

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



"As a far faces (Lo que has de hacer, hazlo)"

Divisa de Martín I, llamado el Humano, conde-rey de Cataluña y Aragón (1356-1410)

"A mi modo de ver, lo que caracteriza de veras un sistema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo que no se aplica: si queremos descubrir el auténtico sentido de nuestro Derecho administrativo, tendremos que analizar la parte del mismo que duerme en los mausoleos del *Boletín Oficial*, así como las causas de su inaplicación. Dicho con otras palabras: el Derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma (legal o ilegal) que tiene la Administración de aplicar las normas, sino que debe extender su análisis a la propia inaplicación de tales normas (la llamada inactividad administrativa), que es una de las formas más refinadas de ilegalidad."

(NIETO GARCÍA, Alejandro: "La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo" en *RAP* 76, enero-abril 1975, p. 18).

"Nuestra Administración funciona con atorrante lentitud. Lo del llamado impulso "de oficio" parece algo de otro mundo, que no va con la Administración española. En un procedimiento, ante una petición o solicitud a lo más, *se responde* con "un papel", pero no se procede a su seguimiento, ni menos aún se atiende a su resultado. ¿Se realiza algún cómputo de los tiempos empleados en las diferentes tramitaciones? Hay también la consciencia social de que sin recomendación, sin que haya "alguien" que empuje, nada se mueve en la Administración. Y muchas veces no falta razón."

(MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El reto de una Administración racionalizada*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, 1983, p. 64).

"La gestión del tiempo (time-based management) dirigida a la realización más rápida posible de los proyectos industriales, sin embargo, perderá su utilidad si las nuevas instalaciones necesarias requieren una autorización administrativa, que demora años. Aunque de manera mucho más débil que en los países socialistas, pero de todos modos creando un peligro para el rendimiento de la industria, aparece una burocracia estatal que se interpone entre los proyectos de inversión y su realización; ciertamente, no se trata de la burocracia propia de un país de economía planificada, pero es una burocracia de la autorización que verifica de una manera tradicional, cuidadosamente y a conciencia, si se han observado las prescripciones legales."

(BULLINGER, Martin: "Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)" en *REDA* 69, enero-marzo 1991, p. 6).

ABREVIATURAS *:

AA*	Actualidad Administrativa
art	artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
Autonomies*	Autonomies, Revista catalana de Derecho público
BCN*	Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOC	Boletín Oficial de Canarias
BOCant	Boletín Oficial de Cantabria
BOCG-CD	Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados)
BOCyL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Butlletí Oficial de les Illes Balears
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia
BOPC	Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya
BOR	Boletín Oficial de La Rioja
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CA	Comunidad Autónoma
Cc	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución española de 1978
CERA	Centro de Estudios Ramón Areces (editorial)
DA*	Documentación Administrativa
DAd	Disposición Adicional
DOCM	Diario Oficial de Castilla-La Mancha
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOGV	Diari Oficial de la Generalitat Valenciana
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento jurídico
IEA	Instituto de Estudios Administrativos
IEAL	Instituto de Estudios de Administración Local
LJCA	Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa
LPA	Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
NEJ*	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
PJ*	Poder Judicial

* Las abreviaturas señaladas con un asterisco hacen referencia a publicaciones o revistas jurídicas especializadas.

PLJCA	Proyecto de Ley Reguladora de la la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, Informe de la Ponencia de 3 de enero de 1996.
RAP*	Revista de Administración Pública
RAAP*	Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración pública
RArAP*	Revista Aragonesa de Administración Pública
RCAP*	Revista Canaria de Administración Pública
RCDI*	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDAF*	Revista de Derecho Administrativo y Fiscal
RDU*	Revista de Derecho Urbanístico
RDUyMA*	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
REALA*	Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica
REDA*	Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo
REDC*	Revista Española de Derecho Constitucional
ref. Ar.	Referencia Repertorio Aranzadi
REP*	Revista de Estudios Políticos
REVL*	Revista de Estudios de la Vida Local
RGAP*	Revista Galega de Administración Pública
RJC*	Revista Jurídica de Catalunya
RMAL*	Revista Moderna de la Administración Local
ROAS	Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio (DOGC 2066, de 23 de junio de 1995)
RSCL	Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (BOE 196, de 16 de julio de 1955)
RT*	Revista de los Tribunales y de la Legislación Universal
RTDP*	Rivista trimestralle di Diritto pubblico
s/f	sin fecha
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SUMARIO:

A MODO DE JUSTIFICACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA TEORÍA DE LOS PODERES Y DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

CAPÍTULO TERCERO. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO CUARTO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA Y ANEXO LEGISLATIVO

INDICE:

A MODO DE JUSTIFICACIÓN (SOBRE EL INTERÉS Y ALCANCE DE ESTE TRABAJO Y SOBRE LA METODOLOGÍA Y SISTEMÁTICA UTILIZADA EN ESTA INVESTIGACIÓN)

CAPÍTULO PRIMERO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

I.- EL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

- 1.- La exigencia de celeridad en la actuación administrativa a través de las diversas concepciones del Estado de Derecho pp. 1-16
- 2.- La recepción del ordenamiento español del concepto de Estado de Derecho y su influencia en el factor tiempo de la actuación administrativa
 - 2.1.- El Estado liberal burgués y la construcción del Derecho administrativo pp. 16-33
 - 2.2.- La Restauración canovista: hacia un planteamiento forense del Derecho administrativo pp. 33-46
 - 2.3.- La Dictadura de Primo de Rivera y la II República: el silencio administrativo en los Estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo y en la legislación republicana pp. 46-56
 - 2.4.- El "Estado administrativo de Derecho" en el régimen del General Franco pp. 56-88
 - 2.5.- La construcción de una nueva concepción del Estado y de la Administración pública desde un modelo autoritario: la transición española y la incorporación a la Europa comunitaria pp. 89-103
- 3.- Recapitulación: La creciente importancia del factor tiempo en la historia del Derecho administrativo a través de las diversas concepciones del Estado de Derecho pp. 103-105

II.- LOS NUEVOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

- 1.- La adecuación de la actividad administrativa a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho pp. 106-116
- 2.- La falsa dialéctica entre eficacia y garantías: huida del Derecho y ralentización de la actuación administrativa pp. 116-127
- 3.- El principio de eficacia y la exigencia de celeridad en la actuación de la Administración pública pp. 127-148

III.- LAS DIVERSAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU EXIGENCIA A TRAVÉS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

- 1.- Actividad administrativa e inactividad: dos comportamientos opuestos que presentan una perspectiva de análisis común . . . pp. 148-161
- 2.- Las diversas clasificaciones de la actividad administrativa como punto de partida para la formulación de una tipología en

el estudio de la inactividad administrativa	pp. 161-169
3.- El concepto de función administrativa y sus elementos como superación de la clásica tipología de las formas de actividad y como replanteamiento del estudio de la inactividad	pp. 169-177
4.- La inactividad administrativa desde el elemento subjetivo	pp. 177-178
4.1.- Inactividad de efectos unilateral y multilaterales	pp. 178-185
4.2.- Inactividad en relaciones unilaterales y en contractuales o negociadas	pp. 185-190
5.- La inactividad administrativa desde los elementos atributivo y final	pp. 190-191
5.1.- Inactividad en la Administración de dirección y control	pp. 191-197
5.2.- Inactividad en la Administración prestacional y de incentivación	pp. 197-206
6.- La inactividad desde el elemento objetivo o de resultado	
6.1.- Inactividad jurídica	pp. 206-208
6.1.1.- Inactividad jurídico-sustancial: remisión	
6.1.2.- Inactividad jurídico-formal: remisión	
6.2.- Inactividad material: remisión	pp. 208-210
7.- Recapitulación: El silencio administrativo como una respuesta parcial a las exigencias de la Administración actual	pp. 210-211

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA TEORÍA DE LOS PODERES Y DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

I.- LOS EFECTOS DEL TRANCURSO DEL TIEMPO EN EL EJERCICIO DE PODERES Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS: PANORÁMICA GENERAL

1.- La influencia del transcurso del tiempo en el ejercicio de poderes y potestades administrativas: Plazos de prescripción y plazos de caducidad	pp. 212-220
2.- Los efectos del transcurso del tiempo en diversas clases de poderes y potestades administrativas: principales consecuencias jurídicas	
2.1.- Los poderes y las potestades administrativas: breves consideraciones en torno a estas categorías y su relevancia a los efectos de una sistematización en este estudio	pp. 221-224
2.2.- Poderes normativos y potestades planificadoras	
2.1.1.- El ejercicio de la potestad legislativa por el Gobierno: la delegación legislativa	pp. 224-233
2.1.2.- La potestad reglamentaria y la deslegalización	pp. 233-248
2.1.3.- La potestad planificadora.	

Especial consideración del ámbito urbanístico	pp. 248-259
2.3.- Potestad sancionadora	pp. 259-283
2.4.- Potestades ablatorias no sancionadoras	pp. 283-284
2.4.1.- La potestad expropiatoria	pp. 284-292
2.4.2.- La potestad tributaria	pp. 292-299
2.4.3.- La potestad de ejecución forzosa	pp. 299-302
2.4.4.- La potestad de revisión de oficio	pp. 302-310
2.5.- Potestades relativas a bienes públicos	pp. 310-312
2.5.1.- Potestades relativas a la protección de bienes públicos	
2.5.1.1.- Potestades destinadas a garantizar la titularidad y posesión de bienes públicos: En especial la recuperación de oficio. La alternativa de la acción subrogatoria	pp. 312-322
2.5.1.2.- Potestades destinadas a la reparación de los daños ocasionados a los bienes públicos	pp. 322-327
2.5.2.- Potestades relativas a la utilización de bienes públicos	pp. 327-338
2.6.- Recapitulación: La importancia de los efectos del transcurso del tiempo en el ejercicio de las potestades administrativas	pp. 338-343

II.- EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO EFECTO DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL EJERCICIO DE DETERMINADAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

1.- La formación del silencio administrativo y su incidencia en el ejercicio de la potestad	
1.1.- El silencio positivo y la caducidad	pp. 344-355
1.2.- La atenuación del carácter automático del silencio positivo: la suspensión del plazo	pp. 355-364
2.- El silencio administrativo en el ejercicio de potestades de control y autorización sobre actividades privadas	
2.1.- El silencio positivo como límite al ejercicio de potestades administrativas	pp. 364-370
2.2.- La comunicación previa como alternativa a la existencia de potestades administrativas	pp. 370-386
2.3.- Recapitulación: La eventual viabilidad del silencio administrativo como mecanismo alternativo al ejercicio de potestades administrativas	pp. 386-394
3.- El silencio administrativo y ejercicio de potestades de control en el ámbito de las relaciones interadministrativas e interorgánicas	
3.1.- Las relaciones interadministrativas e interorgánicas como ámbito tradicional e histórico del silencio positivo	pp. 394-399

1.1.- El principio de oficialidad	pp. 599-601
1.2.- El principio de economía procesal. Especial referencia a la dicotomía sumariedad- urgencia	pp. 601-604
2.- La posibilidad de prescindir o unificar trámites. Especial consideración de los procedimientos simplificados o abreviados	pp. 604-609
3.- La alteración del orden de incoación de los asuntos	pp. 609-612
4.- El carácter secuencial del procedimiento como garantía: posibles alternativas	pp. 612-616
5.- La inactividad en el ejercicio de la función consultiva y de asesoramiento: los informes y dictámenes	pp. 616-617
5.1.- Clases de informes y dictámenes y régimen jurídico de la inactividad	pp. 617-625
5.2.- Clases de órganos consultivos y régimen jurídico de la inactividad en la producción de informes y dictámenes	pp. 625-634
5.3.- Efectos procesales del informe favorable producido por silencio	pp. 634-638
5.4.- La posibilidad de acudir a órganos alternativos externos, publicos o privados	pp. 638-642
6.- La influencia de los informes y dictámenes en la producción del silencio positivo	pp. 642-644
III.- LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL ACCESO A OTRAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS O JURISDICCIONALES EN LOS CASOS DE INACTIVIDAD	
1.- La inactividad administrativa como forma de terminación del procedimiento administrativo: la caducidad o perención	pp. 644-663
2.- La inactividad administrativa como forma de acceso a otros procedimientos administrativos o jurisdiccionales: el silencio negativo	pp. 663-666

CAPÍTULO CUARTO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

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

1.- El silencio administrativo en la evolución de la teoría del acto administrativo	pp. 667-694
2.- El silencio administrativo en la clasificación de los actos administrativos	
2.1.- La distinción entre acto presunto, acto tácito y acto ficticio	
2.1.1.- La utilidad de la dicotomía presunción-ficción en relación al silencio administrativo	pp. 695-703
2.1.2.- La distinción entre el silencio administrativo y los actos tácitos e	

implicitos. La problemática de la tolerancia administrativa	pp. 703-715
2.2.- La inadecuación de las categorías expuestas para calificar o definir el silencio administrativo	pp. 716-717
3.- La teoría del acto consentido y su aplicación al silencio administrativo. El régimen de impugnación de los actos presuntos	
3.1.- La aproximación de la naturaleza jurídica del silencio negativo y positivo en torno al denominado acto presunto	pp. 717-723
3.2.- El plazo para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la técnica del silencio negativo	pp. 723-726
3.3.- La impugnación del silencio positivo	pp. 726-729
II.- EL ESTUDIO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	
1.- La teoría de los elementos del acto y sus diversas consecuencias jurídicas: perfección, validez, eficacia y extinción	pp. 729-732
2.- Los elementos esenciales para la perfección del acto presunto	pp. 732-733
2.1.- La presentación de la solicitud por el interesado	pp. 733-735
2.2.- El transcurso del plazo legalmente establecido	pp. 735-743
2.3.- La ausencia de actividad con efectos paralizantes o suspensivos sobre el plazo	pp. 743-745
3.- La certificación: elemento de perfección y eficacia del acto presunto	pp. 745-750
3.1.- La solicitud de certificación y la denuncia de la mora: una perspectiva de comparación	pp. 750-751
3.2.- La certificación de acto presunto como documento público	pp. 751-754
3.3.- El órgano competente para emitir la certificación.	
3.3.1.- La prohibición de delegar la expedición de certificaciones	pp. 754-756
3.3.2.- La emisión de certificaciones en el caso de órganos colegiados	pp. 756-758
3.4.- El contenido formal de la certificación y su ajuste con la realidad: posibles vías de impugnación	pp. 758-762
3.5.- La eventual pervivencia de la denuncia de la mora en algunos procedimientos sectoriales	pp. 762-767
3.6.- La posible exigencia de la certificación en vía de recurso administrativo	pp. 767-770
3.7.- La exigencia de la certificación y la vía del	

procedimiento preferente y sumario de la Ley 62/1978	pp. 770-774
4.- El problema de las denominadas resoluciones tardías . . .	pp. 774-779
5.- Los elementos esenciales para la validez del acto presunto y las consecuencias jurídicas de su no concurrencia	
5.1.- Las categorías de la invalidez del acto y su aplicación al silencio administrativo: nulidad, anulabilidad e inexistencia	pp. 779-781
5.2.- La tesis de la "esponja" o la "inexistencia" del acto administrativo adquirido por silencio positivo	pp. 781-784
5.3.- La tipificación de un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho para los actos presuntos: la ausencia de requisitos esenciales para la adquisición de facultades o derechos	pp. 784-803
5.4.- Invalidez y extinción del acto presunto	
5.4.1.- La revisión de los actos presuntos en vía administrativa: anulación de oficio y revocación	pp. 803-807
5.4.1.- La "irrevocabilidad" de los actos administrativos favorables y declarativos de derechos: fundamento y aplicación al silencio positivo	pp. 807-814

CONCLUSIONES	pp. 815-828
-------------------------------	--------------------

BIBLIOGRAFÍA Y ANEXO LEGISLATIVO

I.- BIBLIOGRAFÍA

1.- Bibliografía sobre el silencio administrativo	pp. 829-840
2.- Bibliografía sobre la inactividad administrativa	pp. 840-842
3.- Bibliografía sobre el factor tiempo y la tramitación de procedimientos administrativos	pp. 842-844
4.- Bibliografía general	pp. 845-903
II.- ANEXO LEGISLATIVO	pp. 904-917

A MODO DE JUSTIFICACIÓN (SOBRE EL INTERÉS Y ALCANCE DE ESTE TRABAJO Y SOBRE LA SISTEMÁTICA Y METODOLOGÍA UTILIZADA EN ESTA INVESTIGACIÓN)

Sobre el interés y alcance de este trabajo

Aunque el sentido de este trabajo de investigación puede deducirse de su índice y de su propio contenido, considero oportuno antes de iniciarlo, exponer ciertas reflexiones acerca del mismo para poder comprender mejor qué interés puede aportar, de qué trata y de que no trata, al tiempo que hacer algunas precisiones sobre el método y sistemática que se han utilizado. Por este motivo, en este momento, quiero detenerme a exponer de forma sumaria la génesis del mismo, el porqué de su elección, su intención y sentido, su objeto formal, sus límites y si se me permite su originalidad.

