

## I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

### SILENCIO NEGATIVO, ACTOS FIRMES Y ACTOS CONFIRMATORIOS

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: *El problema del silencio negativo y sus implicaciones.*—II. LA SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1967: 1. *Descripción de los hechos de la «litis». La tensión entre el problema de fondo y los de forma.* 2. *Solución de los problemas formales.* 3. *Primer comentario: Aparente artificiosidad de la solución adaptada. Importancia del fallo. Ruptura del muro del artículo 58, 2 y 4, de la Ley jurisdiccional. Temas que sugiere: El alcance de la obligación de resolver expresamente; el problema de la firmeza de los actos objeto de un recurso no resuelto expresamente; el tema del acto confirmatorio; consecuencias últimas de la naturaleza jurídica del silencio negativo.*—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO: 1. *El silencio negativo como verdadero acto administrativo desestimatorio.* 2. *El silencio negativo como simple presunción legal con efectos estrictamente procesales. Consecuencias.* 3. *Regulación legal vigente del silencio negativo.*—IV. EL OBSTÁCULO DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 58 DE LA LEY JURISDICCIONAL: *Una primera corrección: el tema de las resoluciones tardías. Alcance efectivo del tema y dificultades pendientes.*—V. LA OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE DICTAR UNA RESOLUCIÓN EXPRESA: 1. *Primer análisis: la obligación de resolver como norma sin sanción aparente.* 2. *La obligación de resolver y el «deber de buena administración».* 3. *La obligación de resolver desde la perspectiva institucional del silencio negativo como simple presunción legal con efectos estrictamente procesales. El concepto de acto firme.* 4. *La obligación de resolver y la improrrogabilidad de los plazos procesales: ensayo de interpretación conjunta y de una solución «lege data»: la sentencia de 25 de febrero de 1967 y la inaplicabilidad de la excepción del acto confirmatorio.* 5. *Una última justificación: el juego del principio general «allegans propriam turpitudinem non auditur».*—VI. CONCLUSIONES.—VII. CONSIDERACIÓN FINAL.

#### I

Pocos temas tan rodeados de equívocos y de implicaciones y consecuencias tan importantes como el del silencio administrativo. Su naturaleza jurídica ha venido siendo mal entendida tradicionalmente por la jurisprudencia y aun por un cierto sector de la doctrina, y cuando esta última, a partir de las aportaciones de PÉREZ SERRANO y GARRIDO FALLA (1), clarificó la cuestión, la fuerza inercial de la vieja jurisprudencia siguió alimentando las dificultades y equívocos tradicionales hasta fechas muy recientes. Sólo después de 1962 se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, primero tímidamente y en relación a

(1) N. PÉREZ SERRANO: *El silencio administrativo ante la doctrina jurisprudencial*, «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», octubre 1961; F. GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en el número 16 de esta REVISTA, págs. 85 y sigs.

ciertos problemas de menor complicación, la nueva y correcta formulación doctrinal, para llegar, después de grandes vacilaciones, a una aceptación plena de la misma y a una corrección explícita de la postura anterior hasta constituir una línea jurisprudencial segura a partir de 1965, a propósito del tema de las «resoluciones tardías» (2).

Crear, sin embargo, que aquí terminan las dificultades tradicionales en torno al tema del silencio negativo (3) sería ingenuo. Es cierto que, a través de la línea jurisprudencial que acaba de establecerse en estos dos últimos años, se ha consagrado una exacta definición de la naturaleza jurídica del silencio negativo, pero no lo es menos, y a lo largo de este trabajo habrá ocasión de comprobarlo cumplidamente, que aún se está lejos de la solución final de todas las cuestiones que directa o indirectamente derivan de aquella naturaleza. Los últimos obstáculos no provienen ya de una defectuosa interpretación jurisprudencial de la institución, sino de una poco satisfactoria regulación normativa de la misma (4), que, como veremos, es en algunos extremos contradictoria.

Estas contradicciones requieren un esfuerzo de la jurisprudencia que permita superarlas a través de una interpretación ordinamental de aquellos preceptos que constituyen los últimos obstáculos hasta tanto dichos preceptos sean objeto de la modificación necesaria.

A mi entender, la sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1967 responde a esta necesidad y ofrece una solución que, aunque inicialmente pueda parecer poco ortodoxa y carezca de la convicción que hubiera sido de desear, es obligado analizar detenidamente. Este va a ser, pues, el objeto del presente trabajo.

Ponente de dicha sentencia ha sido el Magistrado señor CERVIÁ CABRERA.

## II

1. El supuesto que contempla la sentencia citada es a grandes rasgos el siguiente: Un funcionario del Cuerpo de Ingenieros de Montes del Ministerio de Agricultura obtiene, mediante el oportuno concurso, una plaza en el Servicio Forestal de la Guinea Ecuatorial, y a consecuencia de ello es declarado en situación de supernumerario en el Cuerpo a que per-

(2) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso*, en el número 47 de esta REVISTA, págs. 207 a 227.

(3) Sobre la esencial diversidad del silencio positivo y negativo, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre el silencio administrativo...*, págs. 226 a 227, cit. A esta tesis se adhiere R. MARTÍN MATEO: *Silencio positivo y actividad autorizante*, en el número 48 de esta REVISTA, páginas 205 y sigs., con abundantes citas bibliográficas sobre el tema.

(4) La afirmación puede parecer sorprendente, ya que es notorio que la Ley Jurisdiccional ha definido con bastante precisión la figura, incluyendo en su Exposición de Motivos párrafos realmente contundentes. La doctrina ha sido unánime en resaltar los aspectos positivos de la regulación en su afán de contribuir a superar las dificultades tradicionales, pero por esa misma razón ha eludido toda advertencia acerca de los aspectos negativos, que, como habrá ocasión de comprobar, también existen y tienen una indudable importancia.

tenece por Orden de 22 de junio de 1961. Dicha Orden no le fué debidamente notificada, razón por la cual el interesado dirigió escrito al Ministro de Agricultura, con fecha 20 de octubre siguiente, solicitando ser declarado en situación de servicio activo en base a lo dispuesto claramente y sin posible equívoco en la legislación específica de aquel territorio, sin calificar dicho escrito como de recurso.

El Ministerio de Agricultura no adopta expresamente resolución alguna acerca del problema en cuestión, y a la vista del prolongado silencio ministerial, el interesado dirige nuevo escrito al Ministro dos años más tarde, es decir, el 21 de octubre de 1963, reiterando la misma súplica. Tampoco esta vez obtiene respuesta alguna, por lo cual, considerando, sin duda, irresoluble su problema por medios «pacíficos», dos años después formaliza la vía procedimental denunciando la mora en la resolución, y transcurridos tres meses desde la denuncia, interpone recurso contencioso-administrativo contra la presunta denegación de la petición formulada el 21 de octubre de 1963, suplicando en su demanda se anulen los actos administrativos recurridos y se declare su derecho a la situación de servicio activo desde el momento de su toma de posesión del cargo de Ingeniero del Servicio Forestal de Guinea en 1961, esgrimiendo para ello los claros preceptos de la legislación específica de la Guinea Ecuatorial, que atribuyen tal situación a los funcionarios de Cuerpos del Estado que prestan servicios en aquella provincia como si ocuparan puestos propios de la plantilla de sus respectivos Cuerpos.

En estos términos el problema, puede apreciarse fácilmente la tensión existente entre las cuestiones de forma, que parecen abocar a la declaración de inadmisibilidad del recurso, solicitada por el Abogado del Estado en base a lo dispuesto en el artículo 82, c), en relación con el 40, a), ambos de la Ley de jurisdicción, y las de fondo, que claramente conducen a la estimación del recurso, habida cuenta de la absoluta claridad de la legislación de los territorios y provincias africanas en este punto (5).

Reflejar aquí esta tensión tiene indudable interés, puesto que en ella está la explicación última de la solución adoptada por la sentencia. Por otra parte, además, no puede ocultarse la trascendencia que este tipo de tensiones tiene en el contencioso-administrativo, donde la fugacidad de los plazos de recurso, a diferencia de los largos plazos de prescripción de las acciones en la jurisdicción ordinaria, provoca a diario la pérdida de derechos materiales (6).

Todas estas indicaciones completan el cuadro en el que se mueve el

---

(5) Desde el Decreto de 30 de septiembre de 1944 hasta la vigente Ley articulada de Régimen Autónomo de la Guinea Ecuatorial de 3 de julio de 1964, pasando por la Ley 41/1959, de 30 de julio, sobre organización y régimen jurídico de las Provincias Africanas, todas las disposiciones legales o reglamentarias que han venido rigiendo en esta materia han sido unánimes al afirmar que la situación que corresponde a los funcionarios pertenecientes a Cuerpos del Estado que presten servicios en Guinea, es la de servicio activo, como si estuvieran desempeñando un puesto propio de la plantilla del Cuerpo a que pertenecen.

