finales del XIX y principios del XX. Así podemos encontrar esta construcción en la obra de LAFERRIÈRE ¹⁶⁸¹, siendo recogida también por ORLANDO ¹⁶⁸², TOMASSONE ¹⁶⁸³ y FORTI ¹⁶⁸⁴. De estos

¹⁶⁸¹ Vid. LAFERRIÈRE, E.: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Ed. Berger-Levrault et Cie, Libraires-Éditeurs, Paris-Nancy, 1896, p. 429: "Cette conciliation ne peut résulter que de dispositions législatives assimilant, par une fiction légale, le silence de l'administration à une décision de rejet, et permettant de recourir contre cette décision supposée comme contre une décision véritable."

¹⁶⁸² Vid. ORLANDO, V.E.: "La giustizia amministrativa" en ORLANDO, V.E: *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milán, 1901, cuando en la p. 932 señala: "In altri termini, come fu giustamente osservato, si verifica una *fictio legis* che assimila il silenzio del ministro, oltre un determinato periodo, a un provvedimento di rigetto."

¹⁶⁸³ Vid. de este autor "Del provvedimento definitivo" en *Rivista di diritto pubblico*, 1912, II, p. 468.

autores podemos ver como el silencio se construye como ficción a los efectos de dar jurisdicción ¹⁶⁸⁵. Debe observarse, a estos efectos, que el estudio del silencio administrativo aparece, en aquellos momentos, en los tratados y monografías en la parte dedicada al estudio de la justicia administrativa.

Será la doctrina italiana del primer tercio de nuestro siglo quien pone más énfasis en la naturaleza jurídica del silencio como presunción con unas finalidades muy claras. Recuérdese, según ya hemos tenido oportunidad de aludir, que a diferencia del ordenamiento francés donde encontramos tempranamente disposiciones normativas que consagran ya el silencio administrativo con carácter general en 1900, en Italia la construcción del silencio es esencialmente pretoriana forjada de la mano de la IV Sección del *Consiglio di Stato* a través de su famosa decisión en el "caso Longo" de 22 de agosto de 1902. La configuración del silencio administrativo como *fictio* exigía su previa determinación legislativa ¹⁶⁸⁶, por lo cual limitaba la vigencia del silencio a los casos en que expresamente estaba contemplada tal posibilidad ¹⁶⁸⁷. Así lo puso singularmente de relieve uno de los constructores del Derecho administrativo italiano, Vittorio Emmanuelle ORLANDO, quien observa precisamente como en Francia la jurisprudencia aplica el silencio administrativo a aquellos supuestos en que el

¹⁶⁸⁴ Vid. de este autor "Il "silenzio" della pubblica amministrazione..." *op. cit.* p. 137: "Sostanzialmente, questa presunzione può costituire o meno una *finzione* ; formalmente è senza dubbio una *fictio* , perchè, secondo il classico procedimento tecnico romano, si equipara, agli effetti della procedibilità, al caso dell'avvenuto deposito del provvedimento impugnato quello in cui il deposito non vi fu nè poteva esservi per la mancanza di ogni provvedimento."

¹⁶⁸⁵ "Ficción en el antiguo derecho romano, *fictio* , es un término procesal para designar una designación falsa del demandante contra la cual no puede excepcionar el demandado; como por ejemplo, cuando se dice que el demandante, extranjero en realidad, es ciudadano romano. El fin de estas ficciones era dar jurisdicción [...]" Vid. MAINE, Henry Sumner: *El Derecho antiguo (Parte general)* , Ed. Civitas, 1993, p. 29, reedición facsímil de 1893.

¹⁶⁸⁶ Vid. ORLANDO, V.E.: "La Giustizia amministrativa"... *op. cit.* p. 932: "Ora, senza legge, non sono possibili le finzioni di legge. Del che la stessa giurisprudenza francese fa le sue applicazioni, non estendendo quella disposizione al di là dei casi e dei modi in essa tassativamente determinati [...]"

¹⁶⁸⁷ Así el profesor Gaetano SCOCA advierte que: "Partiendo del presupuesto que sin Ley no son posibles ficciones de ley (ORLANDO, TOMMASONE) la doctrina estaba constreñida a limitar la configuración del silencio a la sola hipótesis en que a través de una norma expresa se establecía, a través de una *fictio* , el significado." Vid. de este autor *Il silenzio della... op. cit.* p. 58, nota 63.

ministro decide en su cualidad de superior jerárquico, pero no cuando lo hace en virtud de su propia y directa competencia. Precisamente por esta razón se acabará dictando la Ley de 17 de julio de 1900 para que el silencio pueda extenderse en todos estos actos, al exigirse el acto previo para acceder a la jurisdicción. Por este motivo y ante la inexistencia de una legislación similar la dogmática italiana, a través de la presunción *iuris tantum*, intentará obviar el obstáculo de la previa determinación normativa para la aplicación de la técnica del silencio administrativo ¹⁶⁸⁸.

En el caso español, en cambio, la jurisprudencia entendió de forma más rigurosa, en claro contraste con la solución italiana, que no cabía a través de una presunción judicial sustituir o suplir la existencia de un presupuesto procesal, como era el acto administrativo, para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa ¹⁶⁸⁹. Se consideraba que era necesario que el legislador estableciera expresamente tal posibilidad ¹⁶⁹⁰, ello pese a que la doctrina inspirándose en la solución italiana reivindicara la aplicación del silencio por la jurisprudencia, aunque no existiera en el ámbito material concreto tal cobertura normativa ¹⁶⁹¹. La nula receptividad por parte de la jurisprudencia respecto a estas reivindicaciones

¹⁶⁸⁸ El mismo Gaetano SCOCA señala en este sentido: "Todavía la tesis de la presunción simple tiene una justificación al menos sobre el plano de la historia del pensamiento. Con la misma se quería declaradamente obviar el gravísimo obstáculo de considerar en vía general el silencio administrativo bajo la especie de resolución (*provvedimento*) presunto (*iuris et de jure*). Porque para que pueda fundarse una presunción absoluta es estrictamente necesario que sea la ley quien la configure [...]" *Vid. Il silenzio... op. cit.* p. 61 nota 65.

¹⁶⁸⁹ *Vid.* BOQUERA OLIVER, José María: *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 254.