La memoria que aquí se presenta para la colación del grado de doctor en Derecho bajo el título Silencio administrativo e inactividad. Contribución al estudio del transcurso del tiempo en el ejercicio de funciones administrativas es el resultado de un proceso de maduración gestado en el seno del Departamento de Derecho administrativo de esta Universidad en la que he cursado mis estudios de doctorado primero con una beca de investigación y posteriormente como ayudante y titular interino de Escuela universitaria, bajo la dirección e impulso del profesor Dr. D. Tomàs Font i Llovet. Este proceso se centró en sus inicios en varios trabajos de investigación que han sido determinantes en mi formación en Derecho administrativo y que me han permitido enfocar la elaboración de esta tesis desde unas perspectivas concretas. En primer lugar debo destacar mi memoria de licenciatura con el título La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador, que ha sido publicada como monografía por la Editorial Civitas, en la cual pude examinar e interesarme por la jurisdicción contenciosa administrativa como proceso revisor y en la teoría de las presunciones. Aspectos que me ofrecieron cierta reflexión de utilidad para el examen de la teoría del acto previo en cuanto a su influencia en el nacimiento del silencio administrativo y para la depuración de conceptos tales como el acto presunto como construcción y mito dogmático que elaboró nuestra doctrina y que se ha recogido en los más recientes textos legislativos. En segundo lugar realicé un trabajo sobre "La reciente evolución de la tutela

cautelar en el proceso contencioso-administrativo" que tuve la oportunidad de publicar en el homenaje jubilar al profesor González Pérez y otro sobre "La prescripción en el Derecho administrativo sancionador", publicado en la Revista Jurídica de Catalunya, ambos me hicieron sensibilizarme con el factor tiempo en el ejercicio de potestades públicas y especialmente en su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La elección de este tema que se reafirmó con las líneas de investigación señaladas fue, empero, anterior por cuanto el estudio del silencio administrativo me interesó desde la finalización de mis estudios de licenciatura, acabados el año 1990. En ese momento se acababa de promulgar y publicar la primera Ley autonómica que reguló de forma general el silencio administrativo: la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de las Administración de la Generalidad. Ley que fue precursora y avanzadilla de importantes cambios normativos que cristalizaron con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC). La "novedad", por así decirlo, de un tema tan clásico como el silencio administrativo despertó mi interés por su análisis que, además, me permitía abordar otros muchos temas capitales del Derecho administrativo como son las potestades, el acto administrativo, el procedimiento administrativo, las autorizaciones. Y, a la vez, profundizar en la gestión de muchas de estas categorías en las clásicas construcciones civilistas sobre el acto y el negocio jurídico, el deber y la obligación, la prescripción y la caducidad. Construcciones que necesitan una profunda reelaboración y adaptación desde la perspectiva del Derecho público.

Ya en un primer momento de esta investigación pude constatar la numerosa e ingente bibliografía existente sobre la materia. La proliferación de tantas publicaciones podría llegar a cuestionar la oportunidad de volver, una vez más, sobre este tema. En este sentido decía MARTINEZ USEROS en 1947 que el problema del silencio, que tan dilatadamente ha ocupado la atención de los juristas, le parecía que no merecía mayores consideraciones. Desde entonces a ahora, sin embargo, se han sucedido numerosos estudios sobre el silencio que ha constituido un tema recurrente en nuestro panorama jurídico-doctrinal, superando con exceso los existentes hasta aquella ahora lejana fecha. Esta copiosa bibliografía no se ha correspondido siempre con la calidad de los trabajos, en muchos casos meritorios pero con

frecuencia reiterativos, limitándose a apuntar ciertos problemas menores pero sin llegar a replantear el silencio como institución. Una notable excepción a tal panorama lo constituye el número monográfico de la revista Documentación administrativa dirigido por el profesor PAREJO ALFONSO, así como diversos trabajos monográficos de los profesores GARRIDO FALLA, GARCÍA DE ENTERRÍA, MARTÍN MATEO, NIETO GARCÍA y GÓMEZ-FERRER MORANT entre otros, así como más recientemente la tesis doctoral de Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. En la fase final de elaboración de esta trabajo ha aparecido, además, la importante tesis de Marcos GÓMEZ PUENTE sobre la inactividad de los poderes públicos, cuyas aportaciones han procurado ser incorporadas en la medida de lo posible en este trabajo. Las importantes transformaciones que experimenta recientemente la Administración y su ordenamiento peculiar, el Derecho administrativo, obliga a reconsiderar el tema de la inactividad, especialmente su vertiente formal y la teoría de los silencios, desde nuevas coordenadas jurídicas. Esta tesis tiene como norte este ingente propósito y quedarían recompensados los objetivos de su autor si se diera un avance, aunque modesto, en la línea ahora propuesta.

Por lo que respecta al objeto material de este trabajo, no es un mero examen centrado en una única institución, el silencio administrativo. En la elaboración de esta tesis se ha partido de una institución para encuadrarla en una problemática más amplia, la inactividad administrativa. Este enfoque permite al entrar en contacto directo con la realidad examinada ver los límites de una institución que no es ningún remedio taumatúrgico, sino un instrumento más a disposición del jurista, del funcionario y del ciudadano para resolver un problema que padecen nuestras Administraciones públicas. Asimismo, la perspectiva utilizada permite realizar un examen comparativo con otras instituciones que el Derecho ha creado para resolver el problema del tiempo y de la inactividad en el Derecho administrativo. Así figuras como la prescripción y la caducidad, entre otras, son objeto de análisis para ver los puntos de contacto y las diferencias existentes. Es más, a través de esta comparación podemos perfilar más la naturaleza jurídica de la institución protagonista de este trabajo y, a través de la misma, intentar clarificar el régimen jurídico que ha diseñado un complejo y disperso cuerpo normativo.

Podría llegar a pensarse que la presumible originalidad de este trabajo reside en examinar

una institución clásica a la luz de un nuevo ordenamiento. Nada más alejado de nuestra intención, pues los aparentes vaivenes a que nos somete constantemente el legislador nos demuestran que en realidad muchas de las novedades que se presentan en apariencia como tales, no son sino la plasmación de conclusiones y esquemas que ya estaban presentes con anterioridad. Se ha querido evitar, además, un análisis meramente descriptivo de la institución del silencio administrativo y de los ámbitos sobre los cuales ésta recae. En este sentido somos conscientes de que un excesivo apego a la letra de ley, no sólo convertiría este trabajo en una glosa o comentario más a la Ley 30/1992, sino que limitaría la vigencia de este estudio en un marco temporal muy concreto. Pensemos que el Derecho administrativo es un paradigma claro de lo que Carl SCHMITT calificó como el fenómeno de la "legislación motorizada". Esto obliga al estudioso de esta disciplina a despegarse de un excesivo positivismo si no se quiere cumplir la clásica objeción que realizaba Von KIRCHMANN en su libro La jurisprudencia no es ciencia: "Tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura". Por este motivo hemos potenciado el estudio dogmático de la institución del silencio. De otra parte, nuestro estudio no pretende ser una mera disquisición sobre doctrinas españolas y extranjeras, despegadas de la realidad positiva. Al contrario, se pretende concebir un instrumentario válido con el que examinar y explicar el ordenamiento presente, y a la vez entrever posibles mejoras que sirvan a otros juristas para comprender los problemas que plantea el fenómeno de la inactividad administrativa.

Esta tesis quiere serlo no sólo en la primera de las dos acepciones que el vocablo tiene según el Diccionario de la Real Academia Española, es decir: "disertación escrita que presenta a la Universidad el aspirante al título de doctor en una facultad", sino también en la segunda: "conclusión, proposición que se mantiene con razonamientos". En este sentido debería tomarse realmente la propia dicción de la norma cuando, al regular los estudios de doctorado, habla de "un trabajo original de investigación". Desde esta perspectiva, la función del jurista se centra en la tarea de suministrar un sistema de conceptos, instituciones, principios y reglas jurídicas que facilite el manejo del Derecho, otorgándole orientación y seguridad. Por eso el objetivo constante de esta tesis no es la de exponer meramente el "estado de la cuestión" en los temas que desarrolla, sino que pretende examinarlos desde otra forma de ver las cosas, aportando el propio punto de vista del autor. Para ello se ha

utilizado una determinada sistemática que se aparta, al menos en ciertos momentos, del análisis clásico que se sigue al estudiar el silencio administrativo. Y además se sigue una concreta metodología a través de la cual puede observarse como se han trabajado los materiales utilizados en esta memoria de investigación y en qué aspectos se ha puesto más énfasis y mayor interés. Con estos instrumentos se ha pretendido construir este trabajo y unas conclusiones que se relacionan al final del mismo.

Sobre la sistemática

Esta orientación quise reflejarla ya en la misma sistemática de los grandes bloques que conforman esta memoria o tesis de doctorado. Se parte de los principales ejes que vertebran nuestro Derecho administrativo: actividad, potestad, procedimiento y acto, donde se va encuadrando sucesivamente la problemática del silencio positivo. De esta forma se parte de lo más genérico y se va descendiendo hacia lo más específico, pues el acto administrativo se forma a través de un procedimiento en el cual se ejercita una potestad, la cual es una de las diversas formas de actuación administrativa. Si el Derecho administrativo no gira exclusivamente en torno a la figura del acto administrativo, debe cuestionarse que la problemática del silencio positivo, y en general de la inactividad, haya también ceñirse a aquella institución. Por éste motivo me alejo de la clásica estructura de la cual parte la mayoría de los autores, que centran su estudio exclusivamente dentro de la dogmática del acto administrativo. Según veremos, y como ha sido destacado por SANTAMARÍA PASTOR, el tradicional punto de análisis conlleva una serie de inconvenientes que podrían intentar superarse replanteando la esencia misma de la institución y extrayéndola del acto administrativo. Ello no quiere decir, empero, que deba desconocerse el importante papel que ha jugado la teoría del acto en el intento de garantizar la situación de los particulares frente a la pasividad de la Administración pública.

El por qué de esta sistemática surge a raíz del análisis de una de las definiciones más logradas y que más éxito han tenido sobre el silencio administrativo, hasta el punto que ha sido recogida en los fundamentos de Derecho de diversas sentencias. Así se ha señalado que mientras el silencio negativo era una mera ficción procesal a efectos de dar jurisdicción, el silencio positivo venía a sustituir la técnica de una autorización o aprobación previa por la

de un veto. El análisis de esta definición conducía inevitablemente, desde que el punto de vista que se sustenta en este trabajo, a la teoría de las potestades. De esta forma se podría verificar si realmente estábamos ante la transformación de una potestad autorizatoria por la de un veto o más bien nos encontramos ante un tema de limitación de poderes por el transcurso del tiempo.

Ahora bien, desde el propio examen de la teoría de las potestades se redescubre el océano de que el Derecho administrativo no se agota en el fenómeno mismo de los poderes, pues como ya señaló hace muchos años Léon DUGUIT, este Derecho lo es también de prestaciones y de servicios públicos. Por tanto, era necesario acudir a un plano superior que nos lo daba el análisis de las diversas formas de actuación administrativa, para poder verificar desde una atalaya más adecuada, la parcialidad de la solución que constituye el silencio administrativo.

Desde el análisis de los diferentes tipos de actividad administrativa se pueden constatar los efectos y distorsiones que la introducción de mecanismos como el silencio positivo provocan cuando se produce una inactividad de la Administración pública. El silencio positivo tiene su campo de normal de operatividad en aquellas actividades en las que la Administración pública ejercita potestades públicas. Ello es así, por cuanto el silencio positivo genera efectos substantivos y no meramente procedimentales, erigiéndose como un límite o freno de poderes y potestades administrativas. En cambio, en otro tipo de ámbitos, donde la Administración no es la Administración de autoridad sino la Administración que presta servicios a sus ciudadanos y donde negocia con los particulares, el silencio positivo pierde su sentido originario, desvirtuándose su carácter de límite. Por tanto, aunque en apariencia en tales casos se esté otorgando lo que el particular solicita, si persiste la inactividad administrativa, se lo está reenviando a un litigio ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, tal como ya sucedía con el silencio negativo.

Ahora bien, el silencio positivo no tiene efectos meramente substantivos, sino que surge en el seno de un procedimiento administrativo, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de resolver. Desde esta dinámica, puede verse como hay otros elementos, a parte del silencio positivo, que pueden contribuir a acelerar la maquinaria administrativa para

poder llegar a cumplir los plazos en tiempo. Se trata en definitiva de dinamizar el procedimiento administrativo, evitando que su plasmación en una serie de secuencias o actos procedimentales lleve en la práctica a ralentizar su terminación en un tiempo razonable para no frustrar las expectativas de los ciudadanos que se ven implicados en el asunto. Ciertamente son numerosos los instrumentos de los cuales dispone el legislador para simplificar y agilizar el procedimiento. En este trabajo no se pretende realizar un examen exhaustivo y pormenorizado de cada una de estas instituciones, sino poner de relieve los aspectos de las mismas que incidan de forma directa con el factor tiempo en el procedimiento administrativo. La delimitación temática así trazada y la restricción del enfoque a los elementos más significativos no es arbitraria, sino que pretende evidenciar que el fenómeno de la denominada inactividad formal no se agota exclusivamente en la teoría de los silencios administrativos.

En fin, también se dedicará un apartado a examinar el silencio desde la perspectiva del acto administrativo. Las elaboraciones conceptuales clásicas han forjado dentro de esta institución la problemática de la denominada inactividad formal. En este punto, se quieren poner de manifiesto los inconvenientes de asumir exclusivamente esta perspectiva. Si bien, ha sido precisamente a través de la teoría del silencio administrativo en donde se han creado toda una serie de garantías para el particular en los fenómenos de inactividad, al mismo tiempo tales garantías pueden suponer un lastre tanto para el ciudadano afectado como para la Administración incumplidora de su deber de resolver.

Sobre la metodología

Por lo que atañe a la metodología empleada quisiéramos hacer énfasis en varios puntos esenciales: el análisis histórico, la utilización del Derecho comparado, la legislación y la jurisprudencia, así como la terminología empleadas.

El dato histórico ha sido fundamental y constante punto de referencia a lo largo de este trabajo. Se ha querido evitar caer en un inútil acopio cronológico de datos, meramente erudito, para intentar, en cambio, captar los avances que se han producido en el control de la denominada inactividad administrativa, así como intentar aprender del pasado y corregir

los fallos que pueden presentar las diversas alternativas legislativas y jurisprudenciales. Como señaló NIETZSCHE, lo que tiene historia no tiene definición. Por tanto, debe evitarse recaer en apriorismos y construcciones que van arrastrándose desde hace años. El examen histórico permite ver en nuestro caso, como el silencio administrativo no nace necesariamente como un instituto eminentemente garantizador de los derechos del administrado, hoy ciudadano, sino que va unido a razones eminentemente prácticas destinadas más bien a facilitar el acceso a los órganos que detentan la jurisdicción contencioso-administrativa. Este carácter garantizador será una constante lucha que se produce sucesivamente y en la que autores y jurisprudencias intentarán solucionar el recurrente problema de la inactividad administrativa.

Como ha señalado el profesor MUÑOZ MACHADO, sólo viendo la formación histórica de los dogmas, puede aprenderse a respetarlos y comprender lo poco que cada estudioso aporta a las soluciones que otros, antes que él, han esbozado y desarrollado. Por tanto este método impedirá redescubrir océanos muchas veces visitados o imputar incorrectamente las ideas, que resultan del esfuerzo individual de muchos, a los divulgadores últimos.

La utilización del dato histórico se ha realizado esencialmente desde una perspectiva diacrónica, esto es como una exposición o desarrollo de hechos a través del tiempo. De esta forma hemos intentado analizar la génesis y evolución del silencio administrativo y de la inactividad conectándola con los sucesos y transformaciones de la Administración como de la sociedad, problemas a los cuales el Derecho no puede mantenerse indiferente o sordo. En algunos momentos hemos intentado ver la correspondencia o coincidencia de hechos o fenómenos en el tiempo, desde una perspectiva sincrónica, debido a los paralelismos que presentan entre sí fenómenos aparentemente aislados.

El Derecho comparado se ha querido utilizar, como señaló el profesor NIETO en un artículo publicado en los años sesenta, en la medida en que pudieran adquirirse nuevas perspectivas sobre nuestro propio Derecho. Por tanto, consideramos que el Derecho extranjero es útil como instrumento, pero no es el fin en sí mismo. Por este motivo hemos prescindido de realizar un capítulo dirigido a describir la solución que da un ordenamiento extranjero a la problemática del silencio administrativo positivo. Esta tesis no pretende describir

ordenamientos, sino intenta construir un método de análisis y comprensión del ordenamiento español, en el cual deben utilizarse diversos elementos entre los cuales encontramos el Derecho de otros países. Con todo nuestra selección ha sido limitada acudiendo, en la medida de nuestros conocimientos, a los ordenamientos más próximos a nuestro entorno cultural, e intentando siempre que ha sido posible acudir a las fuentes originales.

En este sentido en la doctrina española existe una acusada tendencia a "importar" conceptos e instituciones forjadas en otros ordenamientos y en otras tradiciones jurídicas. Quizás ello responda al propio talante de los pueblos de la Península ibérica que tienden a ver lo de fuera como lo mejor y lo propio como de inferior calidad. Pero probablemente sea en gran medida el resultado de nuestra propia historia reciente en que se ha tenido que acudir al extranjero para suavizar y democratizar la aplicación del Derecho en el marco de un Estado hasta hace muy bien poco autoritario. Esta inercia se mantiene hoy en día y quizás se ha visto agravada en gran parte por la incorporación del Estado español a la Unión europea. En cualquier caso tal opción no es en sí misma criticable, pero cuando se opta por ella hay que ser conscientes de las posibles contradicciones y distorsiones que puede provocar su aplicación indiscriminada en nuestro ordenamiento jurídico. También tales "importaciones" nos hacen dudar de su utilidad, por cuanto en el momento de realizarse es muy probable que ya existieran en nuestro sistema mecanismos jurídicos que ya nos permitían alcanzar soluciones similares. En tales casos es probable que se llegue a aumentar la confusión en el manejo de conceptos e instituciones a la cual ya somos bastante propicios.