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA: *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, en el número 42 de esta REVISTA, especialmente págs. 274 y sigs.

problema resuelto por la sentencia que se comenta y deben ser tenidas en cuenta para un correcto análisis de la misma.

2. La sentencia en cuestión estima el recurso interpuesto y anula los actos recurridos y, naturalmente, la Orden de 22 de junio de 1961, declarando el derecho del recurrente a ser repuesto en la situación de servicio activo desde la fecha de la Orden en cuestión, de conformidad con la legislación aplicable. El problema de fondo no interesa ahora, porque, como ya se ha advertido, es absolutamente claro; lo que realmente importa es el modo con que el juzgador ha resuelto el problema procesal planteado por la alegación de inadmisibilidad formulada por el representante de la Administración, problema aparentemente insoluble, según habrá podido apreciarse ya.

La solución dada al mismo se contiene en el Considerando segundo de la sentencia, que escuetamente dice así:

*«Que no puede ser acogida la inadmisibilidad propuesta en la contestación a la demanda, pues la desestimación tácita de la instancia del 21 de octubre de 1963 no constituye confirmación de lo acordado por la Orden ministerial de 22 de junio de 1961, pues este acto administrativo no ha quedado firme, desde el momento en que la Administración no ha resuelto el recurso interpuesto contra el mismo, en 20 de octubre siguiente, razón que hace inaplicable el apartado c) del artículo 82 de la Ley jurisdiccional, en relación con el apartado a) del artículo 40 de la misma».*

Antes de entrar en el análisis del Considerando transcrito conviene hacer una aclaración: el escrito dirigido por el recurrente el 20 de octubre de 1961 no fué calificado de recurso por el mismo, si bien, como es notorio, no es al interesado a quien corresponde calificar su recurso, sino a la propia Administración y a los Tribunales de la jurisdicción, ni el error en la calificación por parte del recurrente puede ser obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter, según previene el artículo 114, 2, de la Ley de Procedimiento administrativo. La interposición del mismo cuatro meses después de producirse el acto recurrido se justifica por el carácter defectuoso de la notificación practicada.

3. Una primera lectura del Considerando en cuestión produce en el lector una inevitable sensación de perplejidad e invita a concluir acerca de la artificiosidad de la solución instrumentada. Lo escueto de la argumentación hace pensar también en la falta de convicción del juzgador acerca de la corrección de la misma. Sin embargo, la trascendencia de la afirmación de que la falta de resolución expresa del recurso interpuesto contra la Orden de 22 de junio de 1961 impide que ésta haya quedado firme, obliga a meditar detenidamente sobre la misma, prescindiendo de esa impresión inicial.

Para ello será preciso examinar una serie de temas, tales como el al-

cauce de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa; el de la firmeza de los actos administrativos, y especialmente de aquellos que han sido objeto de un recurso no resuelto expresamente; el de los actos confirmatorios y, en definitiva, el de las consecuencias últimas de la naturaleza jurídica del silencio negativo, en el cual se encuentra, sin duda alguna, la clave de todos ellos.

### III

1. No parece necesario realizar aquí una exposición de la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal en torno a la configuración del silencio negativo desde su introducción en nuestro Ordenamiento a través de los Estatutos Locales de la Dictadura, puesto que esta exposición ha sido hecha ya por autorizadas plumas (7). A los efectos de este trabajo interesa únicamente subrayar las dos fases o etapas de dicha evolución, caracterizadas ambas por dos concepciones esencialmente diversas de la institución, que, en cierta manera, dada la proximidad en el tiempo del origen de la misma, conviven en la actualidad. La primera de dichas fases o etapas caracteriza al silencio negativo de la Administración como un verdadero acto, aunque presunto, que viene a remediar el inconveniente de la inexistencia de una decisión previa que pueda suscitar la competencia revisora del Juez del contencioso. No es ahora momento tampoco para detenerse en el análisis del alcance inicial y la evolución posterior de la regla de la decisión previa y de las implicaciones de una interpretación mitificada del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que respondiendo en sus orígenes a una exigencia institucional mínima, ha venido a convertirse después, mediante una sustitución de las razones iniciales, en el obstáculo más serio de la plenitud del control jurisdiccional (8). Frente a estas implicaciones, la aparición del silencio negativo vino a ser la gran solución de una importante zona de inmunidad a la que la Administración tenía acceso sin más que permanecer inactiva frente a las peticiones y recursos del administrado. Sin embargo, la concepción del silencio negativo de la Administración como un verdadero acto administrativo —una verdadera decisión previa de la Administración capaz de hacer surgir la competencia de la jurisdicción revisora— pronto habría de revelar la existencia de nuevos vacíos, de nuevos obstáculos y, en cierto modo, retrocesos en el camino del progreso hacia una revisión plena de la actividad administrativa.

(7) Recientemente, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre el silencio administrativo...*, al que ahora me remito.

(8) Sobre el tema de la decisión previa, vid. NIETO GARCÍA: *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en el número 37 de esta REVISTA, páginas 75 y sigs. Un aspecto parcial de las implicaciones del carácter revisor de la jurisdicción en CLAVERO ARÉVALO: *El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto*, en el número 42 de esta REVISTA, págs. 217 y sigs.

En efecto, si el silencio de la Administración se estima como un verdadero acto de la misma, de sentido desestimatorio, parece posible y aun necesario unir a él los adjetivos que califican en general a los actos administrativos expresos: firme, consentido, confirmatorio, etc. (9). Del mismo modo, y por las mismas razones aplicables a los actos expresos, parece necesario fijar un plazo para la válida impugnación de esas decisiones presuntas, a fin de evitar una situación de indefinida pendencia, incompatible, en principio, en las exigencias de la actividad administrativa. Por este camino, y a pesar de las absurdas y negativas consecuencias a que conduce, se atribuyen al silencio negativo de la Administración efectos no sólo procesales de apertura de la vía jurisdiccional, que constituyen el origen mismo de la institución, sino también jurídico-materiales, como si de un verdadero acto o decisión de la Administración se tratase.

2. Frente a esta configuración, que aún tiene eco en la actualidad (10), se inicia por la doctrina un proceso de depuración dirigido a devolver al silencio negativo a su primitivo origen. El silencio negativo, se dice, no es ni puede ser una declaración de voluntad de la Administración, sino, precisamente, la ausencia de toda actividad volitiva, ante la cual no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar el sentido de una voluntad que no existe (11). El silencio negativo es un puro hecho al que la Ley reconoce ciertos efectos jurídicos (12). Naturalmente, estos efectos se limitan a aquella finalidad tenida en cuenta por el legislador, es decir a evitar que la ausencia de una decisión previa capaz de abrir la vía jurisdiccional determine la pérdida de eventuales derechos de los administrados a consecuencia de una inactividad de la Administración. El silencio negativo equivale, por tanto, a la decisión expresa, pero sólo en la medida en que ésta es necesaria para hacer surgir la competencia revisora de la jurisdicción. Ningún efecto jurídico material puede ligarse al silencio negativo de la Administración, porque no existe voluntad alguna de la Administración que el silencio pueda expresar, sino precisamente ausencia de actividad volitiva alguna. Solamente puede derivar del silencio negativo de la Administración efectos procesales, y de entre éstos únicamente los relativos a la apertura de la vía contenciosa. Cualesquiera otras consecuencias son ajenas a la institución, construida como una ficción legal, una presunción de interpretación restrictiva.

Entendido el silencio negativo como una simple ficción legal de efectos

(9) En esta línea se ha movido, como es notorio, la jurisprudencia tradicional hasta el momento en que se ha abierto paso la nueva doctrina a propósito del tema de las resoluciones tardías.

(10) Así, ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1965, pág. 548, considera el silencio negativo como un verdadero acto, aunque presunto. En el mismo sentido, aunque con anterioridad al comienzo de la evolución aludida, SERRANO GUIRADO: *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, en el número 8 de esta REVISTA, pág. 167.

(11) CARRIDO FALLA, loc. cit., págs. 87 y sigs.

(12) Idem y BAENA DEL ALCÁZAR: *Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*, en «*Revista de Estudios de la Vida Local*», núm. 121, pág. 17.

estrictamente procesales y no siendo, por tanto, un verdadero acto administrativo —«declaración de voluntad, deseo, juicio o conocimiento...»—, no podrán añadirse a él ninguno de los adjetivos que se aplican a los actos expresos y no podrá decirse, por tanto, que ha devenido firme, que ha quedado consentido o que es confirmatorio de un acto anterior.

Dirigida una petición a la Administración por un particular, esta petición inicia un expediente que sólo puede terminar mediante una resolución expresa, el desistimiento o la renuncia del peticionario o la declaración de caducidad por culpa de éste. Si ninguna de estas figuras se produce, el expediente permanece abierto y en situación de pendencia, que sólo a la Administración es imputable.