¹⁶⁹⁰ Un botón de muestra de esta tendencia lo constituye la STS de 29 de septiembre de 1951 (ref. Ar. 2.071): "[...] no queda negado tácitamente tal recurso sólo por transcurrir el referido plazo sin ser resuelto, pues no contiene el Reglamento citado (de 10 de marzo de 1881 para la aplicación de la expropiación forzosa al ramo de la guerra) precepto alguno que así lo establezca y la teoría del silencio administrativo no debe aplicarse sin estar admitida de forma expresa." En cambio no fue tan rigurosa respecto al rango normativo necesario para que el silencio fuera equivalente al acto administrativo a los efectos de acceder a la jurisdicción, según exigía su Ley reguladora. Piénsese que con anterioridad a la LPA de 1958, los supuestos de silencio administrativo se introducen mayoritariamente a través de disposiciones reglamentarias.

¹⁶⁹¹ Así, por ejemplo, el profesor Nicolás PÉREZ SERRANO concluía su trabajo sobre el silencio administrativo (después de citar una monografía de Umberto BORSI donde se aludía a la aplicación jurisprudencial del silencio) de la siguiente forma: "La solución que me atrevo a pedir, que todos desearíamos, sería, por tanto, la de que habiendo logrado ya un instrumento de fina percepción, como es nuestra jurisdicción contencioso-administrativa; habiendo producido ésta numerosas sentencias de tipo certero, de justicia absoluta,

doctrinales y la generalización normativa del silencio, diluirá bien pronto la distinción entre ambas figuras, de tal modo que ambas son utilizadas indistintamente por los autores con un contenido prácticamente idéntico ¹⁶⁹².

La doctrina española retomará, en cambio, el concepto *fictio legis* desde otra problemática distinta al de la cobertura normativa o no de la institución. Pero adviértase bien, curiosamente la reivindicación del silencio negativo como ficción legal no se hace en oposición a la presunción. En nuestro ordenamiento jurídico la noción de ficción legal se utilizará esencialmente para distinguir la diversa naturaleza entre el silencio positivo y el silencio negativo, negando a éste último que estuviéramos ante un acto administrativo. De esta forma, se advierte que el "silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa ¹⁶⁹³." Se pretende claramente evitar los efectos de la posible firmeza que pudiera generar el "acto" por transcurrir los plazos legalmente establecidos sin acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Curiosamente, la LRJPAC ha procedido a estimular de nuevo un tratamiento conjunto de los dos silencios bajo la rúbrica de "acto presunto".

prescindiera de una cierta timidez, tuviera mayor ardimiento, una mayor arrogancia, una mayor acometividad, y saliera al paso de estos desmanes de la vida administrativa, sobre todo en las esferas locales, dando un auténtico contenido a la teoría del silencio administrativo, porque, a mi juicio, cabe además, construirlo jurídicamente." *Vid.* de aquél autor "El silencio administrativo..." *op. cit.* pp. 22-23. Recuérdese que PÉREZ SERRANO es también autor de la obra *Las ficciones en el Derecho constitucional. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Ed. Viuda de Galo Sánchez, Madrid, 1948.

¹⁶⁹² Muestra de ello es que el profesor Fernando GARRIDO FALLA en 1955 considera que "[...] el silencio administrativo debe entenderse pura y simplemente como una presunción legal, un caso de ficción legal." *Vid.* de este autor "La llamada doctrina..." *op. cit.* p. 92. Para el profesor José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS el acto presunto es una técnica que "no es más que una ficción legal que asume la categoría de presunción". *Vid. Los actos administrativos*, 2ª ed. actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 168.

¹⁶⁹³ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "Sobre silencio administrativo..." *op. cit.* pp. 211-212. Este autor como hemos visto niega, entre otras razones, el carácter de acto administrativo del silencio negativo en base a que no hay una declaración de voluntad. Ahora bien, debe señalarse, no obstante, que este argumento no es concluyente desde el concepto de acto administrativo asumido por el mismo autor, pues recuérdese que el mismo adopta la noción de ZANOBINI según la cual el acto no se ciñe exclusivamente a declaraciones de voluntad.

Hoy el debate entre presunción y ficción ha perdido incluso su sentido en el país (Italia) donde más fuertemente se desarrolló, pues en la actualidad la legislación como consecuencia de las exigencias de una tutela judicial efectiva viene estableciendo los silencios administrativos, tanto el negativo como el positivo, de forma generalizada frente a la inactividad de la Administración. Es más, según hemos visto ha habido alguna pretensión incluso de trasladar esta garantía de forma expresa al ámbito normativo más elevado, esto es a normas constitucionales ¹⁶⁹⁴.

La utilización de la expresión acto presunto parece ser la que se impone con más fuerza, hasta tal punto que ha llegado a consagrarse en la más reciente legislación, como es la LRJPAC, norma cabecera de un grupo normativo que viene utilizado, de forma lógica, las mismas expresiones conceptuales. A pesar de ello, hay ciertos autores que han rechazado con vigor la calificación de acto presunto. Entre éstos debe destacarse singularmente a GONZÁLEZ NAVARRO ¹⁶⁹⁵ que defiende su carácter de ficción y no de presunción legal, apoyándose en un trabajo de PANIZO ORALLO ¹⁶⁹⁶. Los argumentos esgrimidos por aquel autor pueden resumirse como siguen:

- La ficción recae *in re certa* (cosa cierta). En el caso del silencio el hecho cierto es que la Administración no cumple el deber que tiene de dar respuesta a la petición que se le ha formulado.
- Cuando el derecho finge algo es porque este algo es posible. En el silencio se finge algo posible como es que la Administración dicte actos administrativos.

¹⁶⁹⁴ Recuérdese el Proyecto CASSESE de reforma constitucional al que hemos aludido en el capítulo primero de este trabajo.

¹⁶⁹⁵ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico de las Administraciones...* op. cit., pp. 564-566.

¹⁶⁹⁶ Vid. de este autor *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1975, especialmente pp. 395-399. Debe decirse que los requisitos que utiliza GONZÁLEZ NAVARRO como propios de la ficción son los teorizados por los post-glosadores, singularmente por Bártolo de SASSOFERRATO. No obstante como señala el propio PANIZO "el contenido de la palabra ficción deberá deducirse del entorno histórico en que la palabra se utiliza y teniendo en cuenta la técnica de construcción jurídica empleada en el momento." Vid. de este autor *Persona jurídica y ficción...* op. cit. p. 420.

- La ficción afirma como realidad algo que no lo es. Respecto al silencio se finge que la Administración ha cumplido su deber de resolver.
- La verdad jurídica establecida por la ficción despliega su eficacia del mismo modo que la desplegaría la verdad natural. El silencio despliega también la misma eficacia que el acto administrativo en el sentido que el solicitante ¹⁶⁹⁷ puede considerar estimada su pretensión (silencio positivo) o bien combatir procesalmente la negativa a su petición (silencio negativo).
- La ficción responde a imperativos de justicia y de equidad y, por eso, es jurídica. Lo mismo sucede en el silencio, es un artificio creado para proteger al particular.