Tal vez un ejemplo reciente de la tendencia "importadora" haya sido el acudir al concepto de "mala administración", para definir una realidad de tan difícil aprehensión como es la inactividad administrativa. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este concepto surgió en una realidad muy distinta a la nuestra, como es el ámbito de los países de la Commonwealth, precisamente para limitar las competencias del ombudsman o defensor del pueblo. Recientemente este concepto ha sido asumido por el ordenamiento europeo, precisamente para definir las competencias de una institución muy nueva como es el Defensor del Pueblo europeo, cuya propia existencia ha sido cuestionada por sus homólogos en los Estados miembros. En cualquier caso, pese a la bondad intrínseca que pudiera tener este concepto, cabe dudar de su propia efectividad para definir una realidad tan amplia como

puede ser cualquier infracción del art. 103 de la CE, dentro de la cual estaría el problema de la inactividad administrativa. Podría ser más apropiado estudiar la inactividad desde las diversas clasificaciones que de la misma viene realizando la doctrina, en un intento de acotar fenómenos similares para poderles dar un régimen jurídico homogéneo y ciertamente más preciso.

Es probable, con todo, que este propio trabajo que ahora se comienza haya sido partícipe también del enorme atractivo que despierta, entre los autores españoles, el Derecho extranjero y por ello también de los defectos e inconvenientes que presenta este método. En cualquier caso, se ha intentado ser consciente de esta problemática, intentando evitar importaciones no siempre afortunadas. El éxito mayor o menor que haya podido tener en esta empresa corresponde juzgarlo al lector de este trabajo. No obstante, quizás sea conveniente aclarar ciertos aspectos que se señalan a continuación.

Atención preferente, si bien no exclusiva, se ha dedicado al examen de la doctrina italiana, en especial la de los años '20 y '30. Sin duda, ello viene en gran medida propiciado por mi estancia entre los meses de septiembre y diciembre de 1992 en la Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione della Università di Bologna, gracias a una beca del Institut d'Estudis Autònoms y bajo la dirección del profesor Luciano VANDELLI. Pero el motivo principal por el cual se utiliza es, sin duda, la gran influencia que ejerció sobre los constructores del moderno Derecho administrativo español. La feliz conjunción de un grupo de juristas españoles en los años '50 y '60, aglutinados en torno a lo que se ha venido a denominar la generación de la Revista de Administración pública, se realizó en unas condiciones muy similares y con unos claros paralelismo a los autores italianos del primer tercio de nuestro siglo. En ambas situaciones, se trataba de fortalecer el régimen garantista de los ciudadanos frente a un régimen político autoritario. Para ello, la doctrina fortaleció considerablemente los mecanismos de acceso al juez administrativo, al que se consideraba la pieza fundamental del sistema jurídico. Desde esta perspectiva, de corte esencialmente procesalista, el silencio administrativo, en especial el silencio negativo, cobra una importancia fundamental, en cuanto facilita al particular el acceso a la jurisdicción en los casos de inactividad administrativa. Con la recuperación del Estado de Derecho, se plantea la necesidad de instrumentar mecanismos que no supongan tanto una

conversión del problema de la inactividad en un litigio ante los tribunales, sino una forma agilizar la dinámica y la agilidad del aparato administrativo. Los avances tecnológicos y la unidad de los mercados exigen un tiempo de respuesta distinto al existente en los períodos clásicos de las grandes construcciones doctrinales.

Todo ello no hace sino confirmar la célebre frase que acuñó F. WERNER, y que se repite con frecuencia en los principales manuales de nuestra asignatura, de que el Derecho administrativo es, efectivamente, "Derecho constitucional concretizado". La evolución del concepto de Estado de Derecho comporta, lógicamente, profundas transformaciones en el sentido y finalidad de la institución del silencio administrativo, el cual dista de ser una mera técnica indiferente al marco constitucional y político vigente en cada momento histórico.

En relación con la legislación utilizada se ha procurado seleccionar aquella que por su importancia o por la peculiar problemática a la que respondía se consideraba de interés. Si bien los reglamentos de adecuación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), parecen haber fragmentado la institución en un laberinto de supuestos a los que se anudan diversos efectos (estimatorios, desestimatorios, favorables y caducidad) han tenido la virtud de poner de manifiesto, tanto al estudioso como al ciudadano, la diversidad de procedimientos que llevan a cabo nuestras Administraciones públicas, al mismo tiempo que han obligado a las mismas a examinarlos y a ponderar, con mayor o menor acierto, las consecuencias que se derivan en los casos de inactividad. El análisis efectuado ha partido esencialmente de un proceso inductivo, tratando de ascender lógicamente desde el conocimiento de los fenómenos, hechos o casos más relevantes, hasta reglas o principios que pudieran contenerlos y a través de las cuales pudieran aplicarse de la forma más uniformemente posible.

Elemento fundamental de toda investigación jurídica es el recurrir en la medida de lo posible a la jurisprudencia recaída sobre el tema para contrastar la aplicación práctica de los mandatos contenidos en la Ley. Al mismo tiempo permite, a través de un análisis casuístico, una mayor aproximación a la problemática y a la realidad subyacente. Por lo que atañe específicamente a nuestro caso, pudiera parecer que la entrada en vigor de la LRJPAC ha

convertido en historia gran parte de los pronunciamientos existentes hasta la actualidad. Si bien cabe advertir cambios significativos, lo que en parte ha dificultado este trabajo al tener que pronunciarse sobre determinados aspectos sin una pauta preexistente, es indudable la vigencia aún ahora de muchas de las tesis mantenidas por nuestros Tribunales. Esto se constata claramente en determinados aspectos como es la abundante jurisprudencia recaída sobre la delimitación de la noción de dominio público en relación con la operatividad del silencio, o cuestiones como la naturaleza de caducidad de los plazos de cómputo del silencio, por citar algunos ejemplos.

Con todo, este período de transición, a la espera de una jurisprudencia consolidada, ha tenido la virtualidad de destacar y poner de relieve el importante cuerpo de doctrina legal que surge de los más altos órganos consultivos de la Administración. Principalmente deben destacarse los numerosos dictámenes del Consejo de Estado y de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. En los mismos puede encontrarse una importante doctrina surgida bien de consultas puntuales, bien de temas meramente coyunturales como es la adecuación de procedimientos, pero que sientan importantes pautas de reflexión en la construcción no sólo del silencio positivo, sino de diversas instituciones jurídicas que han sido analizadas a lo largo de este trabajo.

En cuanto a la terminología empleada quisieramos apuntar, en este momento, ciertas precisiones. Durante el trabajo se utiliza conscientemente la expresión "silencio administrativo" en vez de "acto presunto", como algunos autores pretenden haciendo suyo el concepto que la Ley 30/1992, parece haber sacralizado. Es más se llega incluso a oponer dialécticamente ambas expresiones para deducir dos regímenes jurídicos opuestos: el que regía durante gran parte la LPA de 1958 (es decir la imposibilidad de adquirir por silencio facultades contrarias al ordenamiento jurídico) y el que parece traer la nueva LRJPAC (la producción automática del silencio). A mi entender sería conveniente intentar salirse de la inercia histórica en la cual está inmersa gran parte de la doctrina que, en su afán clasificador, sitúa sistemática al silencio administrativo dentro de la teoría del acto administrativo. La opción por la expresión "acto presunto" además de equívoca y discutible, resulta meramente coyuntural al depender, en gran medida, de la opinión doctrinal de los autores sobre las consecuencias jurídicas del silencio administrativo. En cambio, la expresión

silencio administrativo responde de una manera gráfica a la realidad que se produce sin definir a priori su naturaleza jurídica. Por tanto, si bien no dudamos de la importancia de los nombres para designar las instituciones jurídicas, entendemos que el jurista no debe fijarse prioritariamente en el envoltorio o etiqueta, sino fundamentalmente en el contenido y en las consecuencias que se derivan.

Decía CONDILLAC (Lógica, 2ª parte, cap. VII) que "si hay ciencias poco exactas, no es porque en ellas no se hable con el lenguaje del álgebra, sino porque el suyo está mal formado". En este sentido, muchos de los equívocos que han surgido en torno al denominado silencio administrativo y al problema de la inactividad quizás estriban en la excesiva atención que la doctrina ha dedicado a ciertos planteamientos, centrados casi exclusivamente en intentar categorizar al silencio dentro de la teoría de las presunciones, de las ficciones, de los actos administrativos, etc. Si bien todas estas instituciones han tenido una función en un momento determinado, debe relativizarse su importancia, pues en vez de servir de auxilio y pauta de interpretación al jurista han condicionado su discurso y limitado su enfoque, empobreciendo los resultados que tanto esfuerzo y empeño han dedicado numerosas generaciones de juristas y estudiosos.

Pauta de trabajo constante durante la elaboración del trabajo ha sido la de rehuir todo tipo de afirmación apriorística, por cuanto si alguna cosa hemos aprendido durante la realización de esta tesis, es la multitud de matices y diversas aproximaciones que nos ofrece la realidad. En este sentido si bien se parte de una institución que forma parte de lo que tradicionalmente se denomina la Parte General del Derecho administrativo, se ha pretendido desde las posibilidades de este autor contrastar las afirmaciones generales con su aplicación en diversos ámbitos sectoriales. Esta constante y necesaria interacción ha sido no obstante selectiva y no exhaustiva buscando los aspectos más problemáticos para intentar encajarlos en las construcciones y categorías que han ido forjando trabajosamente la doctrina y la jurisprudencia.

Al final de este estudio se han añadido como apéndice diversos materiales complementarios que consideramos de interés. En primer lugar, se incorpora la bibliografía existente sobre el tema, desde diversos tratamientos. Así se ha procurado agruparla por los temas más

importantes desde la óptica del presente trabajo. También se ha utilizado el criterio de la mayor exhaustividad posible en cuanto a su selección, si bien procurando, a continuación, destacar las investigaciones más relevantes y de interés. En segundo lugar, se ha elaborado un anexo legislativo cuyo análisis, el cual se ha venido efectuando a lo largo de este trabajo, permite verificar el verdadero alcance de la implantación de los efectos estimatorios del silencio. Ello demuestra que si bien la LRJPAC ha ampliado de forma considerable el ámbito de aplicación del silencio positivo, no quiere decir que el mismo sea la regla general como respuesta a la denominada inactividad formal, pues en numerosas ocasiones es igualado e incluso superado por el denominado silencio negativo.

Sobre el título

Llegados a este momento creo que es el más propicio para justificar el por qué y el sentido del título escogido para encabezar este trabajo: Silencio administrativo e inactividad. Contribución al estudio del transcurso del tiempo en el ejercicio de funciones administrativas. En cuanto al título principal queremos poner de manifiesto que si bien esta investigación toma su punto de origen en el silencio administrativo no se limita meramente a esta institución, sino que trata de contextualizarla dentro del fenómeno más general de la inactividad administrativa. En realidad silencio administrativo e inactividad no son siempre expresiones equivalentes. Según veremos en este trabajo el silencio administrativo es una solución parcial y muchas veces insatisfactoria al problema de la inactividad administrativa. Por otra parte debe cuestionarse la afirmación según la cual el silencio administrativo responde siempre a una situación de inactividad. De esta forma es posible que detrás del silencio administrativo exista una actividad de la Administración no exteriorizada que ha permitido formar una voluntad procedimental, la cual puede ser tomada en cuenta para determinar los efectos del silencio. Así empiezan a ser frecuentes los supuestos en que la formación del silencio positivo o del negativo depende de la existencia o no en el procedimiento de un informe favorable a la pretensión solicitada. En realidad se ha producido una actividad si bien la misma ha sido incompleta o bien no ha tenido efectos paralizantes respecto al cómputo del silencio y ha permitido su formación. Por lo que se refiere al título secundario pretende poner de relieve la importancia que adquiere para el análisis jurídico el factor tiempo. La inactividad y el transcurso del tiempo son dos

fenómenos estrechamente interrelacionados de los cuales se desprenden diversas consecuencias jurídicas entre las cuales se encuentra el silencio administrativo. Este trabajo pretende ser una contribución al estudio de esta problemática más amplia en la que se contextualiza el silencio administrativo. En cuanto a la alusión "en el ejercicio de funciones administrativas" es en gran medida el resultado de la perspectiva de análisis adoptada en el trabajo. A través del análisis funcional se ven las diversas consecuencias jurídicas que producen el silencio negativo y el positivo en los diversos ámbitos de actuación que el ordenamiento encomienda a la Administración pública. Así se quiere resaltar especialmente como la técnica del silencio positivo, tal y como la configura nuestro ordenamiento, no ciñe su ámbito normal de operatividad cuando deben ejercitarse potestades administrativas. Nuestra legislación prevé también el silencio positivo cuando la Administración debe ejercitar otro tipo de funciones, aunque como hemos ya advertido se producen una serie de distorsiones que cuestionan su implantación en estos casos. También cabe advertir como este punto de análisis pone de relieve que el silencio administrativo no es exclusivamente un mecanismo de garantía de los ciudadanos, sino que cumple en los distintos ámbitos funcionales en los que se produce diversos objetivos o misiones de interés general. Así, por ejemplo, el silencio administrativo puede convertirse, en algunos casos, en un instrumento de control jerárquico que permite a los órganos superiores corregir a través de mecanismos, como el recurso administrativo, determinados comportamientos patológicos de los inferiores. En otros supuestos que la ejecutividad de los actos administrativos responda verdaderamente a exigencias de interés público. También puede servir como una forma de garantizar la protección de los bienes cuya titularidad se atribuye a la Administración, al impedir a los particulares que puedan adquirir facultades relativas al dominio público por el mero transcurso del tiempo. Y, sobre todo, puede plantearse la posibilidad de instrumentar el silencio positivo como mecanismo de simplificación administrativa. Posibilidad esta última que actualmente es vedada por el ordenamiento jurídico al establecerse el silencio administrativo como el resultado del incumplimiento de la obligación de resolver. Quizás sería por ello, entender que no todo supuesto en que se produce el silencio corresponde a una situación de ilegalidad.

El silencio administrativo ha sido estudiado tradicionalmente como una institución o instituto que, como tal, permite la identificación de un conjunto de normas aplicables a determinadas

situaciones jurídicas que responden mayoritariamente a comportamientos patológicos, en torno al problema de la inactividad. Cabe advertir, sin embargo, que el silencio administrativo, al igual que la inactividad, no pueden reducirse a una única institución. Debe señalarse que su naturaleza, sentido y funcionalidad no sólo es diferente según los distintos "efectos" que se le atribuyen, estimatorio o desestimatorio, sino también según el ámbito funcional en que se encuadra. Por ello quizás es más propio hablar de silencios administrativos y de inactividades administrativas.

Aclaración final

Por último quisiera hacer notar que cuando el lector llegue hasta el trabajo propiamente dicho, notará como cambia radicalmente el sistema de citas que he venido realizando en estas primeras páginas. Me he permitido, hasta ahora, la licencia de no precisar ni el libro ni la página de los autores a los que he aludido. Ello ha sido por cuanto la mayoría de ellas ya han sido objeto de constante cita por otros autores anteriormente y también para dar mayor fluidez a estas páginas meramente introductorias, cuyo propósito no ha sido otro que hacer unas reflexiones previas sobre el trabajo que, a partir de ahora, propiamente comienzo.

CAPÍTULO PRIMERO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

I.- EL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1.- La exigencia de celeridad en la actuación administrativa a través de las diversas concepciones del Estado de Derecho

El ejercicio del poder, a través del sometimiento de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), se ha rodeado de unos límites jurídicos cada vez más precisos que posibilitan el control de la actuación administrativa a través de los Tribunales de justicia (art. 106.1 CE). Límites que son el fruto de una constante y tenaz "lucha por el Derecho", según la feliz expresión de IHERING ¹, realizada por numerosas generaciones de juristas. Esta labor se ha llevado a cabo a través del principio de legalidad, como expresión del Estado de Derecho, y se ha articulado en torno a la teoría de las potestades. En estrecha conexión con el principio de legalidad deben situarse, a los efectos de nuestro estudio, el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). La imbricación de estos principios permite, entre otras consecuencias, situar el factor tiempo en un plano destacado en relación a la actividad de la Administración pública. Ahora bien, ¿estas consecuencias que desprendemos con naturalidad de la cláusula del Estado de Derecho se han concebido del mismo modo desde su formulación, a partir de la revolución francesa?

En los albores del Estado de Derecho, algunos autores desprendían de este concepto la exigencia de la celeridad de la Administración en la ejecución de las leyes ². Significativamente el ilustre jurista alemán Rudolf VON GNEIST en su *Der Rechtsstaat*

¹ Al respecto *vid.* IHERING, Rudolph von: *La lucha por el Derecho*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", 1985, reimpresión 1993.