Si en lugar de una petición se trata de un recurso administrativo, la solución es la misma. El escrito de recurso interpuesto dentro de plazo interrumpe desde su fecha el proceso de adquisición de firmeza del acto recurrido, y este proceso no puede reanudarse sino a partir del momento en que el expediente termine por alguna de las causas enunciadas: resolución del recurso, desestimiento, renuncia y caducidad.

En uno y otro caso, el transcurso del plazo que la Ley concede a la Administración para resolver sin que ésta manifieste su voluntad expresamente, no implica voluntad desestimatoria alguna, sino únicamente la posibilidad de que el particular lo estime así, a los solos efectos de acudir al Juez, cuya competencia surge en virtud de la ficción legal, sin que ello suponga que la Administración pierda la suya para poner fin al expediente abierto y en situación de pendencia (13).

Hasta aquí la exposición teórica de las dos concepciones enunciadas, que de alguna manera han convivido siempre bajo el predominio de la primera, y que en cierto sentido siguen conviviendo ahora, aunque predomine la segunda. La mejor prueba de esta afirmación la proporcionará el examen de la regulación legal vigente en la que se encuentran los últimos reductos de la lucha entre ambas.

3. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 afrontó la regulación del silencio negativo generalizando la institución desde la perspectiva que le es propia, es decir, desde la perspectiva procesal. La Exposición de Motivos de la Ley es muy precisa en este sentido cuando afirma que:

«La existencia de un acto administrativo como presupuesto de la admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por ello, la Ley instituye un régimen general de silencio admi-

---

(13) El problema de la pérdida de competencia por la Administración para resolver expresamente una vez transcurrido el plazo de silencio, pertenece a una temática ya superada a partir de la reciente jurisprudencia sobre las resoluciones tardías y ha dejado de constituir una preocupación en la doctrina, que con anterioridad a ella se ocupaba invariablemente del mismo.

nistrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, *puede presumirse por el interesado* la existencia de un acto que le permita el acceso, *si lo desea*, a la jurisdicción contencioso-administrativa. *Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación*, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración.

El silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptualizado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado».

Consecuente con tan claros principios, el artículo 38 de la propia Ley concede opción al particular para considerar desestimada su petición, al efecto de formular el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional o esperar que se produzca la resolución expresa, precisando además que si opta por la primera solución, ello no excluye el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. Excepcionalmente, por tanto, la interposición de un recurso contra el silencio negativo no está concebida legalmente como una carga en sentido técnico —la carga de recurrir que impone el juego de la eficacia de los actos administrativos (14)—, sino como una facultad que puede o no ejercitarse por el particular facultado, sin que de la falta de ejercicio de dicha facultad pueda seguirse para él perjuicio alguno, como se seguiría inevitablemente si de una carga se tratara.

La Ley de Procedimiento administrativo sigue fielmente estas directrices al regular en su artículo 92 los modos de terminación de un procedimiento (15), sin recoger entre ellos el silencio de la Administración y al repetir en su artículo 94 el precepto contenido en el artículo 38 de la Ley jurisdiccional. La revisión llevada a cabo el 2 de diciembre de 1963, saliendo al paso de una negativa interpretación jurisprudencial, precisa en la nueva redacción del artículo 94 que la facultad de opción concedida

(14) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, en el número 29 de esta REVISTA, página 178. En sentido contrario, CARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, volumen III, Parte primera, Madrid, 1963, págs. 117 y 118, nota 11. Prescindiendo de los matices de esta polémica, no parece posible dudar de la corrección de la calificación de los recursos como una carga en sentido técnico, es decir, como un comportamiento que debe adoptar el interesado para obtener un eventual resultado favorable. Si el comportamiento en cuestión no se adopta, el acto administrativo o, en su caso, la sentencia, deviene firme e inatacable.

(15) De dichos modos de terminación del procedimiento, tres de ellos —desistimiento, renuncia y caducidad— dependen del interesado, y uno —la resolución expresa— depende de la Administración, que viene obligada, en términos generales, a dictarla en un plazo de seis meses, según dispone el artículo 61 de la Ley de Procedimiento administrativo, salvo que medien circunstancias excepcionales que deben ser acreditadas debidamente.

al particular por la redacción anterior se extiende tanto al silencio en vía de petición como al silencio en vía de recurso.

Hasta este punto la regulación legal del silencio negativo no puede ser más clara en el sentido de configurarlo como una simple ficción legal de efectos estrictamente procesales que el particular puede utilizar en su beneficio, y en ningún caso como una verdadera resolución o acto administrativo —declaración de voluntad, deseo, juicio o conocimiento...—.

Sin embargo, no dejan de existir en ambas Leyes vacilaciones y equívocos que enturbian la claridad y corrección de esta configuración legal del silencio negativo. Así, el artículo 125 de la Ley de Procedimiento administrativo afirma que «transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que se notifique su resolución, *se entenderá desestimado y quedará expedita la vía procedente*». La diferencia, en principio, es de matiz («*se entenderá desestimado*», «*podrá considerarse desestimado*»), pero interesa ahora ponerla de relieve. Semejante observación cabe formular al artículo 58, 4, de la Ley jurisdiccional. Estos matices no tienen, sin embargo, demasiada importancia, porque, por otra parte, el justo valor de la expresión legal ha sido ya admitido sin reservas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sí la tiene, en cambio, la determinación de los plazos de acceso al contencioso que contiene el artículo 58, apartados 2 y 4, de la Ley jurisdiccional. Ambos preceptos limitan el acceso a la jurisdicción a un año, contado desde la interposición del recurso de reposición o desde el momento en que puede entenderse desestimada la petición, en los casos en que no se produzca acto expreso desestimatorio.

En principio, esta limitación temporal carece de justificación desde un punto de vista técnico jurídico (16), ya que, no siendo el silencio negativo un verdadero acto, sino una simple ficción legal concebida en beneficio del particular para sustituir la falta de decisión previa que pueda provocar la competencia revisora de la jurisdicción, carece de sentido fijar un plazo preclusivo de recurso, puesto que, aunque éste transcurra sin que el recurso sea interpuesto, nunca podrá decirse que el silencio negativo haya quedado firme, calificativo que sólo puede predicarse de los verdaderos actos, es decir, de las declaraciones expresas de voluntad, deseo, juicio o conocimiento, emanadas de una Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa, sin que haya puesto fin al

(16) Una crítica frontal a la limitación de los plazos procesales de recurso contra el silencio negativo de la Administración, en GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, II, 2.ª edición, Madrid, 1966, págs. 473 y sigs. El citado autor propone dos soluciones de *lege ferenda*: que no se fijen plazos de recurso en este caso, o bien que la reclamación en queja prevista en el apartado 3 del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo abra un nuevo plazo de recurso. «Cualquier otra solución —dice— supone dejar a merced de la Administración el cumplimiento de la norma que la obliga a dictar resolución expresa». El enfoque es, pues, absolutamente correcto y lo son igualmente las dos soluciones propuestas; sin embargo, no se trata tanto de imaginar soluciones futuras como de indagar si en el Ordenamiento vigente, contemplado en su conjunto, existe alguna solución capaz de evitar que la obligación legal de resolver expresamente quede a merced de la Administración. Como habrá ocasión de comprobar, esta solución existe y la ha aplicado la sentencia que es objeto de este comentario.

expediente abierto, puesto que este expediente o procedimiento no puede terminar si no es mediante uno de los cuatro modos tasados por la Ley, uno de los cuales —la resolución expresa— sigue siendo, a pesar del silencio, una obligación viva que la Administración debe cumplir porque así se lo impone la Ley.

Es ésta, pues, una manifiesta contradicción legal y una muestra evidente de la pervivencia en el texto de la Ley de la ya superada configuración del silencio negativo como un verdadero acto, aunque presunto. Basta una simple lectura de los párrafos que la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional dedica a justificar el plazo de un año, para comprobar que esa vieja concepción del silencio sigue en cierto modo viva y es la razón única que ha determinado la fijación de un plazo para recurrir contra el silencio de la Administración, ya que al legislador no han escapado las perjudiciales consecuencias que en el plano de la garantía de los administrados derivan de «los actos no conformes a Derecho *realizados* en virtud de la *sutil* figura del silencio administrativo». La invocación al principio de seguridad jurídica para justificar a través de él la limitación de los plazos de acceso al contencioso no puede bastar, ya que el legislador ha constituido a la Administración en garante de dicho principio al imponerla la obligación de dictar una resolución expresa en todo caso. En último extremo y aunque, a pesar de esto, se entendiera que el referido principio puede justificar dicha limitación, no es menos cierto que esa justificación es totalmente ajena a las exigencias institucionales del silencio negativo, y al serlo, y estar además en contradicción con dichas exigencias, debe ser puesta en entredicho y rodeada de las necesarias reservas.