Con todo entendemos que deben relativizarse los argumentos expuestos. Así debe decirse que el silencio no finge que se ha cumplido el deber de resolver, o al menos ello se finge parcialmente, por cuanto el silencio es precisamente el resultado del incumplimiento de este deber. El ordenamiento es plenamente consciente que se produce una ilegalidad administrativa y ante ésta reacciona, al menos sobre el papel, estableciendo los correspondientes mecanismos de responsabilidad. Por tanto más que fingir una realidad lo que hace es, sobre todo, establecer un mecanismo alternativo para el particular en los casos de silencio administrativo. Tampoco puede afirmarse que el silencio despliegue su eficacia del mismo modo que lo haría un acto administrativo expreso. Ello es sólo una verdad a medias por cuanto el silencio supone por lo general una disminución de las garantías de seguridad que tiene, en cambio, un acto administrativo que como regla general es escrito ¹⁶⁹⁸ y que ha sido dictado conscientemente por un órgano administrativo. El silencio administrativo, en cambio, plantea mayores problemas de interpretación y de acreditación, los cuales sólo son paliados parcialmente por la certificación de acto presunto en aquellos

¹⁶⁹⁷ El profesor GONZÁLEZ NAVARRO habla de "interesado" en vez de "solicitante", pero hay que tener en cuenta la posible existencia de otros interesados, los cuales no verían estimada su pretensión, sino que podrían verse perjudicados o afectados por el silencio positivo y, por tanto, su pretensión sería de carácter impugnatorio respecto a los efectos producidos por el silencio positivo.

¹⁶⁹⁸ Como es sabido el art. 55.1 de la LRJPAC establece como mandato a la Administración que los "actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia." Vemos, por tanto, como incluso con independencia de la forma de expresión del acto, la legislación busca que quede asegurada su constancia.

casos en que ésta se expida. Asimismo, sorprende que se utilice la categoría de ficción o de acto ficticio para referirse al nuevo régimen del silencio administrativo regulado por la LRJPAC, en el cual según veremos parece que hay un retorno a la teoría del acto consentido al unificarse en gran medida la naturaleza jurídica del silencio negativo y del silencio positivo. Hay que tener en cuenta, como ya hemos señalado, que la doctrina de la ficción fue utilizada por la doctrina española, precisamente, para evitar los efectos nocivos que podía producir la aplicación al silencio negativo los mismos plazos de impugnación que al acto administrativo.

Recientemente, entre los autores españoles, ha sido BOQUERA OLIVER quien viene negando para el silencio administrativo negativo su consideración como ficción legal. Según este autor ha sido la obligación de resolver quien "ha llevado al equívoco de considerar que la denegación presunta es un artificio legal" ¹⁶⁹⁹. Y argumenta que si el silencio administrativo fuera una ficción, también lo serían sus consecuencias. Sin embargo, según el mismo autor, las denegaciones presuntas pueden lesionar o favorecer de forma efectiva derechos e intereses legítimos, por lo que tales consecuencias difícilmente pueden encuadrarse en la categoría jurídica de las ficciones. El silencio administrativo negativo como ficción jurídica es una construcción que permite evitar la firmeza por el transcurso del tiempo sin que el particular recurra. En realidad, según este autor, "los actos presuntos no recurridos dentro del plazo alcanzan firmeza, pero, según el Derecho positivo español, pueden ser revocados mediante resoluciones expresas."

Debe señalarse que algunos autores han argumentado que estamos ante una presunción legal y no ante una ficción tal como antes se ha defendido. En este sentido debe destacarse a M. STASSINOPOULOS quien mantiene que "*Le refus tacite est une présomption et non une*

¹⁶⁹⁹ Vid. de este autor "La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Ed.): *La protección jurídica del ciudadano. Libro homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 604.

fiction"¹⁷⁰⁰. Para este autor, si bien la discusión entre ficción legal y presunción tiene un alcance meramente teórico, advierte que la ficción es una situación imaginaria que se encuentra en contradicción con la realidad. Todo al contrario, la presunción legal es un elemento autónomo introducido por la Ley independientemente de la realidad.

El mecanismo de la presunción consiste básicamente, según ya hemos tenido oportunidad de señalar en un trabajo anterior¹⁷⁰¹, en aquella operación que realiza el legislador o el juez ante la imposibilidad de probar una determinada afirmación, que consiste en establecer una conexión lógica entre ésta y otra afirmación distinta que puede probarse, a los efectos de aplicar las consecuencias jurídicas que se derivarían de la primera afirmación. Por tanto, entre los requisitos necesarios para hablar de una presunción en sentido técnico deben existir dos afirmaciones distintas que están relacionadas por un nexo causal. La norma que establece la presunción, en realidad, cambia el supuesto de hecho al que se adscribe una consecuencia jurídica por otro distinto que tiene una determinada relación con aquél.

Cabe decir, de entrada, que no estamos ante una situación de dificultad de probar un hecho, ante la cual acudimos a otro hecho distinto, si bien conectado lógicamente con el anterior, que sí podemos probar a los efectos de aplicarles las mismas consecuencias jurídicas. En realidad en el caso del silencio sabemos perfectamente que ha existido una ausencia de actividad administrativa con efectos suspensivos durante el transcurso de un determinado plazo. Por tanto, no es que no podamos probar un determinado hecho, sino que éste no se ha producido. Debe señalarse, además, que al silencio administrativo no se le aplican, en todo caso, las mismas consecuencias jurídicas que se aplicarían al acto administrativo. En efecto, si bien ambas instituciones participan de ciertas notas comunes pueden producir distintas consecuencias jurídicas: en un caso la Administración habrá cumplido su deber de resolver y, por tanto, excluirá cualquier tipo de responsabilidad por este motivo, mientras

¹⁷⁰⁰ Vid. STASSINOPOULOS, Michel: *Traité des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, Atenas, 1954, pp. 83 y 84. Este autor es citado por Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *El silencio administrativo en el Derecho español... op. cit. p. 89, nota 77.*

¹⁷⁰¹ Vid. AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: *La presunción de certeza... op. cit. pp. 142-148.*

que en el otro se habrá producido una ilegalidad que, eventualmente, podrá dar lugar a que se pongan en marcha los correspondientes mecanismos de responsabilidad, ya sea patrimonial ya sea disciplinaria.

Llegados a este punto cabe preguntarse sobre la utilidad de la distinción teórica entre ficción y presunción en relación a la naturaleza jurídica del silencio administrativo. En realidad cabe advertir que nos encontramos ante una polémica que surge en un momento y en unas circunstancias concretas que explican la preocupación de los autores sobre el tema, pero que en la actualidad ha perdido, según hemos visto, su sentido originario. A nuestro entender, si bien los conceptos de presunción y de ficción han tenido en el ámbito del silencio administrativo una utilidad innegable, especialmente en determinados momentos históricos, debe reconsiderarse a la luz de lo expuesto, la necesidad de que la doctrina continúe entreteniéndose e insistiendo en su depuración conceptual.