² Es mérito del profesor Martin BULLINGER el haber destacado este extremo. *Vid.* de este autor: "La Administración, al ritmo de la economía y de la sociedad. Reflexiones y reformas en Francia y Alemania" en *DA* 234, abril-junio 1993, pp. 90-91. Así como un trabajo anterior del mismo autor: "Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)" en *REDA* 69, enero-marzo 1991.

escrito en 1879 ³ propugnaba la clara separación de la Administración de la justicia como muy necesaria. Así señalaba que el "modo de proceder, las aptitudes del juez y del abogado son diversas (de las de la Administración)" y "no pueden conjugarse con la exigencia de una ágil y espontánea administración" ⁴. Al describir la reforma administrativa en Prusia, y en particular un proyecto de ley de 1869, señalaba como uno de los puntos generales: "Para la simple administración debe prevalecer el pensamiento de la simplificación de las instancias, de la energía del sistema burocrático, de la rigurosa subordinación de los agentes ejecutivos bajo la dirección del Ministro [...] ⁵." No sólo el procedimiento administrativo responde a criterios de agilidad y rapidez, sino también la creación de una jurisdicción especial, la contencioso-administrativa, diferenciada de la civil, en cuya creación VON GNEIST tendrá un papel destacado ⁶.

Esta concepción del Estado de Derecho se inscribe en el liberalismo alemán de mitad del siglo pasado donde se realizaron una serie de aportaciones doctrinales (VON MOHL, VON GNEIST) en función de un contexto político bien determinado: la realización de la unidad alemana y el tránsito del Estado prusiano al *Reich* alemán ⁷. Estos autores formulan un modelo teórico de *Rechtsstaat* que se caracteriza ante todo por la vinculación a la ley y a la protección del derecho de los individuos ⁸.

³ Nosotros hemos consultado la versión italiana *Lo Stato secondo il Diritto ossia la Giustizia nell'Amministrazione politica*, Ed. Nicola Zanichelli, Bologna, 1884, traducción de Isacco Artom con el consenso del autor.

⁴ Vid. *Lo Stato... op. cit.* p. 100.

⁵ Vid. *Lo Stato... op. cit.* p. 229.

⁶ Como es sabido el nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania debe enmarcarse en la dialéctica entre el sistema administrativo de justicia (*Administrativjustiz*) y el Estado de justicia (*Justizstaat*) que tan bien encarnan el propio VON GNEIST y VON BÄHR. Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J.: *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁷ Vid. CHEVALLIER, Jacques: *L'Etat de droit*, Ed. Montchrestien, París, 1992, pp. 14-15.

⁸ Vid. ABELLÁN GARCÍA, Joaquín: "Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert Von Mohl" en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) 33, mayo-junio 1983, p. 133.

No obstante, este modelo teórico del Estado de Derecho no llegó a imponerse en la práctica, sino que durante la segunda mitad del XIX prevalecerán las tesis del jurista conservador Friedrich Julius STHAL⁹. Este autor concibe el derecho, más como un dispositivo de limitación del poder que como un medio de organización racional del Estado y de normalización de sus relaciones con los administrados¹⁰. De esta forma, como gráficamente ha descrito BULLINGER, el concepto de Estado de Derecho sufriría un "estrechamiento", respecto a las tesis precedentes de tendencia liberal. Piénsese que la formulación teórica del *Rechtsstaat* en Alemania se formula dentro de "un contexto relativamente impropio - o menos propio - en cuanto que todavía la vigencia del "principio monárquico" suponía [...] la subsistencia para el poder de la Corona y de su ejecutivo de determinadas zonas de inmunidad frente al Derecho¹¹." Por ello no es de extrañar que el control del tiempo en la actuación administrativa permaneciera en manos de la Administración activa e inmune a cualquier tipo de control jurisdiccional.

En la misma línea se inscribe la obra del gran jurista alemán Otto MAYER. Efectivamente, para este autor: "Es inexacto pretender que la administración, donde no tenga más que aplicar la ley, cumpla un deber [...]." Así la "ley puede determinar su actividad tan estrictamente como la de la justicia, de suerte que, en realidad, la administración no haga sino aplicar la ley. Fijando de forma precisa lo que debe hacer, también puede *depende de su realización*, en el caso del particular, de la *voluntad de la administración* a la que dejará libre para decidir si la medida debe tomarse o no¹²."

La razón de ello, sin duda, estriba en la necesidad para Otto MAYER de robustecer los poderes del monarca del *Reich* alemán, reservándole un amplio espacio de actuación en todo

⁹ Vid. ABELLÁN GARCÍA, Joaquín: "Liberalismo alemán..." *op. cit.* p. 133.

¹⁰ Vid. CHEVALLIER, Jacques: *L'Etat...* *op. cit.* p. 15.

¹¹ Vid. GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Col. "Temas clave de la Constitución española", Madrid, 1990, p. 163.

¹² Vid. de este autor *Derecho administrativo alemán*, tomo I, Parte General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 112, traducción directa del original francés (1903).

aquello que la Constitución no había atribuido expresamente al Parlamento. El factor tiempo en la ejecución de la ley, va pasando a un plano cuasi marginal. Así es la propia Administración y no el ciudadano quien tiene el control del momento en que deben ejecutarse las leyes. El principio de Estado de Derecho se limita fundamentalmente "a vincular a la Administración, en lo que atañe al *contenido* de sus decisiones y al *contenido* de las leyes"¹³. La labor del jurista se centra en buscar mecanismos de defensa contra la Administración en aquellos supuestos en los que se extralimitaba, pero del Estado de Derecho no se desprendía una rápida resolución del procedimiento administrativo.

Este panorama debe completarse con la clasificación de la potestad reglamentaria entre reglamentos jurídicos (normativos) con efectos *ad extra* y reglamentos administrativos (de organización) o con eficacia *ad intra*, que parte de la teorización de Paul LABAND y de Georg JELLINEK realizada a fines del siglo XIX¹⁴. Solamente los primeros son relevantes para el Derecho, mientras que los segundos se consideran una mera cuestión interna de la Administración, que en todo caso podría generar responsabilidad del funcionario público. Precisamente en estos últimos es donde se establecen las diversas medidas de agilización de la Administración pública. Ahora bien, el carácter no normativo que se predica de tales reglamentos convierten estas baterías de simplificación administrativa en meros *desiderata* cuyo cumplimiento es difícilmente articulable ante los tribunales de justicia. Es bastante paradigmático el dato de que hasta fechas muy recientes (1977) no se ha promulgado una Ley alemana sobre procedimiento administrativo, estando las normas procedimentales "a la sombra del Derecho administrativo material"¹⁵. La razón de ello se encuentra en el ordenacismo del sistema prusiano-alemán donde si bien cada actuación del funcionario está

¹³ Vid. BULLINGER, Martin "La Administración, al ritmo..." *op. cit.* p. 90 (la cursiva del texto citado está en el original).

¹⁴ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Ed. CERA, Madrid, 1991, pp. 703-704.

¹⁵ Vid. MEYER, Hans: "El procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania" 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. 285-286.

excelentemente reglamentada, centra su polo de atención en la eficacia más que en las garantías particulares ¹⁶. Debe señalarse, por tanto, que será en el contencioso-administrativo donde se concentrará la defensa de las garantías, olvidando más el procedimiento administrativo que es visto como una vía previa al acceso a la jurisdicción (*Voverfahren*).

En Francia la recepción de las teorías del *Rechtsstaat* alemán se producen más tarde y de forma parcial. La razón de ello estriba en la propia concepción francesa que giraba en torno al *État légal*. De esta forma, si el *Rechtsstaat* es establecido únicamente por el interés y salvaguardia de los ciudadanos, el *État légal* se refiere a una concepción de la organización fundamental de los poderes del Estado y tienden fundamentalmente a asegurar la supremacía del cuerpo legislativo ¹⁷. Así el régimen de justicia administrativa no se configura a diferencia del modelo alemán exclusivamente en torno a los derechos individuales, sino esencialmente como un control objetivo de la actuación administrativa. En este contexto, será la necesidad de una Administración centralizada y fortalecida la que llevará a facilitar, en la medida de lo posible, el acceso a la jurisdicción de las decisiones de la Administración activa. Es bastante significativo que si bien el Derecho administrativo francés ha sido fundamentalmente construido pretorianamente a través de los *arrêts* del *Conséil d'État*, la teoría del silencio administrativo negativo nace en Francia en virtud de dos decisiones normativas: el art. 7 del Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864 relativo al recurso interpuesto contra las decisiones de autoridades subordinadas al Ministro ¹⁸ y el art. 3 de la Ley de 17 de julio de 1900 que generaliza el silencio administrativo negativo a los

¹⁶ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: "El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas" en *RAP* 32, 1960, p. 78.

¹⁷ Vid. CHEVALLIER, Jacques: *L'Etat... op. cit.* p. 32.

¹⁸ El título exacto de esta norma es: Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864, relativo al procedimiento ante el Consejo de Estado en materia contenciosa y a las reglas a seguir por los ministros en los asuntos contenciosos. Puede consultarse su texto completo en *Le Conseil d'État son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1974, pp. 510-511.

recursos contra una decisión administrativa ¹⁹.

El primer supuesto (1864) debe inscribirse en el II Imperio, durante el reinado de Napoleón III, dentro de una serie de medidas de procedimiento, recogidas en el Decreto imperial, dirigidas a facilitar el acceso al *Conseil d'État* (dispensa de otros costes que los derechos de timbre y registro para los recursos por exceso de poder, dispensa de abogado en materia de pensiones, etc.). Se ha señalado que estas reformas respondían al deseo del Emperador de establecer, en defecto de libertad política, una Administración más justa ²⁰. En todo caso, el propio Emperador en una carta dirigida al Ministro de Estado expresa su preocupación sobre las lentitudes de la burocracia administrativa y expresa su deseo de que la entera cuestión de la observación de los plazos y de la simplificación de las formas en vista a una más rápida expedición de los asuntos, fuera puesta en estudio dentro del seno de cada sección ²¹. Debe recordarse el papel que juega en esta época el *Conseil d'État* "como un mecanismo destinado a asegurar el funcionamiento sin fisuras de un poder arbitrario; un instrumento muy útil para reforzar un Ejecutivo cada vez más fuerte frente a un Cuerpo legislativo impotente" ²².

En este contexto, es lógico que se facilitara y reforzara el acceso de los asuntos administrativos al *Conseil d'État*, máxime si tenemos en cuenta el control que realizaban los propios Ministros sobre tal prestigiosa institución. Por tanto, estamos en un régimen autocrático, el de Napoleón III, donde se favorecerá el recurso por exceso de poder sobre todo como un medio de fortalecer el Estado, al ofrecer a los descontentos la posibilidad de

¹⁹ El texto exacto es: Ley de 17 de julio de 1900, por la que se modifica la Ley de 26 de octubre de 1888, relativa a la creación de una sección temporal del contencioso en el Consejo de Estado.

²⁰ Vid. *Le Conseil d'État son histoire... op. cit.* p. 511.

²¹ Vid. QUENTIN-BAUCHART, E.: *Études et souvenirs sur la Deuxième République et le Second Empire (1848-1870). Mémoires posthumes publiés par son fils*, tomo II, Ed. Librairie Plon, París, 1901, pp. 370-371.

²² Para una comprensión del *Conseil d'État* durante este período es de imprescindible consulta el trabajo de WRIGHT, Vicent: *Le Conseil d'État sous le Second Empire*, París, 1972. La cita que realizamos la extraemos de la p. 14.

expresarse en vía contenciosa ²³ y no tanto como una forma de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos ²⁴. Además, con este reforzamiento del acceso al *Conseil d'État* se conseguía otro objetivo muy importante: evitar que tales descontentos, alimentados por los abusos administrativos de autoridades inferiores se remonten hasta el jefe de Gobierno. En aquél momento a través de la política de desconcentración realizada por el Decreto de 25 de marzo de 1852 los prefectos habían adquirido un importante ámbito de decisión, favoreciéndose en este clima de autoritarismo la creación de numerosas "tiranías locales" ²⁵. Adviértase que el silencio se establece precisamente en relación a la falta de respuesta de los Ministros respecto a las autoridades inferiores.

Los Ministros que habían adquirido una importancia notable durante la restauración monárquica, verán paulatinamente amputadas sus competencias como jueces de lo contencioso-administrativo, en un proceso que ha sido definido como la erosión de la doctrina del ministro-juez. En este proceso un hito fundamental será el Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864 a través del cual se implanta el silencio administrativo, el cual está basado fundamentalmente en el *Rapport* Quentin-Beauchard, cuyo autor era un adversario claro de la justicia ministerial.

El segundo paso (1900) se produce en una situación política diferente: la III República francesa. En este momento se había realizado el tránsito de una justicia retenida a un sistema de jurisdicción delegada y se había abandonado la teoría del ministro-juez ²⁶. Así para

²³ Vid. BURDEAU, François: *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Ed. Montchrestien, 1989, p. 303.

²⁴ Que el silencio administrativo no es concebido con carácter fundamentalmente garantizador puede constatarse en la primera jurisprudencia del *Conséil d'État*. Así en una resolución de 29 de junio de 1888 se declaraba que al expirar el plazo de cuatro meses para resolver empezaba a correr el plazo ordinario del recurso contencioso. Por tanto, si el particular no estaba atento a los plazos podía ver vedado su camino a la vía jurisdiccional. Vid. DARESTE, R.: *Les voies de recours contra les actes de la puissance publique*, p. 406.

²⁵ Vid. BURDEAU, François: *Histoire du droit administratif*, Ed. PUF, Col. Thémis Droit Public, París, 1995, p. 175.

²⁶ Dicha evolución se había producido con la Ley orgánica de 24 de mayo de 1872, según nos relata COSTA, Jean-Paul: *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Ed. Economica, París.

asegurar la primacía de la Asamblea Nacional Francesa frente al Poder Ejecutivo es necesario facilitar en la medida de lo posible el acceso a la jurisdicción de las decisiones de la Administración activa ²⁷, resolviendo al mismo tiempo la denegación de justicia que tal situación provocaba. Se generaliza, por tanto, el sistema que se había iniciado en 1864 al asimilar el silencio a una decisión implícita de rechazo, abriendo las puertas al contencioso-administrativo, ante la exigencia de una decisión previa (*préalable*). Así la Ley tiene como finalidad quitar estorbos para acceder al Consejo de Estado, disminuir la lentitud de los asuntos y está destinada también, como remarca el relator del entonces proyecto CHASTENET, a combatir la inercia administrativa ²⁸. Como advierte HAURIOU al comentar la Ley de 17 de julio de 1900 la doctrina del silencio administrativo había servido en Francia para extender el dominio de lo contencioso-administrativo, haciéndolo tan amplio como el de la reclamación administrativa ²⁹. Si bien debe señalarse que estará presente el carácter garantizador de los derechos de los ciudadanos y la posible denegación de justicia

30

²⁷ Piénsese que en este momento la doctrina ya había empezado a hablar de un principio de separación de la jurisdicción administrativa y de la administración activa, especialmente después del *arrêt* Cadot de 1889. Vid. al respecto CHEVALLIER, Jacques: "Reflexions sur l'arrêt "Cadot"" en *Droits* 9, 1989, p. 80, nota 1.

²⁸ Vid. GOUTTENOIRE, René: *Le silence de l'Administration*, thèse, Editions et publications Contemporaines-Pierre Bossuet, París, 1932, p. 19. Por su parte GONZÁLEZ PÉREZ cita las palabras de CHASTENET en su *Rapport* ante la Asamblea Nacional para la tramitación parlamentaria del entonces proyecto de ley: "el honor de un país está interesado en que sea imposible la denegación de justicia y en que nadie pueda invocar en vano la Ley y demandar a los jueces: *forum et ius*". Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El procedimiento administrativo*, Ed. Publicaciones Abella, Madrid, 1964, p. 501. Estas palabras encabezan el trabajo de Ernst ARENDT: "Le silence de l'Administration en Droit luxembourgeois" en *Le Conseil d'Etat du Grand Duché de Luxembourg. Livre jubilaire 1856-1956*, Ed. BFD, Luxembourg, 1957, pp. 562-570. Vemos, por tanto, como no son únicamente razones de denegación de justicia, sino también "en que nadie pueda invocar en vano la Ley".

²⁹ Vid. HAURIOU, Maurice: *La jurisprudence administrative II*, París, pp. 42 y ss.

³⁰ Es sintomático el cambio jurisprudencial que se va abriendo camino en el sentido de que no corren los plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo hasta la existencia de una resolución expresa notificada, dejando el silencio abierto indefinidamente el camino al *Conseil d'État*. Vid. en este sentido las resoluciones de 7 de agosto de 1905 y 8 de mayo de 1908. En ésta última se señala que: "[...] cuando la Administración se pronuncia explícitamente, el recurso contencioso debe formularse en el improrrogable plazo de dos meses; pero si no se pronuncia explícitamente, está indefinidamente expuesta la Administración al recurso contencioso." Vid. HAURIOU, Maurice: *Précis de Droit administratif et Droit public*, 1921, p. 410. La traducción de la sentencia la tomo de Pedro REDONDO: *La teoría del silencio administrativo en la legislación y en la jurisprudencia española*, conferencia pronunciada en la Academia nacional de jurisprudencia

En cuanto al silencio positivo también empieza a recogerse normativamente en alguna legislación sectorial. Así, puede citarse una Ley francesa de 8 de abril de 1898, sobre el régimen de las aguas, de la cual nos da puntual noticia el ilustre jurista Gaston JÈZE ³¹. En esta normativa se disponía que los propietarios ribereños que querían realizar construcciones, plantaciones o cercas a lo largo de los ríos navegables que desembocan en el mar debían observar las distancias reglamentarias establecidas para asegurar el libre ejercicio de la servidumbre de camino de sirga. Al respecto JÈZE observa que si el silencio de la Administración supusiera una negativa a construir, ello implicaría que el ejercicio del derecho de propiedad quedaría paralizado en las manos del propietario. Si, en cambio, supusiera un asentimiento, la servidumbre de camino de sirga quedaría comprometida. Por eso, la Ley busca una solución intermedia, el propietario puede construir, pero si las distancias condicionan el ejercicio de la servidumbre, tales construcciones podrán suprimirse, ahora bien deberá pagarse la correspondiente indemnización al propietario.