De la regulación legal del silencio negativo se desprenden, pues, dos cosas: en primer lugar, que el silencio es una simple ficción legal establecida por el legislador con el único fin de evitar la indefensión del particular ante la inactividad de la Administración y la consiguiente imposibilidad de acudir a la vía jurisdiccional por falta de la decisión previa que exige el carácter revisor de la jurisdicción. Esta configuración institucional del silencio negativo como una simple ficción de efectos estrictamente procesales y absolutamente ajenos al plano del derecho material impide afirmar que el silencio pueda convertirse en un acto firme, ya que no tiene la consideración de verdadero acto administrativo, y que pueda llegar a ser confirmatorio de un acto anterior.

No es obstáculo a esta configuración el que la propia Ley jurisdiccional limite el plazo de acceso al contencioso cuando el objeto del eventual recurso sea el silencio negativo de la Administración, ya que esta limitación no es una consecuencia institucional del silencio, sino una determinación convencional del legislador carente de justificación en el ámbito general de la regulación de esta figura, un simple reflejo, por tanto, de la primitiva y superada configuración del silencio negativo como un verdadero acto, aunque presunto. La fijación de un plazo para la interposición del recurso contencioso contra el silencio de la Administración es simplemente una pieza extraña que produce interferencias graves en

el conjunto del sistema, pero que en ningún caso puede variar la total configuración de éste.

Distinguir desde el principio ambas cuestiones tiene una importancia fundamental, como tendremos ocasión de comprobar, por más que puedan parecer iguales los resultados a que se llega por ambos caminos: la vieja concepción del silencio como un verdadero acto, aunque presunto, y la limitación a un año del plazo de acceso al contencioso. En primer lugar, para una posible reconstrucción de *lege ferenda* del problema que se examina; en segundo lugar y en el plano de *lege data*, para un exacto desarrollo del tema de las «resoluciones tardías», y especialmente para el montaje de una vía que permita superar, dentro del marco del Ordenamiento vigente, el obstáculo, al parecer insalvable, de los plazos establecidos por el artículo 58 de la Ley jurisdiccional, que es, justamente, a lo que apunta la sentencia de 25 de febrero de 1967 (17).

#### IV

El obstáculo que suponen los plazos procesales establecidos en los apartados 2 y 4 del artículo 58 de la Ley jurisdiccional respecto a la plenitud de las consecuencias derivadas de la configuración del silencio negativo como una simple ficción legal utilizable por el particular en su propio beneficio, a efectos estrictamente procesales, tiene una primera corrección en el tema de las «resoluciones tardías», es decir, de las resoluciones administrativas expresas producidas con posterioridad al plazo de silencio. El tema en cuestión ha sido estudiado recientemente por GARCÍA DE ENTERRÍA (18), y por tanto, resulta ocioso en este momento detenerse demasiado en él. A las sentencias comentadas por este autor han venido a sumarse con posterioridad una serie de ellas que, con todo lujo de detalles, abundan en los mismos argumentos, constituyendo una línea jurisprudencial sólida e irreversible.

*Sentencia de 7 de enero de 1966 (Sala 5.<sup>a</sup>). Ponente, don Vicente GONZÁLEZ GARCÍA.*

«Considerando: Que al interpretar el alcance del silencio administrativo a que se contraen las normas aludidas, así como el artículo 38 de la misma Ley de 1956, cierto criterio jurisprudencial —sentencias, por ejemplo, de 13 de diciembre de 1961, 8 de marzo y 24 de octubre de 1962 y 2 y 18 de mayo de 1964— declaró en síntesis que, con relación a denegaciones tácitas, una vez vencido el año, caduca el plazo para ejercitar la acción contenciosa y adquiere firmeza la resolución presunta no impugnada; sin que sea posible,

(17) En cualquier caso, es evidente que no basta con advertir que la limitación existe. Así, GUAITA: *La revisión de la Ley de Procedimiento administrativo*, en el número 3 de la Colección «Conferencias y Documentos» del C. F. P. F., Madrid, 1964, pág. 38.

(18) *Sobre el silencio administrativo...*, cit.

con el acto administrativo posterior expreso, abrir de nuevo un plazo ya cerrado, porque lo contrario equivaldría a una indefinida inestabilidad en las situaciones jurídicas».

«Considerando: Que a la vista de la reforma introducida por la Ley 164/63, de 2 de diciembre, en el artículo 94 de la de 17 de junio de 1958, y con el propósito, además, de imprimir al silencio administrativo su auténtica significación, puntualizada claramente en el Preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se ha rectificado la orientación jurisprudencial que acaba de resumirse, y con arreglo a la tesis imperante, más acertada —sentencias, entre otras, de 22 de junio y 31 de octubre de 1964, 6 y 16 de marzo y 11 y 22 de junio de 1965—, *no resulta ya ortodoxa la afirmación de que el acto administrativo presunto es firme al transcurrir el año*, sino que el interesado, frente a la facultad derivada del silencio administrativo, puede combatir la denegación tácita o esperar, para recurrir como proceda, la resolución expresa, bien se acuerde antes o después de vencido el año, por lo que, congruentemente, si se impugna el acto presunto de la reposición y con posterioridad se dicta acto expreso, éste es susceptible de someterlo a revisión en vía contenciosa, cuando las circunstancias legales, en ocasiones imposibles de soslayar, así lo aconsejen, a tenor de los artículos 46, 54, 55 y 58 de la Ley jurisdiccional».

*Sentencia de 28 de enero de 1966 (Sala 5.<sup>a</sup>). Ponente, don Antonio ESTEVA PÉREZ.*

«Considerando: Que las causas de inadmisibilidad invocadas por la Abogacía del Estado con citación del apartado f) del artículo 82 de la Ley jurisdiccional, sosteniendo que habiendo interpuesto "recurso de reposición contra la resolución ministerial que se impugna en el presente litigio en 12 de marzo de 1962, dejaron transcurrir más de un año sin interponer el recurso contencioso, por lo que, cuando lo hicieron, había transcurrido el término legal, sin que a ello afecte el que después de transcurrir tal plazo se les notificara una resolución expresa dictada con anterioridad", tienen que ser desestimadas, ya que, como se dice en el Preámbulo de la Ley jurisdiccional, ésta, superando anacrónicos criterios, "instituye un régimen de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, *puede presumirse* por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, *si lo desea*, a la jurisdicción contencioso-administrativa". Pero "*acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación*, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía de los administrados frente a las demoras de la Administración". Pues la impugnación por silencio se considera como una facultad y no como una obligación, "ya que silencio administrativo, ciertamente, no puede ser considerado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las

decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado”, doctrina que reiteró, precisó y perfeccionó el artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo en su actual redacción dada por la Ley de 2 de diciembre de 1963 y que ya fué también declarada y reiterada por las sentencias de 22 de junio y 31 de octubre de 1964, 6 y 16 de marzo y 11 y 22 de junio de 1965 y 7 de enero de 1966».

Reproduciendo íntegramente los argumentos de las precedentes y con cita expresa de las mismas, la sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup>, de 29 de septiembre, Ponente, VITAL TORRES, y de 22 de marzo de 1966, Ponente, ESTEVA PÉREZ.

*Sentencia de 16 de febrero de 1966 (Sala 4.<sup>a</sup>). Ponente, FERNÁNDEZ HERNANDO.*

«Considerando: Que si bien es cierto que transcurrieron tres meses desde la fecha de interposición del recurso de alzada —11 de febrero de 1963—, sin que por la Comisión Provincial de Urbanismo se resolviera el mismo, y que ello implica, a tenor del artículo 125 de la Ley de Procedimiento administrativo —aplicable en lugar del 221 de la Ley del Suelo— por imperio de lo dispuesto en el párrafo 3 del 1 de la Ley de 17 de julio de 1958, que el recurso se entienda desestimado y quede expedita la vía procedente, *de tales hechos no se siguen, sin embargo, las consecuencias que el recurrente extrae en orden a la firmeza del acto presunto que el silencio administrativo entraña*, y respecto a la imposibilidad por parte de la Administración de resolver expresamente con posterioridad, *porque lo que la institución del silencio en su aspecto negativo supone, no es sino el establecimiento a favor del administrado* —habida cuenta de la vigencia del principio de la decisión previa en nuestro régimen administrativo— *de una garantía para el caso de que la Administración, ante la petición deducida por el particular a la misma, adoptara una actitud meramente pasiva*, consistiendo tal garantía en que, en lugar de que el administrado hubiera necesariamente de permanecer esperando *in aeternum* y sin posibilidad de obtener protección para su derecho mientras tanto, a que la Administración resolviera su instancia, se fija un plazo para la Ley, transcurrido el cual sin notificarse al interesado la resolución expresa de su solicitud, éste tiene la facultad de presumir la denegación de lo pedido a efecto de instar la revisión de esa presunta actuación administrativa, ya en esta vía, ya en la jurisdiccional, *pero de tal modo que ni se excusa el deber de la Administración de resolver expresamente, ni se impide al administrado la utilización de las garantías jurídicas pertinentes en relación con lo que se resolviera, en su caso de forma expresa, lo que trasladado al caso presente significa que del hecho de no haberse resuelto el recurso de alzada dentro de los tres meses siguientes a su interposición no se deriva la desestimación con los mismos efectos que si la Administración lo hubiera así declarado,*