Así tal debate debería considerarse superado en la medida que el silencio negativo debería considerarse como un presupuesto procesal más, junto al acto administrativo, que exige la legislación para acceder a la jurisdicción en los casos de inactividad jurídico-formal. Por su parte, en lo que respecta al silencio positivo estamos ante una situación fáctica y jurídica surgida tras un procedimiento administrativo, donde se vienen a establecer algunos efectos equivalentes a los que generaría la existencia de un acto administrativo expreso. Particularmente, el efecto fundamental que el silencio positivo toma del acto administrativo es el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos. Desde esta concepción se pueden seleccionar los efectos que realmente garantizan al particular su posición ante la Administración pública, sin necesidad de acudir por otra parte a la dogmática del acto en bloque, por lo demás muchas veces de escasa utilidad.

2.1.2.- La distinción entre el silencio administrativo y los actos tácitos e implícitos. La problemática de la tolerancia administrativa

Con relación al acto tácito puede advertirse como en la actualidad, a pesar de alguna

tendencia aislada ¹⁷⁰², existe un amplio consenso entre los autores al diferenciarlo del silencio administrativo. La delimitación entre ambos conceptos fue una de las clásicas discusiones doctrinales mantenidas en el ámbito del Derecho privado y que posteriormente se trasladó al Derecho administrativo. Con todo debe advertirse que la jurisprudencia contencioso-administrativo aplicó ya desde sus mismos orígenes la noción de acto tácito a supuestos no reconducibles a lo que hoy conocemos como silencio administrativo, sino a actitudes de tolerancia o aquiescencia respecto determinadas actuaciones ¹⁷⁰³.

Sin embargo, no será hasta principios de nuestro siglo cuando la doctrina empieza a preocuparse por distinguir con claridad ambos conceptos. Fundamentalmente serán los autores italianos, quien introducirán tal construcción jurídica de la mano de VALLÉS en su monografía aparecida en 1917, si bien consideraba al silencio administrativo como una subespecie de las declaraciones tácitas de voluntad ¹⁷⁰⁴. Un tratamiento más completo sobre las declaraciones tácitas de voluntad debe atribuirse, no obstante, a la obra de FRAGOLA publicada en 1938 donde advierte, desde sus inicios, que el análisis que realiza no tiene por objeto el silencio, sino "las acciones, los comportamientos materiales e unívocos del sujeto,

¹⁷⁰² En este sentido Ugo FORTI señalaba que: "Una forma speciale di dichiarazione tacita è quella risultante dal silenzio." Vid. de este autor *Diritto amministrativo. Parte generale, vol. II, 4ª edición, Ed. Eugenio Jovene, Nápoles, 1945, p. 158*. Más recientemente vid. ALEGRE AVILA, Juan Manuel: "Silencio administrativo positivo y potestad..." *op. cit.* p. 18: "El fundamento de esta peculiar configuración del silencio positivo fue apuntado con anterioridad: estamos en presencia de un verdadero acto tácito o implícito [...]." También vid. PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Manual de Derecho...* *op. cit.* quienes definen en la p. 564 a los "actos tácitos o presuntos" como aquellos "en los que la declaración administrativa no se exterioriza formalmente, sino que se presume, a partir de determinados hechos concluyentes, de una actitud o un comportamiento determinados de la Administración concretamente de su inactividad, es decir, del llamado silencio administrativo, al que se da - según los casos - un sentido positivo o negativo y que ya hemos estudiado al tratar del procedimiento administrativo."

¹⁷⁰³ En este sentido cabe destacar la Decisión ¹⁷⁰³ de 3 de enero de 1849 (*Colección Legislativa* t. 46, n. 11) sobre la monda de la acequia de Albudeite: "Que la circunstancia de haberse ejecutado este acto en la parte que se refiere al presente conflicto, fuera de la jurisdicción municipal del Alcalde de la expresada villa, no le desnaturaliza convirtiéndole en acto ejecutado entre particulares, porque la costumbre inmemorial, indicada por el Jefe político y no negada directamente por el Juez de Mula, de encargarse la dirección de dicha monda al referido Alcalde, *envuelve a favor de éste, en la aquiescencia del Alcalde local, una autorización tácita, en cuya virtud el dicho acto, a todas luces administrativo, dentro del término de Albudeite, continúa siéndolo fuera de él [...]* (la cursiva es nuestra)."

¹⁷⁰⁴ Vid. VALLÉS, Arnaldo de: *La validità degli...* *op. cit.* pp. 246-259.

como otra forma de declaración tácita de voluntad ¹⁷⁰⁵."

El interés creciente por los actos tácitos en la doctrina italiana de los años '30, del cual es testimonio claro la monografía de FRAGOLA, hay que contextualizarlo precisamente en la situación política y social que está viviendo en esos momentos Italia. La existencia en esos momentos de un Estado administrativo de corte esencialmente autoritario favorecerá la flexibilización de las formas de actuación administrativa, multiplicándose las actuaciones materiales. La proliferación de las mismas comportará que los autores se dediquen a las mismas como objeto de análisis científico.

En la doctrina española es FERNÁNDEZ DE VELASCO quien recogiendo los precedentes italianos establece, por vez primera, "una cierta catalogación de los actos tácitos en el ordenamiento español" ¹⁷⁰⁶ definiéndolos de la siguiente manera: "Hay acto tácito cuando la declaración viene sustituida de hecho por una ejecución que expresa, como hemos dicho, aquiescencia o repulsa." Es un concepto "opuesto a la abstención, toda vez que envuelve actividad", si bien se parece a la abstención como hecho y al silencio en cuanto no envuelve una declaración formal. Es más, este autor denuncia el hecho que el art. 223 del Estatuto provincial emplea inadecuadamente el término beneplácito tácito, cuando en realidad es un caso de silencio ¹⁷⁰⁷. Hacia los años '40 son ya varios autores los que retoman la distinción ¹⁷⁰⁸, hasta el punto que es recogida por algunas resoluciones de la denominada jurisdicción

¹⁷⁰⁵ Vid. FRAGOLA, Umberto: *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione*, Ed. Eugenio Jovene, Nápoles, 1938.

¹⁷⁰⁶ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón: "Actos tácitos y actividad autorizante" en *REDA* 4, enero-marzo 1975, pp. 17-28.