En cambio, en Italia donde se recibe más pronto el concepto de *Rechtsstaat* alemán ³² y donde el modelo de justicia administrativa es de corte esencialmente subjetivo, es decir centrado principalmente en la protección de los derechos individuales y no simplemente de legalidad ³³, la introducción del silencio responde a otro tipo de motivaciones.

El problema del silencio administrativo fue objeto de discusión en el Senado italiano al debatirse el art. 7 de la Ley de 31 de mayo de 1889, n. 5.992, institutiva de la IV Sección

y legislación el 10 de enero de 1931, Ed. Reus, Madrid, 1932, p. 36.

³¹ Vid. de este autor "Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public" en *Revue de Droit Public* 1905, pp. 780-781.

³² Es significativo que la obra de VON GNEIST que estamos manejando sea una traducción italiana de 1884.

³³ Las razones del restablecimiento en 1889 de la justicia administrativa en Italia, abolida en 1865, pueden encontrarse en el discurso de SPAVENTA, Silvio: "La Giustizia nell'Amministrazione" discurso pronunciado en la Asociación constitucional de Bergamo el 6 de mayo de 1880. En la p. 24 se señala como "aboliendo radicalmente la jurisdicción administrativa, privó muchos intereses de cualquier garantía de justicia". Sobre el contexto político del fundador de la justicia administrativa italiana es imprescindible NIGRO, Mario: "Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico" en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico* 1970, pp. 715-763.

del Consejo de Estado ³⁴, con motivo de su tramitación parlamentaria ³⁵. Así el Senador CAVALLINI puso de manifiesto la ausencia en la Ley de garantías frente a la inactividad administrativa tanto en los casos de solicitudes como de recursos ³⁶, contando con el apoyo del Senador PIERANTONI ³⁷. Observaciones que no fueron acogidas en el texto definitivo de la Ley ³⁸, por lo que las reclamadas garantías jurídicas se convirtieron, por el momento, en un pío deseo. Las razones que argumentó el relator de la Ley, el Senador COSTA, se basaban en garantías morales y políticas ³⁹, considerando que no era una materia a regular por una ley con carácter general, sino que debía establecerse caso por caso ⁴⁰.

³⁴ Con esta Ley se venía a paliar la situación surgida a partir de la Ley de 20 de marzo de 1865, n. 2.248, All. E., de abolición de lo contencioso-administrativo. La atribución del conocimiento de la lesión de los derechos subjetivos a los tribunales ordinarios, había producido una disminución de garantías respecto a los intereses legítimos. A partir de 1889 se encomendará a la IV Sección del Consejo de Estado la tutela de estos intereses. La Ley de 1889 se inscribe, por tanto, dentro de una dinámica garantista, destinada a corregir las disfuncionalidades que presentaba el sistema de justicia administrativa italiano.

³⁵ Vid. Legislatura XVI, 2ª Sesión 1887-88, Debates, Sesión del 22 de marzo de 1888, pp. 1.229-1.232.

³⁶ "Falta en la Ley verdaderas y propias garantías del recurso a la jurisdicción, sino se puede obligar al Ministro a resolver y si no se ha dado acceso al contencioso-administrativo, sino después que el Ministro haya resuelto [...] Es evidente que el Ministro puede abusar ya sea con resoluciones contrarias a la Ley, ya sea con no resolver enteramente, omitiendo de rendir justicia a aquél que la invoca."

³⁷ Este Senador puso de relieve en un caso concreto los efectos nocivos de la inactividad administrativa. Así en unas elecciones municipales había permitido a un grupo político bloquear durante cierto tiempo el acceso del partido vencedor al gobierno municipal.

³⁸ El art. 7 decía lo siguiente: "Cuando la ley no prescriba otra cosa, el recurso a la sección de lo contencioso-administrativo no se admite sino es contra la resolución (*provvedimento*) definitiva, emanada en sede administrativa sobre el recurso presentado en vía jerárquica. El recurso contencioso tampoco se admite cuando, contra la resolución (*provvedimento*) definitiva, se ha presentado recurso al Rey en sede administrativa, según la ley vigente."

³⁹ "Si hay un argumento que entra naturalmente en el campo de la responsabilidad política, para mí es verdaderamente éste. En este caso no se trata de golpear un acto o resolución (*provvedimento*) del Gobierno, sino más bien su conducta, el modo como ejercita sus funciones: se trata de juzgar no un hecho determinado, sino el contenido del Gobierno; lo cual no puede entrar en la jurisdicción de un magistrado, sino compete evidentemente al Parlamento."

⁴⁰ "Pero si por ventura hubiese de ser fijado un plazo para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, no podría encontrar lugar, con una fórmula general en el proyecto que ahora se discute. Cada ley especial podrá establecerlo en los casos en que parezca necesario, en aquellas condiciones que así lo requieran, en aquellas medidas que fuese sugerida por la diversa especie de asuntos a los cuales hubiera de aplicarse."

El silencio administrativo surge pretorianamente unos años después a través de la famosa decisión "Longo" del *Consiglio di Stato* ⁴¹. No estamos en este caso, a diferencia del caso francés, ante una consecuencia del Estado de Derecho, concebido fundamentalmente desde la perspectiva de la organización fundamental de los poderes del Estado. Debe advertirse, en cambio, la influencia significativa que tendrá la cultura jurídica alemana en los creadores del Derecho administrativo italiano (Vittorio Emanuele ORLANDO, Oreste RANELLETTI, Santi ROMANO) ⁴². Esta doctrina centra el Derecho administrativo en la teoría del acto, en el cual uno de sus elementos formales es el silencio administrativo ⁴³. El contexto

⁴¹ La primera jurisprudencia que en Italia alude el tema del acceso a la jurisdicción frente a los comportamiento pasivo de la Administración pública se contiene en la decisión de la Sección IV del Consejo de Estado de 2 de agosto de 1894, si bien en forma de *obiter dictum*. No es hasta la decisión de 22 de agosto de 1902 de la Sección IV del Consejo de Estado que se pone, de forma expresa, la primera piedra en la construcción del silencio administrativo como un medio de defensa del particular frente a la inactividad formal de la Administración pública, ya sea en una solicitud o en un recurso. Como en tantos otros supuestos es la jurisprudencia que ante el vacío normativo que deja tras de sí el legislador, tiene que anticipársele dictando un resolución de carácter pretoriano que marcará un hito en la evolución del instituto. Esta histórica decisión trae causa en los hechos siguientes: Giuseppe Longo, oficial de justicia en el tribunal de Nápoles, en una serie de irregularidades administrativas era dispensado del servicio con decreto del primer presidente de la corte de apelación en fecha de 3 de junio de 1901. Admitiéndose contra tal resolución recurso jerárquico ante el ministro de gracia y justicia, por el art. 24 de Real Decreto 365/1900, de 9 de octubre, Longo recurre al ministro. No habiendo obtenido respuesta el 9 de marzo de 1902 notificó al mismo ministro un *atto d'uscire* requiriéndole a decidir el recurso en el plazo de diez días. El ministro permanece en silencio, y entonces Longo interpone recurso ante la IV Sección del Consejo de Estado contra el decreto del primer presidente, en cuanto tácitamente confirmado por el ministro.

⁴² Vid. MASSERA, Alberto: "L'influenza della cultura tedesca sulla prolusione Orlandiana" en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico* 4, 1989, pp. 937-967. Vid. asimismo D'ALBERTI, Marco: *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1992, p. 130: "Son evidentes los influjos de la doctrina alemana, sobre todo de Otto Mayer, sobre la italiana, y clara es la influencia del mismo Hegel y de una concepción metafísica del Estado. El hegelismo era largamente difundido en Nápoles y en el Sur de Italia: Orlando y Romano son sicilianos; el primero presidente de la Cuarta Sección del Consejo de Estado y Silvio Spaventa, hermano de Bertrando, el máximo exponente de la escuela hegeliana de Nápoles". Por su parte GIANNINI, Massimo Severo, señala que si bien: "Es verdad que la ciencia italiana se vio influida también fuertemente por la escuela francesa, y muestra de ello son Cammeo y Forti, típicos ejemplos de jurisprudencialistas, pero la influencia dominante fue la de los pandectistas". Vid. de este autor *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 1987, pp. 60-61.

⁴³ Esta concepción llega a la dogmática italiana 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*. Vid. TRAVI, Aldo: *Silenzio-assenso ed esercizio*

político en que surge esta dogmática se inscribe en períodos que, bajo la apariencia parlamentaria, muestran claras tendencias autoritarias y conservadoras que desembocarían en una crisis del sistema ⁴⁴. Posteriormente en los años 30, en el período de entreguerras, el Derecho administrativo si bien mantiene su carácter autoritario quiere dar la imagen de potenciar las garantías ciudadanas para obtener la colaboración de actividades privadas de interés público. La peculiar ascensión al poder de MUSSOLINI en términos que los historiadores han definido como "consenso" explican "la subsistencia de al menos de una parte del Estado de Derecho y la tendencia de la población a la aceptación del régimen aunque fuera de una forma superficial y pasiva más que entusiasta" ⁴⁵. Por ello como advierte Norberto BOBBIO el fascismo italiano se caracteriza "por un vestigio de legalidad en el comportamiento de la Administración pública" ⁴⁶. En estos momentos se reconsiderará el papel central del acto administrativo y surgirá la distinción entre silencio negativo con efectos meramente procesales a efectos de la mera impugnación y silencio, de hacer admisible el recurso contencioso, y silencio positivo con efectos substantivos ⁴⁷. El silencio negativo "nada añade ni nada quita a la situación jurídica sustancial" por lo que no está

della funzione amministrativa, Ed. CEDAM, Padova, 1985, pp. 4-5, nota 3.

⁴⁴ El período en que se realizan las grandes reformas de la Administración italiana es el de los gobiernos presididos por Francesco CRISPI (1887-1891 y 1893-1896). Como advierte Valerio LINTNER: "Las principales características de su régimen fueron el apoyo a Alemania, la ambición colonial, el apoyo a los nuevos propietarios de tierras y a la clase media industrial, la intolerancia de la oposición y sus marcadas tendencias dictatoriales. No es difícil imaginar que los fascistas lo tomaran más tarde como modelo. [...] El impulso esencial de sus acciones fue reforzar al ejecutivo a expensas del legislativo, e incrementar el autoritarismo del estado en sus propias manos." *Vid.* de este autor *Historia de Italia*, 2ª ed., Ed. Celeste, Madrid, 1995, p. 178.

⁴⁵ *Vid.* TUSELL GÓMEZ, Javier: "Fascismo italiano y franquismo" en la obra del mismo autor *La dictadura de Franco*, Ed. Alianza, Madrid, 1988, p. 327.

⁴⁶ La cita la tomamos de Javier TUSELL GÓMEZ: "Fascismo italiano..." *op. cit.* p. 323.

⁴⁷ Es paradigmático que en el estudio de Ugo FORTI, uno de los artífices y teóricos de tal distinción, señala que "si bien es verdad que en nuestro actual derecho público tiende a restaurar la autoridad del Estado, también es verdad, como en otras ocasiones he indicado, que quiere igualmente intangibles garantías de justicia en la Administración. Para reforzar su posición trae a colación, en nota a pie de página, las palabras del dictador MUSSOLINI en la celebración del centenario del *Consiglio di Stato*: "Un régimen de autoridad, como el fascista, tiene todo el interés de hacer funcionar con plena regularidad un órgano de control, de consulta y de justicia como el *Consiglio di Stato*" (la cursiva es del original). *Vid.* de aquel autor "Il "silenzio" della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali" en *Rivista di diritto processuale civile* 2, 1932, pp. 145-146 y nota 1.

regido por plazos de caducidad, los cuales tienen "la finalidad de consolidar en el espacio de poco tiempo los efectos del acto administrativo" ⁴⁸. Al contrario, en este caso regirán los plazos de prescripción a los que está sometido el derecho patrimonial objeto de controversia.

En este sentido son de particular interés son los estudios de la dogmática italiana sobre la discrecionalidad a través de los cuales se analiza si a través del silencio administrativo se está ejerciendo algún tipo de función. A tal efecto PRESUTTI distingue entre diversos tipos de discrecionalidad ⁴⁹. La primera concierne al acto en sí, dejándose a la Administración la facultad de su emanación, si bien se regula detalladamente su contenido. La segunda se refiere al contenido del acto, debiéndose dictar obligatoriamente por la Administración. Por último, se encuentran los supuestos de máxima discrecionalidad, donde la Administración es libre tanto de dictar el acto como de fijar su contenido. Para RESTA no se puede hablar de ejercicio de función administrativa en el segundo caso ya que no podrá emanarse un acto que no dice nada, ni se podrá no emanarlo sin violar la obligación específica que incumbe a la Administración. En cambio para el último caso, el de discrecionalidad máxima, si la Administración permanece inerte, esto significa que no quiere dar curso a la solicitud que la excita a moverse. En estos casos el silencio vale como rechazo de los intereses del solicitante. Por lo que se refiere al primer caso, discrecionalidad en dictar el acto, pero vinculación en el contenido, es donde pueden distinguirse los casos de silencio positivo. Será negativo en aquellos casos donde la Administración desarrolle un ejercicio positivo de sus facultades, mientras que será positivo en los supuestos donde ejercita facultades negativas, de veto o prohibición ⁵⁰. Del estudio de RESTA podemos concluir, por tanto, que el silencio constituye una forma de ejercicio de la función administrativa en aquellos casos donde la Administración no está obligada a dictar el acto administrativo. Si en cambio existe

⁴⁸ Vid. FORTI, Ugo: "Il "silenzio" della..." *op. cit.* p. 136.

⁴⁹ Vid. de este autor *I limiti del sindacato di legittimità*, p. 9.

⁵⁰ Vid. de este autor "Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa" en *Il Foro amministrativo* 1929, vol. V., pp. 106-114. Las tesis de PRESUTTI y de RESTA serán recogidas en la doctrina española por MASIP ACEVEDO, Julio: "El silencio en el Derecho administrativo español" en *Trabajos de la Cátedra de Derecho administrativo de la Universidad de Oviedo*, 1934.

esta obligación no cabe hablar del silencio administrativo como instrumento en manos de la Administración para llevar a cabo sus cometidos, sino un mecanismo para reaccionar contra ilegalidades administrativas. Las conclusiones quizá deberían obligar a replantear la generalización a toda costa de la exigencia de resolver obligatoriamente en la mayoría de supuestos.

El concepto restrictivo de *Rechtsstaat* se recibe más tarde en la doctrina francesa. Particularmente ello se constata en algunos trabajos de algunos autores publicados a inicios de siglo como BARTHÉLEMY ⁵¹. Este autor encabeza uno de los capítulos de su trabajo con el siguiente enunciado: "El gobierno puede, y en ciertas circunstancias debe, sin violar directamente una ley, abstenerse de proceder a la aplicación". Advierte el mismo autor que este título puede sorprender, puesto que la consecuencia más simple, más natural y más lógica de la supremacía de la ley, es el deber del gobierno de proceder a la aplicación de las reglas establecidas por el legislador, deber que el propio BARTHÉLEMY reconoce y proclama. Ahora bien un gobierno que se vea obligado a aplicar todas las leyes, de perseguirse mecánicamente todas las violaciones sería un mal gobierno. Por esta razón el "gobierno debe, en cada caso, preguntarse si es más preferible ignorar sistemáticamente la violación de la ley que perseguirla". Por ello concluye que: "Sin duda, la presunción es en favor de la aplicación de la ley, pero el gobierno ha de examinar si el interés público no exige más que dejarla dormir (*laisse dormir*)." Este autor reconoce, sin duda, que estamos ante una "singular y peligrosa teoría". Ahora bien, tal teoría debe interpretarse en sus justos términos. Con ella no se está diciendo que el gobierno aplique la ley cuando le plazca, sino que puede no aplicarse si considera que la aplicación es contraria a los intereses que tiene que salvaguardar. En sentido similar se pronunció posteriormente MICHOUUD al decir que "la Administración podría dejar dormitando (*laisser sommelier*) incluso una ley de carácter

⁵¹ *Vid.* de este autor "De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application" como "notes parlementaires" de la *Revue du Droit public et de la Science politique en France et a l'étranger* 1907, pp. 295-311.

imperativo" ⁵².

Esta concepción se inscribe en una noción amplia de la "ejecución de las leyes" que como función administrativa correspondía al Poder ejecutivo. Ello se constata en diversas decisiones del *Conseil d'Etat*: el *Arrêt Labonne* de 8 de agosto de 1919 y el *Arrêt Heyriès* de 28 de junio de 1919 ⁵³. Este último sobre la suspensión de la ejecución de una ley, si bien en circunstancias excepcionales, en concreto la suspensión del trámite de audiencia en un procedimiento disciplinario. La ejecución de las leyes se configuró, por tanto como "una verdadera función, partiendo de la consideración unitaria de tal función, no como ejecución de una o varias leyes concretas [...] sino del *entero conjunto normativo* ⁵⁴." Así la tarea de ejecutar las leyes si bien desde un punto de vista analítico consiste en asegurar la aplicación de cada ley, desde un punto de vista sintético consiste en asegurar las condiciones del orden jurídico general que implica el mantenimiento de la continuidad del Estado por el respeto del orden y la marcha de los servicios públicos ⁵⁵. Tales tesis permitieron, sin duda, una mayor discrecionalidad de la Administración sobre el tiempo en los procedimientos, relativizando los criterios de celeridad y rapidez que actualmente se reclama a la Administración. El tiempo debía, por tanto, medirse en torno al conjunto de normas, de tal forma que algunas de ellas podían quedar en suspenso aunque establecieran un determinado tiempo en la actuación administrativa.