*sino la facultad —y no la obligación—, para quien lo interpuso, de presumir, y para el sólo efecto de interponer los recursos procedentes, y sólo para eso, que se ha desestimado la alzada, más sin que, ejercitada o no dicha facultad, decaiga la competencia del órgano llamado a decidir para resolver expresamente —como así lo hizo la Comisión Provincial de Urbanismo—, cumpliendo un deber que le está legalmente impuesto, ni puede atribuirse firmeza al acto presunto, que no hubiera sido recurrido una vez operado el efecto del silencio, y precisamente a partir de este momento».*

*Sentencia de 16 de mayo de 1966, Contencioso-administrativo (Sala 5.ª). Ponente, don Justino MORENO VELASCO.*

*«Considerando: Que si bien el artículo 54 de la Ley jurisdiccional establece que transcurrido un mes desde la interposición del recurso sin que se notificara su resolución, se entenderá desestimado y quedará expedita la vía contencioso-administrativa, esto no tiene otro alcance que el de constituir una ficción legal en beneficio de los administrados a fin de que, ante la tardanza de la Administración en resolver puedan obtener el examen de sus supuestos derechos en vía jurisdiccional, pero no cabe estimarla como impedimento para que, una vez vencido el plazo de un año que para entablar en tal caso la acción contenciosa determina el número 2.º del artículo 58, haya de entenderse caducado aquél para ejercitarla y adquiera absoluta firmeza la resolución impugnada en reposición».*

Esta reiterada y concluyente jurisprudencia, que precisa y define con absoluto rigor la verdadera naturaleza del silencio, ha venido a reducir las consecuencias negativas que se desprenden de los plazos establecidos en el artículo 58, apartados 2 y 4, de la Ley jurisdiccional, pero sólo resuelve una parte de dichas consecuencias, quedando en pie, por tanto, el problema cuando la Administración no dicta, ni siquiera tardíamente, una resolución expresa que pueda habilitar un nuevo plazo (19). Antes de seguir adelante conviene, sin embargo, detenerse en el análisis de alguno de los aspectos considerados por las sentencias transcritas. De la referida doctrina jurisprudencial se desprenden sin dificultad toda una serie de importantes conclusiones:

— En primer lugar, queda claro que el silencio negativo no es un acto ni tiene efectos de tal.

(19) Aunque la expresión «reabrir», que normalmente se emplea cuando se habla de resoluciones tardías, es muy gráfica, resulta en cierto modo equívoca, ya que en realidad no se reabre un plazo fenecido, sino que comienza —se abre— un plazo nuevo de los dos que excepcionalmente prevé el legislador para los casos en que medie el silencio de la Administración. Uno comienza a partir de la fecha de producción del silencio y otro a partir de la resolución expresa que el silencio deja pendiente. Este último es un plazo nuevo y distinto contra el acto inicial y contra la resolución tardía del recurso administrativo deducido contra aquél, que nada tiene que ver con el primero. Al ser dos las facultades, son también dos los plazos.

- Por no ser un acto el silencio negativo no adquiere firmeza.
- En tercer lugar, y esto es definitivamente importante, el acto inicial objeto de un recurso administrativo no resuelto expresamente, tampoco es firme, porque puede ser y es objeto del recurso contencioso (y de anulación en el supuesto de sentencia estimatoria) interpuesto con motivo de la resolución tardía.

Esta última afirmación puede parecer sorprendente, pero es de comprobación elemental. Basta leer una sentencia cualquiera producida con motivo de una resolución tardía para comprobar que el objeto de recurso no es únicamente esa tardía resolución, sino también la inicial confirmada por aquélla. Contra cualquiera de ellas indistintamente o contra ambas a la vez, si son absolutamente conformes, puede deducirse el recurso contencioso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 55, 1, de la Ley jurisdiccional. Solamente cuando la resolución tardía del recurso de reposición reforma el acto inicial objeto de dicho recurso, debe interponerse el recurso contencioso contra aquella resolución tardía, según ordena el número 2 del citado precepto legal, puesto que de no hacerse así procede, según una reciente y rígida interpretación jurisprudencial (20), la declaración de inadmisibilidad del recurso, en base a la inexistencia jurídica del acto inicial reformado por la resolución tardía. Esta precisión se confirma definitivamente a la vista de la parte dispositiva de una sentencia estimatoria de un recurso interpuesto contra una resolución tardía: la sentencia en cuestión no se limita a anular la resolución tardía, sino que declara igualmente la nulidad de la resolución inicial objeto del recurso administrativo resuelto tardíamente.

No puede, pues, existir duda acerca de la afirmación anterior de que el acto inicial objeto de un recurso no resuelto expresamente dentro de plazo por la Administración, no adquiere firmeza por el hecho de no haberse ejercitado la facultad, y no carga, de recurrir en vía contenciosa, el silencio negativo, puesto que ese acto inicial puede ser recurrido y aun anulado, sin que importe el tiempo transcurrido desde la fecha en que fué dictado. Lo que ocurre, y ello es muy distinto, como ya se advirtió más atrás, es que por una especial y convencional determinación del legislador, no justificada desde el plano institucional del silencio negativo, la posibilidad de recurrir contra ese acto inicial no firme no surge, una vez transcurrido el plazo de un año fijado por la Ley, en tanto que la Administración no dicte la resolución expresa que ponga fin al procedimiento de recurso que queda pendiente y habilite un nuevo plazo. El problema, pues, no es de firmeza y susceptibilidad de recurso, sino simplemente de momento o plazo hábil de interposición de dicho recurso. Que la resolución inicial no queda firme y que, por tanto, puede ser recurrida, ha quedado demostrado cumplidamente; el único problema es, pues, el de contestar

---

(20) Vid. nota 19 del trabajo repetidamente citado de GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre el silencio administrativo...* En el mismo sentido que la sentencia criticada en esa nota, la de 7 de enero de 1966, antes transcrita.

a las preguntas cómo y cuándo puede accederse a la vía jurisdiccional si la resolución expresa que puede abrir un nuevo plazo no se produce.

El tema de las «resoluciones tardías» no resuelve, por tanto, la totalidad del problema, sino únicamente una parte del mismo. El acto inicial objeto de un recurso administrativo no resuelto expresamente no gana por ello firmeza con el transcurso del tiempo, pero tampoco puede ser impugnado cuando ha transcurrido el plazo de un año que fijan los apartados 2 y 4 del artículo 58 de la Ley jurisdiccional, a menos que la Administración cumpla «generosamente» con la obligación de resolver expresamente que la Ley la impone. Basta, pues, que la Administración no resuelva nunca expresamente para que el particular que no utilizó la ficción legal en que el silencio negativo consiste, quede inerte ante la inactividad de la Administración. Estas consecuencias, en sí mismas graves e injustificables, lo son aún más si se piensa que esa inactividad de la Administración implica el incumplimiento por ésta de una obligación impuesta por la Ley, consistente en dictar, en todo caso y sea cual sea el tiempo transcurrido, una resolución expresa que ponga fin al procedimiento iniciado y supone un perjuicio sustancial para el interesado sin que medie culpa alguna por su parte, ya que en su momento cumplió con la carga que le impone la Ley al interponer en tiempo hábil el recurso administrativo no resuelto, y ante la falta de resolución del mismo no hizo sino ejercitar la facultad —y no carga— que la propia Ley le otorga de esperar la resolución expresa para, una vez conocidos los motivos de la Administración, poder reaccionar contra ella, contando con todos los elementos de juicio necesarios.

Llegado este momento, se impone, por tanto, analizar el fundamento y alcance real de esta obligación de resolver expresamente que el legislador ha impuesto a la Administración desde una perspectiva ordinamental, única que puede tomarse como válida.

## V

1. El artículo 38 de la Ley jurisdiccional estableció ya, al regular el silencio negativo, que «en todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada». La Exposición de Motivos de la Ley advierte acerca del sentido propio de esta obligación diciendo que «el silencio administrativo ciertamente no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a serlo si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso debidamente fundado».

La Ley de Procedimiento administrativo reitera esta obligación en su artículo 94, precisando, después de su primera revisión de 2 de diciembre de 1963, que «en uno y otro caso —peticiones y recursos— la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa».