¹⁷⁰⁷ Vid. de este autor *El acto administrativo... op. cit.* pp. 211-213. La cita que realiza MARTÍN MATEO (vid. nota anterior) alude a una obra posterior: *Resumen de Derecho Administrativo de Ciencia de la Administración*, Barcelona, 1930, pp. 193 y ss. En una anterior edición de esta última obra (1922) todavía FERNÁNDEZ DE VELASCO no se había pronunciado sobre este tema.

¹⁷⁰⁸ Vid. ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ-CAVADA, Segismundo: *Elementos de Derecho administrativo I*, Valladolid, 1943, p. 98; BALLBÉ PRUNES, Manuel: "Naturaleza jurídica de los actos emanados en virtud de la doctrina del silencio administrativo (Sentencia de 14 de octubre de 1942)" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1944, pp. 566-568.

de agravios ¹⁷⁰⁹. La doctrina por lo demás tratará incidentalmente la cuestión al referirse a las desafectaciones tácitas del dominio público. De esta forma se señaló como un ejemplo de distinción entre acto expreso, tácito y presunto: el art. 8 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 (BOE 195, de 14 de julio de 1955) en relación al cambio de afectación de bienes demaniales ¹⁷¹⁰:

"3. No será necesario expediente de calificación jurídica cuando la alteración derivase expresa o *implícitamente* de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas en los dos párrafos anteriores [...]

4. *Se entenderá*, además, producida la afectación de bienes a un uso o servicio público o comunal, *sin necesidad de acto formal*, cuando:

a) la Entidad adquiriera por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal, o

b) se utilizaren durante veinticinco años bienes de propios en uso o servicio público o comunal, o siendo bienes comunales, durante el mismo período de tiempo fueren objeto de uso o servicios públicos."

Debe señalarse que en todos los casos a los que se refiere la norma precedente nos encontramos ante diversas manifestaciones de actividad que poco tienen que ver con una situación de pasividad donde se produzca el silencio administrativo. En efecto, en unos casos

¹⁷⁰⁹ La jurisdicción de agravios a través de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 25 de octubre de 1951 (BOE de 7 de noviembre de 1951) señala que el silencio administrativo "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 de valor, aquiescencia o repulsa." Algún autor extranjero ha confundido la naturaleza de esta resolución y ha llegado a señalar que la legislación española, a diferencia de la de otros países, disponía de una definición normativa de acto administrativo implícito. *Vid.* TUCCI, Massimo A.: *L'atto amministrativo implicito. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Ed. Giuffrè, Milán, 1990, p. 13.

¹⁷¹⁰ Este ejemplo ya es citado en las primeras ediciones de GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1974. También en ARCENEGUI, Isidro E. de: "Modalidades de acto administrativo" en *RAP* 84, septiembre-diciembre 1977, p. 16.

se dicta un acto administrativo en donde se declara expresamente la afectación o bien ésta puede deducirse implícitamente del contenido del acto. Por lo que se refiere a los restantes casos contemplados en el precepto transcrito, la Administración no dicta un acto administrativo pero realiza materialmente la actividad de servicio público por lo que "se entenderá" producida la afectación. Este último caso más que un acto presunto, tal como lo ha identificado la doctrina, constituye un supuesto de *facta concludentia*. Es decir, nos encontramos ante una situación fáctica producida por una actividad administrativa de la cual pueden inferirse racionalmente unas determinadas consecuencias jurídicas. Estamos, en definitiva, ante lo que estrictamente podría definirse como acto tácito.

El tema del acto tácito volverá a ser objeto de atención por nuestra doctrina hacia mitades de los años '70, cuando encontramos el importante trabajo monográfico del profesor MARTÍN MATEO ¹⁷¹¹. El análisis efectuado parte esencialmente del estudio del fenómeno de la interdependencia de licencias ¹⁷¹². En efecto, el art. 22.3 del RSCL de 1955 establece que "no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de actividades" ¹⁷¹³. En estos casos, los tribunales habían venido reconociendo que otorgada la licencia de obras sin haberse autorizado expresamente la actividad a realizar, existía un acto tácito que no cabía desconocer, sino que para erradicarlo debe procederse de acuerdo con el art. 16.3

¹⁷¹¹ Vid. "Actos tácitos..." *op. cit.*

¹⁷¹² El reconocimiento de actos implícitos en los casos de interdependencia de autorizaciones viene a recoger una doctrina ya sentada por una Decisión de 10 de octubre de 1935 por el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia, según nos cuenta FORSTHOFF (*Tratado... op. cit.* pp. 303-304). En este caso el alcalde de una ciudad, que había concedido una autorización solicitada para instalar un depósito de gasolina, ordenó a la propietaria la clausura de la actividad por faltar dos autorizaciones más que exigían la normativa de protección del comercio y la de limitación de la red de puestos de trabajo, de las que el propio alcalde era la autoridad competente para resolver. FORSTHOFF comentando esta decisión, en la que se reconocía la existencia de un acto tácito, advertía la necesidad de que concurrieran unas circunstancias determinadas, como es la reunión en una sola mano de las competencias de autorización, tanto la formulada explícitamente como las que se infieren de la misma de forma implícita.

¹⁷¹³ En la actualidad el art. 77.4 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio (DOGC 2.066, de 23 de junio de 1995) establece que: "En ningún caso no se ha de otorgar la licencia de obras sin la concesión previa o simultánea de la referente a la actividad."

del mismo RSCL, si bien en estos casos es necesario indemnizar ¹⁷¹⁴. Esta indemnización tiene un contenido nítidamente expropiatorio, aunque por cauces distintos a los que fija la legislación de expropiación forzosa, según ha advertido la doctrina más autorizada ¹⁷¹⁵. No obstante, creemos que la indemnización cuando se infringe el mandato del art. 22.3 del RSCL no debe buscarse tanto en la revocación de un acto administrativo tácito o implícito, sino esencialmente en el instituto de la responsabilidad patrimonial ¹⁷¹⁶. Se advierte, en este sentido, que el encadenamiento temporal de ambas autorizaciones responde a una finalidad "de evitar el gasto innecesario de una construcción en la que no va a resultar posible la actividad que se pretende ¹⁷¹⁷."

La distinción dogmática en nuestro país entre los institutos de la responsabilidad administrativa y la expropiación forzosa trae causa en la apasionante polémica mantenida por dos grandes maestros, los profesores Fernando GARRIDO FALLA ¹⁷¹⁸ y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ¹⁷¹⁹, en los años '50 sobre la teoría de la indemnización en Derecho administrativo. Muy sintéticamente, puede señalarse que para el primero la teoría

¹⁷¹⁴ Vid. al respecto la STS de 6 de abril de 1961.