Vemos, por consiguiente, como la exigencia de una Administración adaptada "al ritmo de

⁵² Vid. MICHOU, L.: *Etudes sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, París, 1913, p. 15. La cita la tomamos de Martin BULLINGER: "La Administración, al ritmo..." *op. cit.* pp. 92-93.

⁵³ Sobre ésta última el decano de Toulouse, el profesor Maurice HAURIOU, llegó a señalar que: "Cette décision est l'une des plus riches en substance politique et gouvernementale qui aient été rendues depuis longtemps". La cita la extraemos del trabajo del profesor Georges VEDEL: "Les bases constitutionnelles du droit administratif" en *Conseil d'État. Études et documents*, París, 1954, fascículo 8, p. 36.

⁵⁴ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español" en la obra del mismo autor *Administración y Constitución*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Col. "Administración y ciudadano" 16, pp. 52-53.

⁵⁵ Vid. VEDEL, Georges: *Droit administratif*, Ed. Presses Universitaires de France, Col. "Thémis", París, 1968, pp. 11-15. Vid. también del mismo autor "Les bases..." pp. 40-41.

la sociedad" depende en gran medida del contexto constitucional en el cual se inserta. Así se desprende, según hemos visto, de las grandes tesis formuladas en torno al Estado de Derecho. Por ello, este breve panorama de los grandes modelos constitucionales nos permite situarnos en una singular atalaya para contemplar la realidad jurídica española.

2.- La recepción en el ordenamiento español del concepto de Estado de Derecho y su influencia en el factor tiempo de la actuación administrativa

2.1.- El Estado liberal burgués y la construcción del Derecho administrativo

Por lo que respecta al Estado liberal español del siglo XIX estamos ante un Estado civilmente en crisis y donde predominarán los gobiernos de corte autoritario, surgidos del constante "ruido de sables" que se va sucediendo durante todo el período. La preocupación fundamental reside en asegurar una Administración fortalecida que sea capaz de recaudar tributos y aplicar la ley ante el desorden que provocan las numerosas guerras civiles. Así el liberalismo de mitades del XIX no es por tanto un período caracterizado por una lucha contra la Administración a la que hay que sujetar y reducir, sino que se intenta construir una Administración fortalecida capaz de resolver los males endémicos del país ⁵⁶. Los autores más significativos de la época (Francisco Agustín SILVELA, Alejandro OLIVÁN, Javier de BURGOS y un pocos años más tarde José POSADA HERRERA y Manuel COLMEIRO) están marcados por una clara influencia francesa, que en algunos casos no es sólo de

⁵⁶ Vid. en este sentido el trabajo del profesor Carlos GARCÍA OVIEDO: "Los orígenes del Derecho administrativo español" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 6, 1943, pp. 586-587: "Pecaríamos, sin embargo, de inexactos si nos arriesgáramos a estimar a nuestros tratadistas del decenio hostiles a toda idea de una administración positiva y creadora. Lejos de ello, muéstranse frecuentemente favorables a ella, exaltando la misión tutelar de la Administración pública, ponderando la omnipotencia de esta institución, propugnando que haga acto de presencia con actividades variadas en todos los círculos de la vida social. Sin duda alguna, la sed de reformas de la época sobreponiéndose a la tendencia abstencionista del naciente Estado liberal, precipitaba a este Estado por el camino de la intervención." Por su parte, Pierre LEGENDRE ha puesto de relieve como la ideología liberal aplicada a la Administración no puede identificarse con un planteamiento preocupado por debilitar la acción administrativa. Vid. de este autor: "Histoire de la pensée administrative française" en AUBY, J.M. (et al.): *Traité de Science administrative*, Ed. Mouton & Co, Paris-La Haya, 1966, p. 27.

doctrinal, sino institucional ⁵⁷.

Por estas razones fracasarán en sus inicios las tesis de corte eminentemente judicialista que se fraguaron en las Cortes de Cadiz y que tuvieron una escasa o nula efectividad ⁵⁸. La importante labor realizada por los autores de la época y la influencia del modelo francés llevan a la implantación de un sistema de justicia administrativa, retenida dentro de la propia Administración, destinada a una mayor agilidad que los tribunales ordinarios ⁵⁹.

De esta forma, en 1845 la jurisdicción contencioso-administrativa se residencia en el Consejo

⁵⁷ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: "Apuntes para una historia de los autores de Derecho administrativo general español" en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración pública con ocasión de su centenario*, Ed. INAP, Col. "Estudios Administrativos", 1984, p. 39, donde cita un texto de POSADA HERRERA.

⁵⁸ Así GIL DE ZÁRATE señalaba en 1838: "La Administración se vio de repente sin fuerza, y, acometida de una paralización espantosa, no le fue dado ya ejercer en bien de la sociedad ninguna de sus funciones. La recaudación de las contribuciones, las obras públicas, los servicios de toda clase quedaron entorpecidos, y no hubo ramo que no se resintiese lastimosamente, y en que el Estado no recibiese perjuicios de consideración. En los tres años en duró aquel vicioso sistema, fue tal el desconcierto en que cayó la Administración general del reino, que ya se dejaba sentir, hasta por los más obcecados, la necesidad de una reforma." Vid. de este autor "Administración de los Tribunales contencioso-administrativos" en *Revista de Madrid* 1838. Reproducido asimismo en GALLOSTRA Y FRAU, José: *Colección bibliográfica de lo contencioso-administrativo*, 1882, pp. 145-160.

⁵⁹ Esta concepción estará incluso presente cuando muchos años más tarde se "devuelva" la jurisdicción contencioso-administrativa a los Tribunales. Vid. en este sentido la Memoria elevada al Gobierno de S.M. en el acto de apertura de Tribunales (1914-1915) por el Fiscal del Tribunal Supremo, ex-Magistrado de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Excmo. Sr. Senén Canido: "Será, pues, necesario repetir, por vulgar que sea el concepto, que lo que singularmente caracteriza la función contencioso-administrativa, es la de ser meramente revisoria de las resoluciones de la Administración comprendidas dentro del art. 1 de su ley, carácter gráficamente expresado por un hombre eminente en la política y en la administración maestro en la materia de que ahora trato, que definía aquella función, diciendo que consistía en examinar sentado lo que la Administración había resuelto de pie. Olvidando esta condición esencial de lo contencioso-administrativo, los Tribunales provinciales y los representantes de la Administración ante los mismos, no sólo no niegan jamás el recibimiento a prueba, sino que otorgan con larga mano lo que se les propone. Dos daños se causa con esto: alterar sustancialmente la función revisora y alargar innecesariamente el procedimiento que resulta voluminoso, perdiendo con ello uno de los aspectos más atrayentes de los que caracterizan a esta jurisdicción, que es su breve sencillez, tanto más necesaria en aquéllos, cuanto que la importancia de los asuntos que ante los mismos se ventila, es en general de escasa monta, y su cuantía, cuando es estimable limitada." Vid. ESPINOSA Y GÓMEZ DEL VALLE, Gabriel: *Diccionario de jurisprudencia contencioso-administrativa*, Ed. Librería de San Martín, Madrid, 1915, p. 107 nota 1.

Real y se dota de una legislación específica ⁶⁰. Sin embargo, este cuerpo normativo, de carácter competencial y de funcionamiento, no aclara específicamente la naturaleza de esta jurisdicción. Tampoco se prevén mecanismos de respuesta a la inactividad administrativa, pero debe observarse que ya durante los primeros años de su vigencia empiezan a dictarse algunas normas que recogen de forma pionera la institución del silencio administrativo. Concretamente el art. 4 de la Ley de 20 de marzo de 1846, mandando indemnizar a los partícipes legos de diezmos ⁶¹, prevé que "en caso de que los interesados no se conformasen con su decisión (la calificación del Gobierno), o ésta se dilatase más del año, podrá intentarse la vía judicial ante los Consejos de provincia, con apelación a dicho Consejo Real." Posteriormente se dicta la Real Orden de 28 de mayo de 1846, aprobando la instrucción para el cumplimiento de la Ley de partícipes legos de diezmos, cuyo art. 4 advierte que:

"Si el Gobierno declarase nulos o insuficientes los títulos y demás documentos que el partícipe presente para justificar su derecho, o la decisión de aquél se

⁶⁰ Las normas que crean la jurisdicción contencioso-administrativa son: la Ley de 2 de abril de 1845, de organización y atribuciones de los Consejos provinciales; la Ley de 6 de julio de 1845, de organización y atribuciones del Consejo Real; el RD de 1 de octubre de 1845, aprobando el reglamento sobre el modo de proceder de los Consejos provinciales como tribunales administrativos, y de su régimen interior; y el RD de 30 de diciembre de 1846, aprobando interinamente el reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real.

⁶¹ En el *Diccionario de la Administración española* de Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, Madrid, 1917, se define de la siguiente forma la voz "Diezmo eclesiástico y de partícipes legos": "Llamose así la imposición sobre los frutos de la tierra que el labrador pagaba de los productos *íntegros* de su trabajo, *sin deducción de los gastos* que se ocasionaban ni del *rédito* de los capitales que estos exigían. [...] Su institución no era de derecho divino, como algunos suponían; pues aunque en el Antiguo Testamento se preceptuó a los judíos, no se estableció en el Nuevo; así es que no sólo el clero y sus fábricas eran las que percibían el diezmo sino que en algunos pueblos eran partícipes también los monasterios y conventos y las casas de beneficencia, y en todos o en la mayor parte de ellos, los Reyes consiguieron por bulas pontificias una participación para sostener las cargas del Estado, y ya dueños de ella la cedieron, donaron y vendieron en parte a algunos particulares, cosa corriente en aquellos tiempos en que su voluntad era absoluta, en que todo era objeto de venta o se transfería graciosamente para atraerse con halagos benevolencias que sólo por el interés se despertaban... **De aquí nacieron los partícipes legos en diezmos.** A la abolición de éstos por la ley de 29 de julio de 1837, no pudo menos de reconocerse el principio de justicia de haber de indemnizar a los que hubiesen adquirido su derecho *por título oneroso*, revocando implícitamente o incorporando al Estado el de todos aquellos que no fundasen el suyo más que en la liberalidad de los Reyes." Sobre el concepto de diezmo y sus diversas clases *vid.* por todos MORALES Y ALONSO, Juan Pedro: *Tratado de Derecho eclesiástico general*, Ed. Imprenta y Librería española y extranjera de D. Rafael Tarascó y Lassa, Sevilla, 1883, pp. 795-828.

prolongase más del año designado por la ley, podrá éste acudir dentro del plazo establecido en juicio contencioso administrativo a probar y deducir su derecho ante el Consejo de la provincia en que estos derechos estaban radicados, con apelación al Consejo Real."

La necesidad de evitar "grandes perjuicios al Erario", lleva a dictar normativa complementaria "con el objeto de remediar este mal y evitar también a los interesados el de la paralización de sus expedientes que no podría resolverse sin grave dificultad, para no recargar indebidamente al Estado" ⁶². Hay que tener en cuenta que la abolición de los diezmos, lejos de beneficiar a los destinatarios del impuesto, provocó un endeudamiento del Estado respecto a los partícipes legos y una grave disminución de los ingresos del Estado, la cual se tradujo en un correlativo enriquecimiento de la burguesía de la época ⁶³. Dentro de este contexto, con la técnica del silencio administrativo se pretende evitar que la inactividad de la Administración deje abiertas indefinidamente las puertas a eventuales litigios, iniciándose los plazos de impugnación ante los cuales el particular debe reaccionar interponiendo el recurso o perdiendo la posibilidad de hacerlo. El silencio administrativo no constituye, sin embargo, una medida aislada, sino que se establecen también otras complementarias, tales como la posibilidad de realizar ciertos acuerdos de composición de intereses, para resolver y finalizar aquellos asuntos cuya falta de claridad no permita una terminación pronta de los mismos ⁶⁴.

⁶² Vid. la Exposición de Motivos de la Real Orden de 4 de marzo de 1847, determinando que la Junta de Calificación de títulos de crédito de partícipes legos de diezmos ejerza sus funciones bajo la autoridad y dirección del presidente de la misma.

⁶³ Sobre las graves repercusiones que produjo la abolición de los diezmos para el Estado vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, en especial p. 511, donde se señala que: "[...] sin ventaja alguna para los cultivadores, perdió el Estado parte de sus rentas y se endeudó con los partícipes legos y, lo que es más grave todavía, contrajo la obligación de hacerse cargo de los gastos del culto y el clero, de los que no podía desentenderse una vez que les había privado de sus medios de financiación."

⁶⁴ Vid. el art. 5: "Que si a pesar de todas las diligencias se presentasen expedientes en que no sea dable fijar la opinión con probabilidad de acierto, haya convicción de que son exagerados los datos o fundadas dudas sobre su importancia y resolución queda autorizada esa Junta para arbitrar sobre ellos de convenio con los interesados, sometiéndolo a la aprobación del Gobierno y decidirlo por equidad, conciliándose de este modo en lo posible sus intereses con los del público." Este supuesto es un precedente notable que nos recuerda,

A tales disposiciones se añadiría más tarde el RD de 15 de mayo de 1850, acordando reglas para regularizar la marcha de los expedientes sobre indemnización de partícipes legos de diezmos. Según el preámbulo del RD se dicta tal normativa "con el fin de que terminen lo más pronto posible los expedientes de indemnización de partícipes legos de diezmos, regularizando su marcha e instrucción". En el RD se prevén diversos supuestos de silencio administrativo que abren la vía a la jurisdicción contencioso-administrativa, como el previsto en el art. 10: "habiendo transcurrido dos meses sin que el Gobierno resuelva acerca de él (el recurso), podrá intentar el partícipe la vía contencioso-administrativa, como si los títulos hubieran sido declarados insuficientes, o se hubiese denegado la indemnización en la cantidad debida" ⁶⁵.

Por su parte, la Ley de 20 de febrero de 1850, fijando las bases de la contabilidad general, provincial y municipal, establece en su art. 17 un supuesto de silencio administrativo negativo, al que sigue la fijación de un estricto término de prescripción. En este caso existía un año para resolver gubernativamente el asunto, transcurrido el cual el particular disponía de un plazo de prescripción de dos años para acudir a la vía contencioso-administrativa:

"Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios, o a título de equidad, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste el recurso que corresponda por la vía contencioso-administrativa, *al que habrá lugar como si la reclamación hubiera sido denegada por el Gobierno. Este recurso prescribirá por el transcurso de dos años, a contar desde la misma fecha (la cursiva es nuestra)* ⁶⁶."

salvando las distancias, mecanismos compositivos y convencionales en el seno del procedimiento, como es la actual terminación convencional.

⁶⁵ Vid. también los arts. 16, 17 y 19 del citado Real Decreto.

⁶⁶ Tal precepto sería reproducido, años más tarde, por el art. 18 de la Ley de 25 de junio de 1870, provisional de Administración y Contabilidad de la Hacienda.

Este conjunto normativo confirma que el silencio negativo, concebido como mecanismo para acceder a una jurisdicción contencioso-administrativa revisora, se introduce en determinados ámbitos con la finalidad de dejar resuelta lo más rápido posible el problema que tales indemnizaciones planteaban. Por tanto el silencio administrativo no se entiende tanto para garantizar al particular sus derechos, sino más bien como un modo de organización de la Administración financiera de la época, que quiere cerrar posibles reclamaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa fuera de unos plazos relativamente prudentes, los cuales podrían en caso contrario quedar abiertos *sine die* como consecuencia de la propia inactividad de la Administración pública ⁶⁷.

En vía administrativa, la necesidad de descargar de asuntos a determinados órganos centrales de los Ministerios, lleva a dictar algunas disposiciones en las que se atribuyen las competencias ordinarias a los inferiores. Por tanto, aquéllos solamente serán competentes cuando se entorpeciera la instrucción de los expedientes (es decir retraso o inactividad) o no fueran atendidas las solicitudes, así como también cuando se reputaren agraviados por la decisión. De esta forma, puede encontrarse la Real Orden de 13 de enero de 1846, mandando que no den curso a las instancias de los Cabildos y eclesiásticos particulares, sino que observen lo prevenido por las circulares de 13 de enero y 20 de julio de 1846, expedidas por el Ministerio de Gracia y Justicia ⁶⁸. Tales medidas se adoptan "conviniendo al servicio público y al expedito despacho de los negocios del Ministerio de mi cargo", y confirman el

⁶⁷ El dato lo confirma la aplicación jurisprudencial de tales preceptos legales. Así la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo de 19 de diciembre de 1892 entiende que "el recurrente debió utilizar la vía contencioso administrativa, al espirar el año desde que presentó la instancia en que solicitaba la indemnización de los diezmos de que se trata, sin que le comunicasen la resolución recaída". Por tanto, se declara procedente la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción.