El categórico mandato del legislador parece, en principio, suficiente para resolver el problema que se comenta. En efecto, si la Administración cumpliera la obligación que le viene impuesta por el legislador, poco importaría que hubiera transcurrido el plazo de un año sin que el particular hubiera interpuesto el recurso procedente contra el silencio negativo, ya que la resolución expresa tardíamente dictada por la Administración en cumplimiento de la obligación legal, abriría un nuevo plazo de recurso en el que sería posible conseguir la anulación de la resolución inicial confirmada por aquélla. Sin embargo, es lo cierto que la obligación de resolver expresamente, tal como está concebida, carece de eficacia, y en modo alguno asegura que la actividad de la Administración se desarrolle en el sentido previsto por la Ley. Por el contrario, la práctica demuestra que la Administración sigue utilizando el silencio negativo como si de un verdadero acto desestimatorio se tratara, es decir, como un medio de resolver definitivamente sus diferencias con los administrados sin evidenciar los motivos de su postura negativa, desconociendo pura y simplemente la obligación de resolver expresamente impuesta por la Ley. La Administración, fundamentalmente, se coloca a la defensiva, esperando que el fallo del particular —que, lego en derecho, puede esperar ingenuamente la resolución expresa por más de un año y dejar transcurrir así el plazo de acceso al contencioso— deje definitivamente resuelta la controversia. Esta postura ha venido siendo favorecida, además, sin pretenderlo, por supuesto, por toda la jurisprudencia anterior a las sentencias transcritas más atrás, de forma que la obligación de resolver resultaba una obligación platónica.

La razón de todo ello se encuentra, como es sabido, en la imperfecta configuración legal de dicha obligación, carente, en apariencia, de una sanción eficaz. La redacción vigente del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo se limita a establecer que «contra el incumplimiento de este deber podrá deducir (el interesado) reclamación en queja que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiera lugar a ella, de la autoridad o funcionario responsable». Esta es la única sanción expresa que el legislador ha previsto para garantizar el cumplimiento de la obligación que impuso.

Esta, sanción, cuya ineficacia es notoria, adolece de graves defectos iniciales, que son precisamente los que determinan su ineficacia. En primer lugar, es de notar que siendo la obligación de resolver expresamente una exigencia institucional —terminación de un procedimiento que de otro modo queda pendiente contra la lógica misma de la institución—, la sanción no lo es en modo alguno, en cuanto que produce sus efectos fuera de la institución en que nace.

La obligación de resolver tiene como sujeto pasivo a la Administración, a quien va dirigida, y, sin embargo, la sanción de su incumplimiento se dirige por la Ley a la autoridad o funcionario negligente, que puede no existir, porque, como ya se ha advertido, no es la negligencia la causa del incumplimiento de la Administración, sino la persistencia en la utilización del silencio negativo como una verdadera resolución, más cómoda, menos

comprometida y más útil, en cuanto que el desconocimiento del interesado puede decidir definitivamente la controversia.

En última instancia, de la sanción configurada por el legislador sólo puede resultar una eventual indemnización y ello a través de un proceso de responsabilidad, que es, en la práctica, una simple alternativa teórica (21). Lo inadecuado e imperfecto de esta única sanción no puede ser, por tanto, más evidente, puesto que un sustitutivo patrimonial no es nunca, salvo en problemas de contenido esencial y estrictamente económico, una reparación satisfactoria, ni desde el punto de vista del particular interesado, ni desde el ángulo propio de la técnica jurídica. La única sanción adecuada del incumplimiento por la Administración de su obligación legal de resolver, debe encontrarse en el campo mismo en que dicha obligación tiene su origen, es decir, en el terreno institucional del silencio negativo y en la propia dogmática de los actos administrativos.

Estas consideraciones de *lege ferenda*, con ser útiles, no pueden conformar al intérprete, a menos que una investigación del Ordenamiento en su conjunto revele la inexistencia de otras soluciones. Es preciso, pues, buscar estas soluciones y comprobar su posible consistencia. Al comienzo de este apartado se apuntó que la norma que impone a la Administración el deber de resolver expresamente es, *aparentemente*, una norma sin sanción. Esa matización se justifica, desde ahora, si se piensa en el juego de posibilidades que deriva de la consideración del Ordenamiento como sistema con vocación de plenitud. Importa, pues, ahora examinar desde esta perspectiva la norma en cuestión.

2. La obligación impuesta a la Administración de dictar una resolución expresa en todo caso, no es simplemente una obligación legal más o menos categórica, sino un deber institucional derivado de la propia configuración de la Administración pública como ente servicial de la comunidad. Comenzar haciendo esta precisión no es, en modo alguno, ocioso, porque, en última instancia, todas las normas positivas deben justificarse y probar su bondad a través de un contraste institucional. Más aún, esta afirmación no es simplemente «teórica» en el sentido que suelen dar a esta palabra quienes se resisten a admitir la evidencia, sino que tiene consagración positiva explícita. La más reciente de nuestras Leyes fundamentales, la Ley Orgánica del Estado, establece categóricamente en su artículo 40, que :

«La Administración, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado *en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general*».

La Administración tiene, pues, el deber institucional de adoptar en cada caso las medidas conducentes a la mejor satisfacción del interés público, «deber de buena administración», del que es simple concreción esta

(21) Así lo advierte unánimemente la doctrina: GONZÁLEZ PÉREZ, loc. cit., pág. 473, y CUAITA, loc. cit., pág. 43.

obligación que las Leyes ordinarias la imponen de resolver expresamente cuantas cuestiones le sean sometidas (22).

Tratándose, por consiguiente, de un deber institucional, no creo que sea aventurado afirmar desde este momento la necesaria existencia en nuestro Ordenamiento de una sanción igualmente institucional que garantice su cumplimiento. Con esta seguridad inicial, verdadero norte interpretativo, es como debe acometerse la tarea de hallar en nuestro Ordenamiento una fórmula que permita superar las contradicciones internas que puedan producirse en su seno, concretamente en este caso, entre los artículos 94 de la Ley de Procedimiento administrativo y 38 de la Ley jurisdiccional, que imponen la obligación de resolver expresamente, y el 58, apartados 2 y 4, de esta última, que aparentemente dejan al arbitrio de la Administración el cumplimiento de aquélla al impedir, por el juego de los plazos procesales, el acceso a la jurisdicción pasado un año, a menos que recaiga acuerdo expreso, es decir, salvo si la Administración «generosamente» cumple con su obligación.

3. Para averiguar si el Ordenamiento vigente guarda en su seno alguna sanción adecuada al incumplimiento de la obligación de resolver expresamente las peticiones y recursos que dirijan a la Administración los particulares, es necesario comenzar la indagación tomando como punto de partida la institución en que dicha obligación tiene su encaje, es decir, el silencio negativo. A estos efectos, será suficiente recordar las conclusiones extraídas anteriormente de la naturaleza jurídica de la institución para llegar a descubrir sin violencia interpretativa alguna cuál es la verdadera sanción que el propio Ordenamiento establece para garantizar el cumplimiento de la referida obligación.

El silencio negativo, se dijo, es una simple ficción legal, cuyos efectos se limitan por la propia Ley que la establece a la sustitución de la decisión previa necesaria para instar la competencia revisora del Juez del contencioso, y ello en beneficio del administrado, que *puede, si lo desea*, hacer uso de la *facultad* que el legislador le otorga de acudir a la vía jurisdiccional como si se hubiera producido aquella decisión previa imprescindible. Siendo como es mera *facultad* y no una *carga* en sentido técnico, ningún perjuicio puede seguirse para el particular facultado del no uso de la misma. Careciendo el silencio negativo de cualquiera otra virtud o efecto, en tanto la Administración no dicte la resolución expresa que ponga fin al procedimiento iniciado por la petición o recurso del particular, este procedimiento permanece igual y en el mismo estado que se encontraba antes de producirse el silencio formal de la Administración, como si nada hubiera sucedido, puesto que no hay, en efecto, nada nuevo, sino, precisamente, ausencia de toda actividad administrativa.

Si el procedimiento en que el silencio negativo se produce es un procedimiento de recurso, el silencio de la Administración, la inactividad de

(22) Sobre el «deber de buena administración» pueden verse: RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, en «Scritti giuridici in onore di Santi Romano», II, Padova, 1937, páginas 103 y sigs., y FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953.

ésta, la inexistencia de resolución expresa en nada puede variar el estado del procedimiento. Desde el momento de la iniciación de éste por el particular mediante la presentación de su recurso, el acto administrativo recurrido vió interrumpido el proceso de adquisición de firmeza que para todo acto se inicia en el momento de comenzar su eficacia, y en esta situación ha de continuar necesariamente hasta tanto se produzca la resolución expresa del recurso que ponga fin al procedimiento pendiente y que inicie un nuevo proceso de adquisición de firmeza.