¹⁷¹⁵ Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael: "Las licencias..." *op. cit.* p. 676. y "La competencia en materia urbanística" en *RJC*, octubre-diciembre 1963, p. 16.

¹⁷¹⁶ En este sentido consideramos acertados los considerandos de la STS de 16 de mayo de 1990 (ref. Ar. 10.025): "[...] el otorgamiento anticipado de la licencia de obras para un edificio que, con arreglo al proyecto presentado va ser destinado específicamente a establecimiento de características determinadas, no conlleva el necesario otorgamiento de la licencia de apertura, siendo posible negar ésta una vez levantado el edificio, toda vez que es la licencia de apertura la que vincula la licencia de obras, y no viceversa; sin embargo, como señala el informe del Servicio Contencioso del Ayuntamiento de Madrid (folio 37 del expediente administrativo), de que la Administración Municipal venga obligada a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por un funcionamiento anormal, al haber incumplido lo preceptuado por el citado art. 22.3 del RSCL [...]."

¹⁷¹⁷ Vid. la STS de 18 de junio de 1990.

¹⁷¹⁸ Vid. de este autor "La teoría de la indemnización en Derecho público" en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Ed. IEAL, Madrid, 1952, pp. 411-413. Este autor se basa en el momento de construir su teoría en la doctrina alemana e italiana, fundamentalmente en los trabajos de FLEINER: *Instituciones de Derecho administrativo*, trad. española, pp. 238 y ss.; y Renato ALESSI: *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, 1939.

¹⁷¹⁹ Vid. de este autor *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración*, Ed. IEP, 1956, especialmente pp. 165-179.

de la responsabilidad carece de autonomía respecto al Derecho civil, mientras que la indemnización es una categoría que es consecuencia de las propias peculiaridades del Derecho administrativo en la búsqueda del equilibrio entre potestades administrativas y derechos de los particulares. De esta forma, la responsabilidad "surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración pública sin título jurídico para ello; en cambio, la teoría de la indemnización tiene su lugar en el campo de la actividad administrativa lícita". En cambio, para el segundo autor debe negarse la pretendida originalidad o autonomía del Derecho administrativo respecto a la teoría de la indemnización. Debe referirse, según ha puesto significativamente de relieve el profesor Alejandro NIETO GARCÍA ¹⁷²⁰ que ambas tesis se construyen desde realidades normativas distintas, como pone de relieve la fecha de sus respectivos trabajos, pues entre uno y otro se promulgan la vigente Ley de expropiación forzosa (1954) y la ya derogada Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado (1957).

Probablemente ambas tesis, desde las premisas que parten, tengan razón. Lo que sí nos aporta este debate es mayores elementos para diferenciar dos figuras que son ciertamente distintas. Cabe decir, ante todo, que las dos instituciones comparten una misma finalidad (la de garantizar derechos e intereses patrimoniales de los particulares) y también comparten una misma consecuencia jurídica (el deber de indemnizar al particular). Sin embargo debe advertirse inmediatamente que ambas instituciones parten de un origen distinto: en el caso de la responsabilidad ésta es fruto de un hecho jurídico que normalmente no es querido por la Administración; en cambio, por lo que respecta a la expropiación tiene su origen en un negocio jurídico asumido conscientemente por la Administración. Además la consecuencia jurídica común (el deber de indemnizar) nace en un momento distinto: para la expropiación surge antes que se haya consumado, mientras que en la responsabilidad es necesario que se haya producido un daño y, por tanto, es posterior al mismo ¹⁷²¹.

¹⁷²⁰ Vid. de este autor la voz "Indemnización" en *NEJ* pp. 209-213.

¹⁷²¹ Por todos *vid.* LEGUINA VILLA, Jesús: "La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 396.

En el caso que nos ocupa se produce, en definitiva, la infracción de un precepto legal, el art. 22.3 del RSCL, al cual deben anudarse consecuencias jurídicas para hacer efectivo el mandato que en él se contiene ¹⁷²². Ahora bien, estas consecuencias jurídicas no pasan necesariamente por deducir implícitamente en la licencia de obras el otorgamiento simultáneo de una licencia de actividades. Si bien la existencia de la licencia podrá deducirse a través de los medios de prueba pertinentes ¹⁷²³, no cabe concluir necesariamente que la infracción de un precepto genera automáticamente un acto implícito, máxime cuando la legislación no prevé tal consecuencia jurídica ¹⁷²⁴. Por tanto, las posibles indemnizaciones que se derivarían no son el fruto de un negocio jurídico de contenido expropiatorio dirigido a una privación singular de los eventuales derechos derivados de un acto. Estamos, en realidad, ante un posible daño producido por el otorgamiento de una licencia con vicios de invalidez. La Administración al eliminar el acto, a través de los procedimientos anulatorios pertinentes deberá indemnizar en el caso de que se haya producido algún daño y si concurren los demás presupuestos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial.

Según advierte GARCÍA DE ENTERRÍA ¹⁷²⁵ el ámbito de los actos tácitos se constriñe bien al ámbito orgánico o interno, bien al de reconocimiento de derechos o beneficios para

¹⁷²² Así, por ejemplo, en la STS de 14 de diciembre de 1990 (ref. Ar. 10.489) una Junta de compensación obtuvo la nulidad de una licencia de obras otorgada por la Gerencia de Urbanismo a una empresa que quería instalar una fábrica de jarabes. El TS señala al respecto que: "El Ayuntamiento de Zaragoza no ha seguido el camino legalmente previsto y ha concedido una licencia de obras con olvido que a la misma - necesaria e inexcusablemente - debe proceder a la de instalación, como condicionante de la de apertura, el intentar salvar este obstáculo condicionando la obra a la instalación constituye una abierta desviación procedimental contraria al principio de legalidad y a la ordenación escalonada de unas y otras licencias. Llegados a este punto de razonamiento la única consecuencia es la estimación del recurso en lo que a la anulación de la licencia se refiere [...]."

¹⁷²³ Según la STS de 29 de julio de 1992 (ref. Ar. 6.594): "La existencia de tal licencia puede ser probada - sin duda - por cualquiera de los medios admisibles en Derecho [...]."

¹⁷²⁴ Según se ha puesto de relieve, si bien el silencio administrativo es el resultado de una previa calificación legal, no sucede lo mismo con los comportamientos concluyentes pues estos dependerán de la forma objetiva y material de dicha conducta y no de la específica previsión normativa. *Vid.* TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso... op. cit.* p. 75.

¹⁷²⁵ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 523.

los particulares. Para los actos de gravamen o limitativos de derechos e intereses legítimos es necesario una declaración expresa, pues de otra forma se incurriría en actuaciones carentes de título o vías de hecho ¹⁷²⁶. De esta forma es bastante explícito el actual art. 93.1 de la LRJPAC al prohibir a la Administración cualquier actuación material de ejecución limitativa de derechos sin previamente haya sido adoptada la correspondiente resolución ¹⁷²⁷.