⁶⁸ Así la disposición 4ª: "quedando a los interesados salvo el medio de acudir a la Dirección del Tesoro cuando notaren que en las oficinas de provincia *se entorpece la instrucción de los expedientes* o se reputaren agraviados en la decisión"; y también la 6ª: "Para presentarse en esta Secretaría de Gracia y Justicia instancias relativas a los asuntos de que se trata en la disposición 3ª, deberán los Gobernadores exponer el fundamento de ellas en los oficios de remisión, y decir que las estiman razonables y no han sido atendidas ni en la Intendencia ni en la Dirección del Tesoro."

carácter organizativo de las mismas ⁶⁹. Pero, sin duda, es en el ámbito de las clases pasivas (es decir los empleados públicos que se crean con derecho de cesantía o jubilación) donde encontramos diversas medidas de impulso a la actividad administrativa, llegándose a consagrar un supuesto de silencio administrativo, que si bien no abre la vía contenciosa, produce unos efectos muy favorables para el particular. Ciertamente, el tema de las clases pasivas era un asunto agobiante para el Estado debido a sus repercusiones económicas y a los abusos que se había producido ⁷⁰. Por ello se crea una Junta de clases pasivas y se instrumenta la intervención de otros órganos del Estado (Dirección del Tesoro, Contaduría General del Reino) que pueden interponer recursos y reclamaciones contra las decisiones de tal Junta. Estos órganos pierden su derecho a reclamar en unos plazos muy precisos, y cuando lo hacen: "Pasado el plazo sin resolver la Junta, se entenderá confirmada su primera decisión ⁷¹." El empleado se ve favorecido, por tanto, por la inactividad de la Junta en vía de recurso, debiendo considerar confirmada la decisión que le reconocía su derecho. Medida que se complementa con la curiosa posibilidad de obtener una certificación por los

⁶⁹ Así se señala que: "Continuamente los Prelados y Gobernadores de las Diócesis dirigen a la Reina solicitudes de eclesiásticos, que tienen por objeto la reclamación de asignaciones personales, estando limitada en muchos casos toda la instrucción de semejantes instancias al simple oficio con que el Diocesano las recomienda. *El inconveniente que nace de esta práctica es el de seguirse y terminarse en el Ministerio de mi cargo un cúmulo de expedientes cuyo conocimiento mejor se adapta a la índole de las Contadurías de provincia que a la de una Secretaría del Despacho*, y cuya resolución más bien que de la autoridad Real debiera impetrarse de los jefes de la Hacienda pública, sin traspasar el límite de sus atribuciones ordinarias. [...] *Persuadida por tanto la Reina de los perjuicios inherentes a la práctica adoptada en la actualidad y deseando que, para incoar, proseguir y resolver los peticiones sobre pago de cuotas que se cubren con los productos de la contribución del culto y clero, se fije un orden que redunde en pro de la causa pública y favorezca también el interés de los particulares.*"

⁷⁰ Vid. el RD de 28 de diciembre de 1849, encargando al Ministerio de Hacienda de cuanto haga relación a las clases pasivas de todas las carreras, creando una Junta que se titulará de clases pasivas y dictando otras disposiciones respecto a las mismas clases: "Constantemente ha ocupado la atención del Gobierno de V.M. el arreglo de todo lo relativo a los derechos de los individuos que componen las diversas y numerosas clases del Estado conocidas bajo la denominación de pasivas, habiéndose propuesto siempre al tratar de este asunto preparar los medios de disminuir en lo posible el considerable importe de obligación tan crecida, sin desatender lo que la justicia reclama y la conveniencia pública exige en favor de lo que pertenecen ya y hayan de pertenecer en lo sucesivo a dichas clases." Por tanto se organiza una nueva Junta, dotándole de medios y atribuciones para resolver de este asunto. Señalándose que: "No de otra manera podrá regularizarse un servicio en que el Erario se halla interesado por una suma de más de 150 millones anuales, ni obtener ventajas en beneficio de los intereses públicos."

⁷¹ Vid. los arts. 10 y 11 del RD de 24 de mayo de 1850, ampliando el de 28 de diciembre de 1849, por el cual se creó la Junta de clases pasivas.

interesados donde "se acredite el transcurso de los plazos sin haber recaído la decisión definitiva ⁷²."

En esta época también aparece el silencio administrativo en dos ámbitos muy concretos: la autorización para procesar funcionarios públicos ⁷³ y la reclamación gubernativa para entablar demandas judiciales contra el Estado ⁷⁴. La razón de ello no parece estar tanto en garantizar al ciudadano el acceso a las jurisdicciones civil y penal, sino fundamentalmente en otro tipo de motivaciones que responden a la propia organización y funcionamiento de los Poderes del Estado.

Con la autorización para procesar funcionarios se pretendía evitar que la responsabilidad personal de los mismos acabara involucrando a la Administración en los pleitos penales. Si no existiera una intervención administrativa previa, se razonaba, la actuación del juez podría acabar enjuiciando a la propia institución, el Poder Ejecutivo, en vez de a la persona individual. Además, se pretendía evitar que los funcionarios quedaran expuestos a cualquier reclamación, por insensata que fuera, cuando simplemente podían estar cumpliendo con su deber. Ahora bien, el hecho que existiera una explicación coherente que encajara en el

⁷² Vid. el art. 29 del RD de 24 de mayo de 1850.

⁷³ Vid. el art. 5 del RD de 27 de marzo de 1850, estableciendo reglas que han de observarse en los procesos que se formen contra los Gobernadores de las provincias y demás empleados y corporaciones dependientes de éstos por hechos relativos al ejercicio de sus funciones: "Si la resolución no se comunicase en el término de los veinte días de que trata el artículo anterior, el Ministerio de Gracia y Justicia tendrá por concedida la autorización y dispondrá la continuación de la causa." En rigor no se trata de un supuesto de silencio positivo ("tendrá por concedida") tal como lo entendemos hoy en día, sino que en realidad la función del silencio que ahora contemplamos es la de facilitar el acceso a la jurisdicción penal, si bien con un filtro previo de carácter temporal en vía administrativa.

⁷⁴ Vid. el RD de 20 de setiembre de 1851, previniendo no se admitan demandas judiciales contra la Hacienda, sin que se certifique haber precedido reclamación en la vía gubernativa. Para María Eugenia GUILLÉN PÉREZ: "La primera (*sic*) norma que, en España, otorgó efectos, si bien desestimatorios a la inactividad formal de la Administración se encuentra en el Real Decreto de 20 de Septiembre de 1851." Vid. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 33. No obstante, según ya hemos tenido ocasión de señalar, existen otros supuestos anteriores, algunos de los cuales se establecen precisamente para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

sistema constitucional y político de la época ⁷⁵, no debía suponer que la competencia atribuida al Juez pudiera quedar indefinidamente en suspenso por la mera inactividad de la Administración pública. Por tanto, el silencio administrativo introducía un equilibrio entre ambos Poderes, el Ejecutivo y el Judicial, al posibilitar que la Administración estableciera un previo filtro, pero al mismo tiempo facilitando que el juez pudiera enjuiciar al funcionario si la Administración no ejercitaba este control en un tiempo determinado.

Por lo que hace referencia a las reclamaciones previas para interponer demandas judiciales contra el Estado se producía además otra necesidad. Ésta consistía en reafirmar ante todo la prohibición impuesta a los Tribunales de admitir demanda alguna donde se controviertan derechos del Estado o donde se encause a funcionario, sin que previamente se haga constar en vía gubernativa tal reclamación o autorización previa. Por tanto, se quería evitar que los Tribunales conocieran directamente, sin el previo filtro administrativo. Con la técnica del silencio, se pretendía, que la inactividad de la Administración no fuera un freno que desmotivara al particular a acudir previamente a la vía administrativa antes de plantear su demanda ante el juez ⁷⁶.

La existencia de este supuesto en el ámbito de las reclamaciones gubernativas lleva a Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA a afirmar que el silencio administrativo no surge históricamente como consecuencia del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-

⁷⁵ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 74-78. Desde otra perspectiva vid. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: "La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas" en *RAP* 31, enero-abril 1960, pp. 95-149.

⁷⁶ Es muy ilustrativa el Preámbulo al RD de 20 de setiembre de 1851, citado anteriormente, donde se señala que tal prohibición "ha encontrado resistencia en su cumplimiento", añadiéndose posteriormente que la "falta de regularidad la vía gubernativa en esta clase de expedientes (*sic*), y careciendo de un plazo fijo dentro del cual deban quedar completamente terminados, han preferido los particulares interesados acudir a los Tribunales a reclamar sus derechos, antes de exponerlos a dilaciones indefinidas."

administrativa ⁷⁷. Este autor se basa para ello en las tesis defendidas por los profesores José Ramón PARADA VÁZQUEZ y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR para los cuales el proceso contencioso-administrativo inicialmente se configuraba "al servicio directo de la resolución de cuestiones conflictivas y no de apelación o revisión de actos administrativos ejecutorios ⁷⁸." Según estos autores el carácter revisor se iría adquiriendo posteriormente a través de una desvirtuación del modelo original. La causa de esta desvirtuación reside para SANTAMARÍA PASTOR en "la traslación a este ámbito (el contencioso-administrativo) de la técnica de la reclamación previa al proceso civil ⁷⁹", apoyándose en la Real Orden de 9 de junio de 1847, la cual según este autor establece por vez primera esta vía administrativa previa en los litigios contra el Estado ⁸⁰. Para este autor la influencia de esta Real Orden en la configuración del acto previo es "solapada", pues dos meses después de promulgarse, aparece el primer Real Decreto Sentencia en el que el Consejo Real empieza a exigir la decisión previa en el ámbito contencioso-administrativo. Influencia tan decisiva, pese a que el mismo autor reconoce que el Consejo Real no cita ni una sola vez la Real Orden que

⁷⁷ Vid. de aquel autor *El silencio administrativo en el Derecho español*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1990, pp. 24-26. En sentido similar se pronuncia también Marcos GÓMEZ PUENTE: *La inactividad de los Poderes públicos: En especial, la inactividad de la Administración*, tesis doctoral (inédita), Santander, 1995, pp. 727-737, quien relativiza la importancia de la existencia de supuestos de silencio administrativo anteriores a 1851.

⁷⁸ Vid. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso" en *RAP* 55, enero-abril 1968, p. 66. Esta tesis fue objeto de un vibrante debate entre el autor citado y Alejandro NIETO GARCÍA durante los años 60 en las páginas de la *RAP*. En la actualidad y haciendo precisiones de interés respecto a las tesis señaladas vid. el exhaustivo y minucioso estudio de BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés: *El acto ejecutivo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, a cuya bibliografía, legislación y jurisprudencia nos remitimos *in totum*.

⁷⁹ Vid. de este autor "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa" en *RAP* 77, 1975, p. 103. En sentido contrario vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Ed. IEA, Madrid, 1971, pp. 155-156.

⁸⁰ El propio SANTAMARÍA PASTOR alude a otros posibles precedentes, si bien considera que los mismos no se mueven en la línea de la reclamación previa, "sino en el de las manipulaciones de los conceptos gubernativo-contencioso que se realizan en el primer tercio del siglo XIX para excluir totalmente la competencia de los Tribunales ordinarios en determinadas materias en favor de la Administración, no para configurar una vía administrativa previa." Vid. de este autor "Sobre el origen y evolución..." *op. cit.* p. 85, nota 5.

impone la reclamación previa ⁸¹. Por todo ello GARCÍA-TREVIJANO GARNICA acaba concluyendo que el silencio administrativo surge intrínsecamente unido a la exigencia de reclamación gubernativa previa a la interposición de demandas judiciales contra el Estado y posteriormente esta técnica se trasladará al contencioso-administrativo ⁸².

Pese a la originalidad de la tesis de la influencia de la reclamación previa en el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo y en el nacimiento del silencio, en ella se plantean ciertos interrogantes que no acaban de quedar resueltos. Como hemos visto un año después de la creación de la jurisdicción contencioso-administrativo se había de prever expresamente el acceso a esta jurisdicción en casos de inactividad, dato que confirma el carácter revisor, en cuanto exigencia de acto previo, de tal jurisdicción. Si ésta no fuera revisora desde sus orígenes ¿qué sentido tendría la previsión expresa de este supuesto de silencio administrativo? Además, si la influencia de la reclamación previa es tan decisiva ¿por qué no se traslada con carácter general la técnica del silencio administrativo al proceso contencioso-administrativo? ¿por qué habrá que esperar casi un siglo, hasta los Estatutos de CALVO-SOTELO según veremos, para encontrar una primera generalización de esta técnica?

La hipótesis más plausible es que, en realidad, la naturaleza revisora estaba ya implícita en la legislación de 1845 y que la previsión expresa para las reclamaciones previas en la Real Orden de 1847 "se limita a aclarar una duda que la ignorancia había hecho surgir en la mente

⁸¹ Para el profesor Alejandro NIETO GARCÍA "tal forma de razonar no es convincente, ya que resulta inimaginable que un requisito de tal trascendencia - y que según SANTAMARÍA implicaría nada menos que una ruptura de la ley inicial - fuese exigido por el Consejo Real sin invocar la norma en que se basa." *Vid.* de este autor *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 1986, p. 199.

⁸² El supuesto más antiguo al que alude Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA es precisamente el establecido para las reclamaciones previas por el citado Real Decreto de 20 de septiembre de 1851. Cabe decir, sin embargo, que se cita como de pasada el RD de 15 de mayo de 1850, sobre trámites en los expedientes de indemnización de partícipes legos de diezmos, al aludir a un trabajo de CABALLERO Y MONTES sobre la vigencia de determinada normativa al entrar en vigor la Ley de Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888. *Vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* p. 32.

de algunos abogados, más familiarizados con el proceso civil que en el contencioso ⁸³." Lo cierto es que existe legislación sectorial, entre 1845 y la aprobación de tal Orden, en la cual se viene exigiendo que se resuelva gubernativamente el asunto antes de acudir al contencioso-administrativo que se sustancia en el Consejo Real o en los Consejos provinciales. En este sentido no solamente hay que aludir a la normativa sobre la indemnización a los partícipes legos de diezmos (20 de marzo de 1846, según se recordará), sino a otras muchas normas en las que si bien no se establecen supuestos de silencio administrativo, si recuerdan la obligatoriedad de la vía administrativa previa. Tómese como ejemplo la Real Orden de 6 de enero de 1847, comunicando el Real Decreto de 18 de diciembre de 1846, por el que se aprueba el reglamento general del ramo de estadística de la riqueza sectorial ⁸⁴. Por no decir la Real Orden de 7 de abril de 1846, para proceder al deslinde y al amojonamiento de los montes del Estado, de propios y comunes de los pueblos y de los establecimientos públicos. En esta última norma coexiste curiosamente la exigencia normativa de resolver gubernativamente un asunto antes de acudir al contencioso-administrativo, con la de reclamación previa a la vía judicial ⁸⁵. Esta legislación sectorial que alude a la naturaleza revisora del contencioso-administrativo, no viene a establecer ningún régimen excepcional, sino a recordar o aludir expresamente a lo que ya estaba implícito en la legislación de 1845. Por tanto, cabe relativizar, cuando no cuestionar la influencia de la reclamación administrativa previa en el carácter revisor del contencioso y en el nacimiento del silencio.

⁸³ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos... op. cit.* p. 199.

⁸⁴ Vid. su art. 247: "*Queda sin embargo expedito a los pueblos el derecho de reclamar por la vía contencioso-administrativa en el término de un mes, a contar desde el de la aprobación gubernativa de su catastro respectivo, contra cualquier perjuicio que de sus resultas pueda seguirsele, y solicitar su rectificación o la de cualquiera de los otros pueblos del partido a que pertenezca.*"

⁸⁵ En este sentido cabe citar el art. 12, respecto a la vía contencioso-administrativa, según el cual: "El comisario procurará terminar, por avenencia y conciliación de las partes interesadas, cualquier diferencia a que diere lugar las operaciones de deslinde. Cuando no pueda conseguirlo, lo pondrá todo en conocimiento del Jefe Político, para que éste resuelva gubernativamente en el asunto; y *dando caso de que los interesados todavía no se convengan con su fallo, podrán usar de su derecho ante los Consejos provinciales [...]*." Por su parte el art. 13 introduce en este ámbito un supuesto de reclamación previa a la vía judicial: "*Respecto a las cuestiones de propiedad que se susciten en los deslindes, podrán acudir las partes interesadas ante los jueces de primera instancia a cuya jurisdicción pertenezcan los montes; pero no antes que se halle concluido y resuelto el expediente gubernativo sobre su pertenencia, deslinde y amojonamiento.*"

En aquellos momentos las razones por las cuales el silencio administrativo es un técnica limitada a casos muy singulares en el contencioso-administrativo no derivan de una recepción parcial de la técnica de la reclamación previa. En realidad tal situación tiene esencialmente su origen en dos tipos de causas: a) en primer lugar puesto que el silencio no se concibe como un instrumento garantizador, sino que se ha previsto únicamente en aquellos casos que por su trascendencia social necesitan ser resueltos lo más rápido posible; b) en segundo lugar no hace falta insistir en la exigencia de la vía administrativa previa a la jurisdiccional a diferencia de lo que sucede en la autorización para procesar funcionarios y la reclamación previa a la vía judicial. En efecto, no hay necesidad de instaurar tal técnica pues el Consejo Real, después Consejo de Estado, se dedica a inadmitir sistemáticamente todo tipo de demanda de la que previamente no haya conocido la Administración activa. El planteamiento es lógico y congruente con el modelo de Administración concebida como "objeto de una Ciencia de Gobierno" más que como un Derecho eminentemente garantista en contra de la Administración ⁸⁶.