Ya antes quedó demostrado claramente, al referirse a las resoluciones tardías, cómo el acto inicial de un recurso administrativo no resuelto expresamente por la Administración, podía ser recurrido, y aun anulado, por los Tribunales. Esto no es ni puede ser un simple efecto de las resoluciones tardías, que no «reabren» un plazo fenecido, sino que inician uno nuevo de los dos que el legislador ha previsto para tales casos; por el contrario, resulta una simple consecuencia de la propia mecánica de la adquisición de firmeza. No es necesario demasiado esfuerzo argumental para demostrar esta afirmación; basta pensar un momento en qué consiste la mecánica aludida y qué son realmente los actos firmes. En efecto, el concepto de firmeza no es un concepto primario, sino simplemente consecencial. En el ámbito del Derecho procesal en el que dicho concepto tiene su origen, se dice que son firmes, es decir, inatacables por medio de recursos ordinarios y extraordinarios (23) aquellas sentencias respecto de las cuales el legislador no concede recurso alguno, rodeándolas así de una especial autoridad al convertirlas en una excepción a la regla general, o bien de aquellas otras que, si bien pueden ser objeto de recurso, no son impugnadas por el interesado dentro del plazo que la Ley prevé (24). En este último caso la falta de impugnación dentro de dicho plazo presume la conformidad del interesado con la sentencia en cuestión, conformidad o consentimiento que son suficientes para satisfacer el orden jurídico.

Pues bien, trasplantadas estas ideas al campo del Derecho administrativo y, concretamente, al terreno concreto del problema que se examina, y prescindiendo del primer supuesto de firmeza —actos excluidos de impugnación jurisdiccional—, que constituye un problema distinto, fácil es advertir que el segundo de los supuestos no tiene cabida en el ámbito de la cuestión que se considera. En efecto, no hay aquí conformidad ni consentimiento alguno del particular que pueda satisfacer al orden jurídico, sino precisamente lo contrario, esto es, impugnación de un acto administrativo mediante el recurso procedente y en tiempo hábil y falta de resolución expresa de la Administración acerca de dicho recurso. Ninguna otra obligación o carga pesan sobre el particular, que viene *facultado* —no *obligado*— por el legislador para acelerar la resolución definitiva de la cuestión mediante la interposición —*si lo desea*— de un nuevo recurso contra el silencio de la Administración, o *bien*, para esperar a que se pro-

(23) En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, loc. cit., y en *La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo*, en el número 10 de esta REVISTA, pág. 67, nota 4, siguiendo a GUASP al considerar el recurso de revisión como un recurso, no ya extraordinario, sino excepcional.

(24) En este sentido, por lo demás común, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Parte general, Madrid, 1961, pág. 306.

duzca la obligatoria resolución expresa de su recurso. Si el primer recurso, único que el particular tiene la carga de interponer, interrumpió el proceso de adquisición de firmeza del acto recurrido, es decir, de la resolución inicial de la Administración, esta resolución inicial de la Administración sigue sin ser firme, puesto que la impugnación del silencio negativo no constituye una obligación del interesado, sino una simple facultad alternativa, cuya falta de ejercicio no puede suponer el consentimiento o la conformidad necesarias para que la firmeza se produzca, sino una opción permitida por la Ley a favor del ejercicio de la segunda facultad por ella concedida: esperar a la resolución expresa.

Llegados a este punto, no parece posible dudar acerca de cuál sea la sanción que el Ordenamiento jurídico como tal liga a la obligación de la Administración de resolver expresamente: la imposibilidad de que la resolución inicial objeto de un recurso administrativo no resuelto gane firmeza y se convierta en inatacable a consecuencia del incumplimiento por la Administración de su deber de resolver. Esta es y no otra la verdadera sanción institucional con que el Ordenamiento en su plenitud pretende garantizar el cumplimiento de la obligación que impone, sanción deducida de la propia configuración institucional del silencio, que produce sus efectos en el ámbito propio de la institución en que nace y de la que es sujeto pasivo el de la obligación que garantiza. La sanción expresa en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo no es sino un añadido que pretende cubrir un supuesto especial de incumplimiento —la negligencia de la autoridad o funcionario responsables (25)—, una previsión dirigida a localizar la responsabilidad en el lugar donde se produce, de acuerdo con las reglas que presiden la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4. Descubierta de este modo la posibilidad de atacar en todo momento una decisión de la Administración sobre la cual, en vía de recurso, ésta no se ha pronunciado y justificada teóricamente dicha posibilidad, sólo resta contestar a aquellas preguntas —cómo y cuándo— que quedaron formuladas más atrás en el momento inicial de dicho descubrimiento.

Esto obliga a interpretar conjuntamente los preceptos que imponen la obligación de resolver y los que limitan la posibilidad de impugnación en caso de silencio negativo a un año. Esta interpretación sólo puede hacerse *uti valeat*, según el principio general que preside la interpretación de toda norma jurídica, es decir, sin que pueda prescindirse pura y simplemente de una de las normas —en este caso los apartados 2 y 4 del artículo 58 de la Ley jurisdiccional—, puesto que, mientras subsista como tal, obliga.

Quiere decirse con ello que, si bien es cierto que el acto administrativo objeto de un recurso no resuelto expresamente por la Administración, no adquiere firmeza por el hecho de que el particular esperando la resolu-

(25) Supuesto ya previsto además con carácter general por la propia Ley de Procedimiento administrativo, desde su primera redacción en el artículo 61, al establecer como plazo máximo el de seis meses para resolver los expedientes.

ción expresa de su recurso deje transcurrir el plazo de un año que la Ley establece para impugnar el silencio negativo en vía contenciosa, no lo es menos que, transcurrido dicho plazo, no puede aquel acto ser impugnado *directamente* por no existir plazo hábil para ello, a menos que se produzca después la resolución que habilite un nuevo plazo.

Debe desecharse, por tanto, la idea de una impugnación *directa* del acto inicial no firme, pero con ello no termina la gama de posibilidades que ofrece el Ordenamiento para garantizar la eficacia de la sanción que impone a la Administración en el caso de incumplimiento por ésta de su obligación de resolver. En el análisis de estas posibilidades está, pues, el principio del fin de esta indagación, y en él hay que situar, por consiguiente, la atención. Este es, precisamente, el problema de *lege data* con el que la sentencia de 25 de febrero de 1967 se ha enfrentado y ha resuelto, a mi entender, satisfactoriamente al conocer un supuesto en el que, transcurrido sobradamente el plazo de un año a partir de la producción del silencio negativo de la Administración en el recurso administrativo interpuesto por el demandante sin que éste hubiera deducido el contencioso, se procedió a reiterar en *vía de petición* el reconocimiento de sus derechos para provocar de ese modo un nuevo silencio de la Administración que habilitara un segundo plazo de recurso.

La sentencia en cuestión, al enfrentarse con este segundo silencio de la Administración, no se atuvo a formalismos que hubieran dado lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso, sino que, llevando a sus últimas consecuencias institucionales la naturaleza del silencio negativo como simple ficción legal de efectos procesales, rechazó la alegación de inadmisibilidad formulada por el Abogado del Estado y declaró lo que, en principio, podía parecer sorprendente, es decir, que la falta de resolución del recurso administrativo interpuesto inicialmente por el demandante contra el acto que dió origen al debate, impedía que dicho acto hubiera quedado firme, y que, no teniendo este carácter, no era posible apoyar en él la excepción de acto confirmatorio alegada.

Si al comienzo de este trabajo pudo parecer artificiosa la solución dada por la sentencia comentada, esta sensación inicial no puede mantenerse ahora una vez demostrado que la sanción que el Ordenamiento aplica a la Administración en los supuestos de incumplimiento por ésta de su obligación de resolver expresamente, es la falta de firmeza del acto inicial objeto del recurso administrativo no resuelto. Si a pesar de no ser firme dicha resolución inicial, la limitación de los plazos procesales establecida en los apartados 2 y 4 del artículo 58 de la Ley jurisdiccional impedía su impugnación directa una vez transcurrido un año, no por ello deja inerte el Ordenamiento al particular afectado por el incumplimiento de la Administración, ya que nada se opone a que éste inicie en vía de petición un nuevo procedimiento y acceda a través de él al contencioso.

El único obstáculo que en vía jurisdiccional puede surgir está en el artículo 40, a), de la Ley reguladora de la jurisdicción, y este obstáculo —«actos que son reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos

en tiempo y forma» (26)— carece de virtualidad alguna al faltar el acto inicial firme y consentido que constituye el presupuesto de su aplicación. Ni el silencio negativo es un verdadero acto del que pueda afirmarse su carácter confirmatorio o reproductor de uno anterior, ni este acto inicial es definitivo en vía administrativa —puesto que pudo ser recurrido en esa vía mediante el recurso no resuelto por la Administración—, ni mucho menos se convirtió en firme y consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma —ya que, por el contrario, fué objeto de un recurso interpuesto en tiempo hábil por su destinatario—.