En relación, precisamente, al ámbito material de los actos tácitos debe advertirse como en relación al ejercicio de determinadas potestades ablatorias o limitativas de derechos se habla en algunos casos de determinadas actuaciones que se califican como "tácitas" o "implícitas". Ejemplo relevante son las denominadas declaraciones implícitas de utilidad pública que la legislación prevé respecto a las expropiaciones urbanísticas. En realidad no estamos propiamente ante un acto tácito o implícito en el sentido de deducir una voluntad de un determinado acto o de una serie de *facta concludentia*, puesto que en este caso es la misma legislación quien establece tal solución ¹⁷²⁸. Aquí se prevé un mecanismo de simplificación administrativa consistente, en definitiva, en la unificación de trámites para dar una mayor agilidad y evitar un formalismo muchas veces innecesario.

Estamos, en muchas ocasiones, ante imprecisiones terminológicas que pueden llevar a confusión en cuanto el régimen jurídico aplicable y las consecuencias que se derivan del mismo. El profesor CANO MATA se quejaban, precisamente, de esta falta de precisión

¹⁷²⁶ Así Aldo TRAVI al señalar los diversos supuestos de actos tácitos señala: "La actividad material realizada en ausencia de un acto administrativo o (y ello no parece diferente) sobre la base de un acto administrativo no exteriorizado: esta situación no se confunde con el acto administrativo (no tiene sentido por tanto reclamar una noción de acto administrativo tácito o implícito) y se insiere sobre todo en situaciones como la "ejecución por vía de hecho", y por tanto a un comportamiento sin título". *Vid.* de este autor *Silenzio assenso... op. cit.* p. 74, nota 29.

¹⁷²⁷ Recientemente sobre la vía de hecho *vid.* por todos GONZÁLEZ-VARAS, Santiago: *La vía de hecho administrativa*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

¹⁷²⁸ *Vid.* en este sentido al art. 132 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio: "La aprobación de Planes de Ordenación Urbana y de delimitaciones de unidades de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación implicará la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes, a los fines de expropiación o de imposición de servidumbres."

conceptual entre actos administrativos expesos, presuntos y tácitos ¹⁷²⁹. Así, en muchas ocasiones, los letrados de las Administraciones públicas han alegado la inadmisibilidad de recursos contenciosos administrativos en base a la inexistencia de un acto que recurrir, obteniendo pronunciamientos jurisprudenciales favorables a esta interpretación. Cabe decir, sin embargo, que paulatinamente los tribunales son más conscientes de la utilidad de esta categoría que utilizan como corrector de la naturaleza revisora del proceso contencioso-administrativa. Actualmente la teoría del acto tácito es perfectamente asumida en los fundamentos jurídicos de las sentencias ¹⁷³⁰. En este sentido es altamente didáctica la doctrina contenida en la STS de 30 de septiembre de 1994 (ref. Ar. 7.295) cuando advierte que:

"Ya antes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, la doctrina distinguía entre acto expreso, acto tácito y acto presunto: los dos primeros tipos de acto eran expresión de manifestación administrativa inequívocamente exteriorizada (acto expreso) o expresión de una conducta administrativa que indicaba razonablemente la existencia de una voluntad administrativa productora de efectos jurídicos; el acto presunto era (y es) la inexistencia de voluntad administrativa alguna ¹⁷³¹."

¹⁷²⁹ Vid. de este autor "Actos administrativos tácitos. Protección jurisdiccional del principio de igualdad. Aplicabilidad de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Impugnación de tesis doctoral. Competencia de la Junta de Facultad y del Rectorado" en *REDA* 32, enero-marzo 1982, pp. 879-884.

¹⁷³⁰ Así encontramos el caso de las prórrogas tácitas del plazo en los contratos administrativos de obras. Tales prórrogas pueden deducirse implícitamente de actos posteriores dictados por la Administración (la recepción fuera de plazo de las obras realizadas con la expedición de la correspondiente acta y la liquidación), aunque no cabe excluir, en algunos casos, que aquéllas puedan producirse por silencio o mera inactividad de la Administración. Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "Consideraciones sobre el plazo en los contratos administrativos de obras" en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Ed.): *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 473-474, también publicado en *REDA* 60, 1988, pp. 553 y ss.

¹⁷³¹ Sobre el existencia de voluntad administrativa en los casos de silencio y su relevancia jurídica a los efectos de determinar los efectos estimatorios o desestimatorios de la falta de resolución vid. las consideraciones que realizamos en los primeros apartados de este capítulo. Las mismas ponen de relieve, según hemos visto, la necesidad de matizar la afirmación final realizada en este fragmento de la sentencia.

A las categorías expuestas en esta sentencia debe añadirse para algunos autores la de acto implícito. La singularidad de estos actos viene destacándose, especialmente desde ALESSI, quien los distingue de los actos tácitos en sentido estricto. Así mientras estos últimos se derivan de los *facta concludentia*, en los actos implícitos "hay una forma externa de la determinación volitiva, pero que tiende a expresar un contenido diverso, del cual se deduce implícitamente la existencia de una voluntad dirigida a dicho contenido ¹⁷³²." Si bien desde un plano estrictamente teórico son intachables estos argumentos, cabe cuestionarse, sin embargo, su verdadera utilidad práctica, a los efectos de extraer regímenes jurídicos diferenciados. Ello es así hasta el punto que ciertos autores vienen negando en la práctica la distinción formulada entre actos tácitos e implícitos ¹⁷³³. Quizás la consecuencia más relevante sería a efectos probatorios: En el caso del acto tácito además de deducir una determinada voluntad administrativa, deberemos probar la existencia de estos *facta concludentia*, en cambio en el acto implícito la discusión se ceñirá probablemente a la interpretación de un acto, el cual en la mayoría de los casos constará documentalmente.

Finalmente, y en la línea de depuración conceptual que venimos realizando en estos apartados, queremos aludir a unas situaciones que presentan cierta conexión con la doctrina de los actos tácitos pero que presentan diferencias significativas que deben ser puestas de relieve. El hecho que los actos tácitos se refieran a *facta concludentia* no significa que cualquier tipo de situaciones, aunque sean toleradas por la Administración, deban gozar de la protección que dispensa el acto administrativo. En efecto, debemos distinguir con nitidez los casos de "tolerancia de situaciones fácticas disconformes con o infractoras de la legalidad estricta", comportamiento administrativo que cada vez adquiere mayor importancia por su

¹⁷³² Vid. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio: *Los actos administrativos... op. cit.* p. 165.