El obstáculo de la limitación de los plazos procesales queda así superado sin que resulte contradicho el precepto legal que lo establece, y de este modo, mediante la distinción entre impugnación directa por medio de un recurso contencioso e impugnación indirecta a través de la iniciación de un nuevo procedimiento en vía de petición, se consigue dar efectividad a la obligación de resolver expresamente y llevar el silencio negativo a sus últimas consecuencias institucionales, hasta tanto se elimine esa pieza desajustada que constituye el artículo 58, apartados 2 y 4, de la Ley de la jurisdicción.

5. Hasta aquí el juego de argumentos extraídos de una interpretación ordinamental del silencio negativo justifica en el plano institucional la solución adoptada por la sentencia que se comenta. No obstante, existe un último argumento que abona esta solución y que constituye la justificación definitiva de la misma desde un plano distinto. En efecto, la inaplicabilidad de la excepción de acto confirmatorio no resulta simplemente de la inexistencia de un acto inicial firme y consentido que pueda resultar confirmado por el posterior recurrido en vía contenciosa, sino también de la aplicación de un principio general del Derecho que por sí mismo impide la declaración de inadmisibilidad. A lo largo del proceso analizado no hay sino un único fallo o irregularidad, y éste es, precisamente, el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente. Si sobre esta falta de resolución expresa, sólo imputable a la Administración, el representante de ésta pretende apoyar la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el interesado, resultaría que de prosperar la excepción alegada la Administración obtendría un beneficio de

---

(26) Sobre el tema del acto confirmatorio, vid. VILLAR PALASÍ, *La doctrina del acto confirmatorio*, en el número 10 de esta REVISTA, págs. 11 a 65, y GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, II, pág. 530. Afirma VILLAR que «la excepción del acto confirmatorio se fundamenta en la imposibilidad de reabrir los términos procesales perentorios». En relación con esta afirmación tiene interés recordar ahora que en materia de silencio existen dos plazos distintos que se corresponden con las dos facultades que el legislador otorga en estos casos al interesado. Uno de los plazos acaba al transcurrir un año desde la producción del silencio; el otro, sin embargo, no comienza hasta que se dicta la resolución expresa. En el supuesto que se examina no se trata, pues, de «reabrir» un plazo ya fenecido, sino de provocar un plazo nuevo, el segundo de los previstos por el legislador. De cualquier forma, no tiene duda que para que la excepción pueda prosperar es necesario que exista un acto anterior firme y consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma, acto que en este caso no existe.

su propia torpeza, resultado injustificable que supone una infracción flagrante del principio general *allegans propriam turpitudinem non auditur*. Esta regla impide en su significado más primario que una persona trate de obtener un resultado favorable para ella con fundamento en un acto o en una situación irregular, cuando de esta irregularidad o de esta ilegalidad es culpable el mismo que trata de obtener el beneficio (27).

Este nuevo argumento, con un transfondo ético evidente, viene a reforzar definitivamente la tesis formulada, cuya solidez no parece cuestionable.

## VI

La trascendencia de la sentencia de 25 de febrero de 1967 es, pues, evidente. Por una parte, y desde un punto de vista práctico, es notoria su importancia en cuanto consagra una fórmula capaz de evitar la pérdida de tantos derechos materiales como se producen a consecuencia de interpretaciones rigoristas y limitaciones convencionales que impiden o dificultan un control pleno de la actividad administrativa. Por otra parte, y en el plano dogmático, la solución consagrada por la sentencia en cuestión constituye el último hito de la evolución del silencio negativo como pieza fundamental de garantía de los administrados.

En efecto, cuando la exigencia de decisión previa que suscite la competencia revisora de la jurisdicción, pone al descubierto que la inactividad de la Administración determina la indefensión del administrado, la sustitución de esa decisión previa por un acto presunto que se entiende producido por el transcurso de un corto plazo de pasividad administrativa, constituye un logro fundamental.

Sin embargo, disipada la euforia inicial del descubrimiento, pronto se advierten los inconvenientes que derivan de la configuración de la *inactividad* de la Administración como un verdadero *acto*. Entendido como tal el silencio, ha de producir los efectos propios de todo acto administrativo, incluso efectos materiales, de tal forma que la garantía que en él se busca se vuelve muchas veces en perjuicio para el particular, cuyos derechos pretenden garantizarse. Es preciso entonces iniciar un proceso de depuración de la figura, llamado a devolver a ésta su primitivo y estricto origen procesal de presunción habilitante de un plazo de recurso. Este proceso de depuración, al ser impuesto por el legislador, tropieza con dificultades en el plano real, suscitadas por la rutina producida por la inercia de la concepción anterior en la Administración y los Tribunales llamados a hacerlo efectivo. Surge así un fatigoso diálogo entre la doctrina, el legislador y la jurisprudencia, que lentamente va dando sus frutos: admisibilidad de los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas posteriores al silencio formal de la Administración, reiteración del mandato legal de resolver expresamente, etc.

(27) Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 39.

En este estadio de la evolución, que es en el que nos encontramos, las dificultades iniciales subsisten y prácticamente el cumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente quedaba a su arbitrio a falta de una sanción expresa enérgica. El silencio negativo es, sí, una simple ficción legal de efectos procesales, pero estando limitado por el legislador, el acceso al contencioso contra ese silencio de la Administración, los efectos de éste, una vez transcurrido el plazo de un año que la Ley establece, son prácticamente los mismos que los que se producirían si el silencio, en lugar de ser una ficción procesal, fuera un verdadero acto.

En este callejón sin salida aparente es donde la sentencia de 25 de febrero de 1967 ha proyectado su luz al descubrir cuál es la verdadera sanción de la obligación legal de dictar resolución expresa y al dar un visto bueno a una fórmula superadora del último reducto de la vieja concepción del silencio negativo como un verdadero acto, aunque presunto. A partir de esta sentencia, si la doctrina en ella contenida se confirma, como es de desear, el silencio negativo de la Administración será pura y simplemente una ficción legal cuyos efectos se limiten a sustituir la decisión previa que pueda suscitar la competencia revisora de la jurisdicción con este único fin, del que ni podrá deducirse la firmeza del acto inicial del procedimiento en que el silencio se produce, ni se derivará, en ningún caso, la pérdida de los derechos materiales del administrado a consecuencia de la inactividad de la Administración. De este modo habrá terminado el proceso de depuración del silencio negativo, y sus consecuencias directas o indirectas quedarán estrictamente reducidas al fin para el que fué creado: la apertura inmediata de la vía jurisdiccional para que los Tribunales decidan sin demora las controversias que surjan entre la Administración y los administrados.

## VII

Solamente unas líneas ya para realizar unas últimas consideraciones. Si tradicionalmente nuestro Derecho administrativo se ha desenvuelto gracias al esfuerzo de la doctrina y al impulso innovador del legislador, frente a la postura conservadora a ultranza de la jurisprudencia —precisamente en el ámbito de la evolución del silencio negativo esta afirmación es especialmente válida— en una economía que GARCÍA DE ENTERRÍA ha calificado acertadamente de insana (28), justo es poner de relieve en este momento cómo en este caso ha sido la propia jurisprudencia quien ha dado el paso último y definitivo, consagrando una solución audaz que, lejos de ser un simple arbitrio, tiene, como ha podido comprobarse, pese a su excesivamente tímida formulación, un sólido fundamento institucional. Ello debe ser motivo de regocijo y esperanza en una hora, como la presente, en que la ciencia del Derecho administrativo tiene planteado el problema de la

(28) *Sobre el silencio administrativo...*, etc., pág. 216.

renovación de sus esquemas para adaptarse a una realidad que dista mucho de ser la que existía cuando aquellos esquemas fueron contruidos.

Por otra parte, conviene llamar la atención también acerca de las circunstancias en que la sentencia comentada se ha producido, concretamente respecto a la tensión entre los problemas de fondo y los de forma, en que el supuesto contemplado por dicha sentencia se debatía. Esta tensión, sin la cual la sentencia no se hubiera producido seguramente, muestra hasta qué punto es útil el casuismo en el proceso de creación y perfeccionamiento del Derecho y cuál es, singularmente, su utilidad en el campo propio de este Derecho cambiante y multiforme que es el administrativo, en el que tan difíciles resultan las formulaciones abstractas y generales. La virtud del caso es, en definitiva, la de poner a prueba la «normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones», tantas veces oculta por la inmediatez y concreción de las normas escritas (29).

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Ayudante de Derecho Administrativo  
en la Facultad de Derecho de Madrid.

---

(29) Mejor, «juricidad», como advierte S. MARTÍN RETORTILLO en *La doctrina del Ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo*, estudio preliminar de la edición española de *El Ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, págs. 53 y sigs.