¹⁷³³ Ello puede constatarse en la obra del profesor José M. BOQUERA OLIVER: *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 250 cuando afirma que los actos "expresos implícitos también se denominan tácitos". Por su parte el profesor José Antonio TREVIJANO FOS trata ambas categorías como realidades diferenciadas y en epígrafes distintos. Vid. de este autor *Los actos administrativos... op. cit.* pp. 164-168.

progresiva afirmación y extensión ¹⁷³⁴. Así, la realidad es que en muchas ocasiones los ciudadanos se sitúan conscientemente al margen de la ley, sin tener todos los "papeles" en regla o incluso sin contar con ningún tipo de autorización. Algunos ciudadanos consideran que los trámites legales necesarios para obtener licencias no son los más adecuados y cansados de esperar ante la inversión realizada, prefieren abrir su establecimiento o realizar determinada actividad antes que pasar por los procedimientos legalmente establecidos ¹⁷³⁵. Nos referimos, en definitiva, a situaciones en que el particular ni tan siquiera ha formalizado una solicitud provocando el correspondiente procedimiento, sino que procede por la vía de los hechos a realizar una actividad en la que previamente debiera contar con un acto administrativo. Dentro de este ámbito cabría referirnos a las denominadas "desafectaciones tácitas" cuando se aplican al caso de la posesión abusiva por los particulares del dominio público. Si bien debe hacerse notar que los efectos jurídico se hacen derivar, en este caso, no solo de una actividad pasiva de la Administración, sino en realidad de una conducta activa del particular ¹⁷³⁶.

No obstante, cabe destacar que la mera tolerancia de la Administración pública no genera normalmente un título en el cual el particular pueda ver consolidada su situación. Ello es así aunque exista una declaración de conocimiento por parte de la Administración pública, pues

¹⁷³⁴ Este fenómeno de generalización de actitudes administrativas de tolerancia es destacado por el profesor Luciano PAREJO ALFONSO: *Crisis y renovación... op. cit.* p. 124. Por otra parte este comportamiento administrativo sirve en gran medida al profesor Alejandro NIETO GARCÍA para concluir el carácter discrecional de la potestad sancionadora. *Vid.* de este autor *Derecho administrativo sancionador... op. cit.* pp. 142-147.

¹⁷³⁵ Así Fernando RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ DE ACUÑA ponía de relieve un dato realmente alarmante: "A título de anécdota de lo que puede suponer el retraso de la obra por la tramitación de una licencia complementaria al objeto básico que es la edificación de nueva planta, podríamos decir, por ejemplo, que en el caso de un árbol en el vial que nos imposibilite el movimiento de camiones y materiales, es más ventajoso y más barato para el constructor promotor el derribo del mismo por un presunto golpe fortuito de un camión y pagar la multa, que la tramitación de la licencia al objeto del levantamiento del mismo para el fin expuesto. No tanto por lo que presupone la repercusión directa económica, que es de escasa importancia sobre el valor total de la obra, como la indirecta de la lentitud provocada por el transtorno burocrático." *Vid.* de este autor "Las causas de los retrasos en la tramitación de las licencias de obras" en *RDU* 74, julio-agosto-septiembre 1981, p. 38.

¹⁷³⁶ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *Dos estudios sobre la usucapión...* *op. cit.* p. 124.

como viene aludiendo la jurisprudencia la teoría de los actos propios, en tanto que creadora de un precedente que la Administración no puede desconocer, solamente es aplicable en los casos de "actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho definiendo una situación jurídica y con eficacia en si mismos, para producir, igualmente, un efecto jurídico, doctrina en virtud de la cual la Administración que adoptó el acto está obligada a su cumplimiento ¹⁷³⁷." Por ello la jurisprudencia no suele conformarse con meras declaraciones de conocimiento ya se formulen expresamente o se instrumentalicen a través de la liquidación de los tributos realmente exigibles ¹⁷³⁸, sino que es necesario un comportamiento en que la Administración se implique directamente en la situación tolerada o consentida ¹⁷³⁹, si bien la jurisprudencia no es siempre unánime en este sentido ¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁷ Vid. la STS de 26 de febrero de 1991 (ref. Ar. 1.237) y en el mismo sentido STS de 6 de marzo de 1991 (ref. Ar. 1.977), por citar las más recientes.

¹⁷³⁸ La legislación ha llegado a positivizar tal doctrina jurisprudencial. Como ejemplo significativo puede citarse el hecho imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, regulado por el art. 101 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales. Según este precepto el hecho imponible lo constituye, en los términos que se señalan, la realización de cualquier construcción, instalación u obra "se haya obtenido o no la licencia".

¹⁷³⁹ Tal es el supuesto a que alude la STS de 11 de enero de 1994 (ref. Ar. 296): "La sentencia apelada no contradice en modo alguno [...] la jurisprudencia unánime que afirma que el simple pago de un derecho o de una tasa no prueba la existencia de una licencia de apertura [...] ya que en el caso que se examina ha habido mucho más que el simple pago de impuestos o tasas. En efecto, tal y como se indica en la sentencia apelada, el Ayuntamiento [...] ha llegado a concertar expresamente con el titular de la actividad lo que se denomina "concierto fiscal a título individual". En tal instrumento convencional se contiene una manifestación expresa del Ayuntamiento por la que reconoce plena capacidad para obligarse al titular de la cafetería en cuestión, cuya categoría y clasificación también se hace constar para fijar la cifra líquida del impuesto municipal sobre gastos suntuarios. En tales circunstancias, y aunque no conste que el Ayuntamiento haya cumplido la obligación de efectuar las verificaciones y comprobaciones que deben preceder necesariamente a cualquier otorgamiento de licencia, es claro que la actividad municipal equivale a la existencia de una autorización implícita, que conlleva la improcedencia de adoptar la medida de clausura del establecimiento que se impugna por los fundamentos y en los términos en que la misma se produjo."

¹⁷⁴⁰ Es paradigmático el supuesto de la STS de 17 mayo de 1980 (ref. Ar. 2810). Se trataba de la actividad de extracción de piedra de unas canteras desde hacía muchos años, con conocimientos y tolerancia del Ayuntamiento, que incluso compraba a los explotadores de las mismas materiales para sus obras. Pese a no ser una mera tolerancia pasiva pues la Corporación había formalizado relaciones jurídicas con el particular en relación a la actividad realizada sin licencia, el TS sigue manteniendo que: "[...] el conocimiento de una situación de hecho por la Administración y hasta la tolerancia que pueda implicar una actitud pasiva de ella ante el caso, no puede de ninguna forma ser equivalente al otorgamiento de la correspondiente autorización municipal legalizadora de la actividad ejercida [...]."