En este panorama juega un papel significativo la burocracia, entendida como "factor de poder" ⁸⁷. Se va imponiendo, por tanto, una relativización del factor tiempo en la actuación de la Administración pública. Así la creciente profesionalización de los empleados públicos creará un núcleo de poder a cuya discrecionalidad quedará, en muchas ocasiones, el cumplimiento del principio de Estado de Derecho, siendo utilizada por políticos en su dialéctica con los poderes soberanos del Parlamento. Son harto significativas, para estas consideraciones, las palabras del político liberal-conservador Andrés BORREGO MORENO

⁸⁶ Por su parte Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, en su trabajo: *El silencio administrativo en el Derecho...* *op. cit.*, pp. 23 y 24, parece poner más énfasis en el aspecto garantista respecto al surgimiento del silencio administrativo en el ámbito de la reclamación previa. En cambio, nosotros consideramos que si bien éste es un factor a tener en cuenta, no es en cambio el elemento decisivo en la implantación del silencio.

⁸⁷ Sobre la burocracia como factor de poder *vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Col. "Estudios de Historia de la Administración", Madrid, 1986, pp. 308-313. Asimismo BULLINGER, Martin, señala que: "[...] el dominio sobre el factor temporal en la ejecución de la ley continuó siendo un elemento esencial del poder de la burocracia consciente de sí misma y firmemente organizada que reclamaba para sí el derecho a sobrevivir inobjettata frente a cualquier cambio del ordenamiento constitucional o del sistema político." *Vid.* de este autor "La Administración, al ritmo..." *op. cit.* p. 93.

en 1855 ⁸⁸ respecto a las reformas administrativas del entonces presidente del Consejo de Ministros Juan BRAVO MURILLO:

"(Éstas) no son más que una servil copia del sistema francés de centralización, de desconfianza, de *eternos expedientes* y de *enredosos procedimientos*, muy a propósito para cubrir la arbitrariedad y las injusticias gubernamentales, y de vana fraseología. En la obra de esas decantadas reformas *se complicó de tal modo la maquinaria administrativa, que fue ya imposible* intervenir con éxito sus operaciones, vigilar sus actos, *activar sus procedimientos* y enmendar sus yerros. Pero, en cambio, se creó un inmenso ejército oficinesco, una milicia de pluma [...] en cuyas manos se quiso colocar la fortuna, la honra, la suerte y los destinos del país. De esta manera complicada la maquina administrativa, convertía el funcionario público en una especie de mandarín o reyezuelo, y rodeada de aparatoso boato la vida administrativa, fue indispensable que el presupuesto de gastos creciera fabulosamente."

Esta situación no impide, sin embargo, que en esta época se vayan poniendo importantes cimientos en la construcción dogmática del Derecho administrativo. En este proceso, el dominio público constituyó, sin duda, uno de los "primeros títulos habilitantes que van a justificar la atribución de poderes de intervención a la Administración" ⁸⁹. La necesidad de conservación y protección de los bienes de dominio público lleva a que se dicte un importante cuerpo de legislación en la materia. Dentro de este conjunto normativo encontramos la importante Ley de 3 de agosto de 1866, sobre el dominio, uso y aprovechamiento de las aguas del mar y terrestres, su régimen y policía, etc. (Gaceta de

⁸⁸ Vid. de este autor *La revolución en julio de 1854 apreciada en sus causas y en sus consecuencias*, 1855.

⁸⁹ Vid. FONT I LLOVET, Tomàs: "La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños" en *RAP* 123, septiembre-diciembre 1990, p. 79.

Madrid de 7 de agosto de 1866). Esta Ley ha sido considerada por GARCÍA DE ENTERRÍA⁹⁰ como "el monumento legal más prestigioso de nuestra legislación administrativa del siglo XIX". En esta normativa podemos encontrar un supuesto de silencio positivo⁹¹, al regularse los aprovechamientos de aguas públicas para riegos. Puede sorprender desde nuestra óptica actual que el silencio positivo aparezca precisamente en el ámbito del dominio público⁹², la razón de ello está sin duda en la diversa concepción que de este tipo de bienes se tenía entonces, en cuanto que la protección que del uso común realizaba el Estado no era como titular de estos bienes, sino "en razón de su titularidad de la función de policía"⁹³. Todavía no se había dictado en nuestro país el Código Civil, cuya regulación sobre el dominio público vendrá a suponer una ruptura con los antecedentes históricos españoles, asumiendo el mismo esquema vigente para este tipo de bienes en el Derecho francés a través del *Códe Napoleon*⁹⁴. La introducción de este supuesto de silencio positivo tendrá, no obstante, una vigencia limitada, en primer lugar por la interpretación restrictiva que de él realiza la jurisprudencia⁹⁵

⁹⁰ Vid. de este autor *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 77. En sentido similar se pronuncia el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *La elaboración de la Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, Ed. Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963, pp. XVII-XVIII.

⁹¹ Así el art. 240: "Los proyectos presentados a los Gobernadores de las provincias por particulares, comunidades o empresas en lo relativo a cualquiera de los puntos para cuya decisión les faculta la presente ley, serán despachados y resueltos en el término de seis meses. De no ser así se entenderá aprobado el proyecto o concedida la petición."

⁹² Recuérdese que en nuestra legislación vigente el art. 43.2.b) de la LRJPAC excluye del ámbito del silencio positivo la transferencia de facultades relativas al dominio público.

⁹³ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *La elaboración... op. cit.* p. XXXVII.

⁹⁴ Tal extremo fue puesto de relieve por Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO Y CALVO: "Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público" en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 8, 9, 10 y 11, 1942, homenaje al profesor José Gascón y Marín, pp. 113-127.

⁹⁵ En la STS de 20 de marzo de 1874 (Gaceta de Madrid de 17 de junio de 1874) se señala que el plazo de seis meses fijado en el art. 240 de la ley "debe entenderse sin violencia desde que el expediente está terminado y no habiendo oposición", señalando que "no es posible admitir que han existido y causado estado por el ministerio de la ley concesiones que de ellas hagan caso omiso". Por su parte la STS de 23 de septiembre de 1874 (Gaceta de Madrid de 19 de octubre de 1874) absuelve a la Administración general del Estado señalando: "Que el término de los seis meses de que habla el art. 240 para que los gobernadores resuelvan estos expedientes se entiende cuando no ha ofrecido entorpecimiento alguno su tramitación, cuando el solicitante cumple de una vez con todos los requisitos exigidos por la ley, y los opositores y la Administración no

y, en segundo lugar, porque en la legislación que inmediatamente la sustituye se transforma curiosamente en supuesto de silencio negativo, concebido exclusivamente para acceder a la vía administrativa siguiente, es decir el Ministro de Fomento ⁹⁶. La razón de que se frustrara tan innovadora medida sin duda puede encontrarse en los cambios que se suceden tras la "Gloriosa" en septiembre de 1868 ⁹⁷.

Por otra parte, a lo largo del siglo XIX comienza a producirse el fenómeno de la industrialización del país. Consecuencia de ello es un fuerte despoblamiento del campo favorecido por la migración a las grandes ciudades. Para paliar las consecuencias desfavorables de esta situación se dicta diversas normas, como la Ley de 3 de junio de 1868 sobre colonias agrícolas ⁹⁸. En la misma también se incluye la técnica del silencio positivo (art. 26). Esta ley y la técnica del silencio positivo deben inscribirse en los diversos factores que condicionan la política de colonización agrícola del siglo XIX. La concepción

encuentran dificultades insuperables para defender sus intereses o dejar bien garantidos los derechos del Estado, cuando, en una palabra, el expediente ha podido terminarse en ese período con todas las condiciones exigidas por la ley [...]."

⁹⁶ Así la redacción del art. 249 de la Ley de 13 junio de 1879, de aguas (Gaceta de Madrid de 19 de junio de 1879), es sensiblemente diferente al de su homólogo anterior: "Los proyectos para cuya aprobación se faculte a los gobernadores y las concesiones que les corresponde otorgar, serán despachadas en el término de seis meses. De no ser así, los peticionarios podrán acudir al Ministerio de Fomento, que dictará la resolución que proceda antes de los cuatro meses de presentada la reclamación."

⁹⁷ Como ha advertido el profesor Luis JORDANA DE POZAS: "La profunda reforma que la Ley de Aguas de 1866 significaba no quedó consolidada desde su promulgación, sino que, como era natural, atravesó un período de controversias, ataques y decaimientos. Ni las circunstancias políticas turbadas eran favorables para el arraigo e implantación de un cuerpo legal tan importante, ni el ingenuo y simplista ideario de los partidos triunfantes dejaba de chocar con la prudencia, el equilibrio y los elementos tradicionales de la nueva Ley de Aguas". *Vid.* de este autor "La evolución del Derecho de las aguas en España y en otros países" en *RAP* 37, 1962, pp. 22-23.

⁹⁸ El texto completo de esta norma es: Ley de 3 de junio de 1868 refundiendo las prescripciones de las leyes de 8 de enero y 23 de mayo de 1845, Real Decreto de esta última fecha, leyes de 24 de junio de 1849 y 21 de noviembre de 1855, 11 de julio y 3 de agosto de 1866, sobre fomento de la agricultura y de la población rural, y declarando derogadas dichas disposiciones en todo lo que se opongan a la presente (Gaceta de Madrid de 18 de noviembre de 1890). Según su art. 26: "[...] El Gobernador resolverá en el término de un mes, y si no lo hiciere, se entenderá otorgada la solicitud del propietario. Si la resolución del Gobernador fuese negativa, podrá el propietario interesado reclamar ante el Ministerio de Fomento, el cual resolverá dentro de 60 días después de presentada la reclamación. Y si transcurriese este plazo sin que recaiga resolución alguna, se entenderá concedida la petición, y el propietario reclamante entrará en el pleno disfrute de los beneficios de la presente ley, según los había solicitado."

predominante en esta ámbito era la de concebir la acción de intervención del gobierno muy limitada, reduciéndose a estimular la colonización agrícola. Además se producía en aquella época la desamortización, primándose la concentración de tierras y la capacidad económica de los solicitantes, principios del proceso desamortizador que regirán de forma similar en el proceso colonizador ⁹⁹. Dentro de esta compleja situación, el silencio positivo venía a constituir un instrumento que posibilitara el rápido acceso a las tierras para beneficiarse de los diversos beneficios que concedía la Ley. En este sentido los propietarios más activos y emprendedores, por tanto, los más poderosos, eran los que podían instalarse más rápidamente y por tanto gozar de los beneficios legales, sin que la lentitud de la Administración pública supusiera un obstáculo a estos objetivos. La escasa conflictividad que plantea este supuesto de silencio positivo, reflejada en las escasas sentencias que hemos encontrado, se plantea en términos o no de su vigencia, ante la posible derogación que podía haber implicado la Ley de jurisdicción contenciosa-administrativa ¹⁰⁰.

En definitiva, en este período observamos como el silencio administrativo, tanto negativo como positivo, no nace esencialmente como un mecanismo garantizador, sino que responde a razones de Estado muy concretas. Tal afirmación puede demostrarse además por la consciencia existente entonces sobre el daño que causaban para el Estado la dilación de los procedimientos administrativos. Así en la Exposición de Motivos del RD de 18 de febrero de 1871 por el que se aprueba el Reglamento para el régimen y la tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda (*Gaceta de Madrid* de 22 de febrero de 1871) se advierte que:

"La lentitud con que se tramitan los negocios administrativos, y los entorpecimientos y dificultades que en su instrucción se encuentran, han sido objeto de constante crítica, tanto más fundada, cuanto los perjuicios que se

⁹⁹ Vid. MONCLÚS, F.J.; OYÓN, J.L.: *Historia y evolución de la colonización agraria en España*, vol. I (*Políticas y técnicas en la ordenación del espacio rural*), Ed. INAP (MAP), Madrid, 1988, pp. 30-37.

¹⁰⁰ Vid. la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 24 de marzo de 1890 (*Gaceta de Madrid* de 18 de noviembre de 1890).

irrogan a los particulares son siempre menores que los que sufren los intereses del Estado" ¹⁰¹.

Se trataba, además, de mejorar la propia imagen de la Administración pública, tal y como se constata más adelante en la misma Exposición de Motivos:

"A su vez la sencillez, la claridad y la rapidez en el despacho, no sólo liquidaran los atrasos, no sólo realizarán parte de los débitos, no sólo activarán la gestión de los negocios, sino que, y esto es quizás lo más importante, harán que la Administración pública se presente a los ojos del país y al juicio de la opinión de una manera tal, que desaparezcan muchas de las críticas que sobre ella pesan, las cuales provienen de la languidez, de la confusión y de la oscuridad que a veces reinan, que de los defectos o de las causas a que se atribuyen."

2.2.- La Restauración canovista: hacia un planteamiento forense y legalista del Derecho administrativo

Tras el breve período revolucionario vuelve a imponerse *manu militari* (pronunciamiento del General PAVÍA en 1874) la dinámica conservadora que preside nuestra historia constitucional ¹⁰². Es el período conocido como la Restauración que funcionará con regularidad durante todo un cuarto de siglo, imponiendo un modelo que, salvo breves paréntesis, se prolongará

¹⁰¹ De forma similar, pero no tan contundente, es la RO de 8 de febrero de 1867, en materia de la Hacienda pública, cuya Exposición de Motivos, pone de relieve como "El Consejo de Estado [...] ha llamado la atención hacia los graves perjuicios que a los intereses del Estado y de los particulares ocasiona, ya el silencio de la legislación, ya su inobservancia respecto de los plazos para notificar las resoluciones que causan estado en los negocios gubernativos susceptibles de reclamación contenciosa [...]."

¹⁰² Como advierte la mayoría de la doctrina no cabe hablar de ciclos o alternancias de izquierda a derecha y viceversa durante la historia constitucional española. En realidad la mayor parte de la misma ha estado presidida por textos constitucionales claramente conservadores o negadores del constitucionalismo. *Vid.* por todos: SOLÉ TURA, Jordi; AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, 16ª ed., Ed. Siglo veintiuno, Madrid, 1992.

hasta 1978 ¹⁰³. Estamos ante un régimen de carácter autoritario donde las clases dominantes buscan recuperar su iniciativa política y económica, a través de una Constitución aparentemente liberal ¹⁰⁴. En esta época existirá una concepción eminentemente legalista de la Administración pública ¹⁰⁵, donde predomina un planteamiento más bien "forense", en el que el Derecho administrativo es concebido como un "objeto del arte de defender a los particulares". Es significativo que una de las figuras destacadas de la época es SANTAMARÍA DE PAREDES cuya obra más relevante es la Ley de 13 de septiembre de 1888 de la jurisdicción contencioso-administrativa ¹⁰⁶.

En aquellos momentos se observa como diversos tratadistas recogen ya el concepto de *Rechtsstaat* ¹⁰⁷, ya sea directamente o bien a través de la doctrina italiana que ejercerá una influencia notable en la dogmática española. No obstante como señala el profesor Lorenzo

¹⁰³ Vid. APARICIO PÉREZ, Miguel Angel: *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Ed. Universitat de Barcelona y Ministerio de Justicia e Interior, Barcelona, 1995, p. 135.

¹⁰⁴ Vid. SOLÉ TURA, Jordi; AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes... op. cit.* p. 74.

¹⁰⁵ Según señala el profesor Alejandro NIETO GARCÍA: "A estas alturas resultaría inútil pretender determinar si la Restauración fue un fenómeno legalista, y por ello dio acogida a juristas y abogados o, si, por el contrario, el hecho de que su protagonistas fueran juristas explica la juridificación del Estado." Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Col. "Estudios de historia de la Administración", Madrid, 1986, p. 48.

¹⁰⁶ Sobre este período "codificador" del proceso contencioso-administrativo es imprescindible el minucioso estudio del profesor Luis MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración de la ley de 13-9-1888*, Madrid, 1975.

¹⁰⁷ Así es significativa la larga nota que Pedro DORADO MONTERO dedica al *Rechtsstaat* o *Estado conforme al Derecho*, en su traducción de la obra de Luis GUMPLOWICZ: *Derecho político filosófico*, Ed. La España Moderna, Madrid, s/f. Así señala como los "modernos Estados constitucionales tienden a convertirse en Estados jurídicos". Vid. también GINER Y CALDERÓN: *Principios de Derecho natural*, Madrid, 1873, pp. 158 y ss., 162 y ss. Así como la obra de Adolfo POSADA: *Principios de Derecho político. Introducción*, Madrid, 1884, p. 12. Por su parte el profesor Alejandro NIETO GARCÍA ha destacado el hecho que: "La Administración española, con la mejor de las intenciones, ha desorbitado el papel del Derecho en su actuación, de acuerdo con la anacrónica mentalidad del siglo XIX. Hace ya más de cien años, una parte de la doctrina alemana descubrió que el fin del Estado era el cumplimiento del Derecho y aquellas ideas, importadas a España por Adolfo Posada, siguen estando vivas entre nosotros." Vid. de este autor *La organización del desgobierno*, 2ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 162.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ¹⁰⁸, la solución que se introduce en España no es:

"[...] ni Estado de Derecho, según los teóricos alemanes, ni Estado sometido a los jueces, a la inglesa, ni Consejo de Estado, a la francesa, con aires liberales y con tan destacadas innovaciones de técnica jurídica. Surgirá así un híbrido, en el que los datos foráneos se diluyen en compacta argamasa nacional, cuya pobreza y deficiencias ya han sido recordadas. Pero el contencioso-administrativo no es malo o mediocre por el mero hecho de ser nacional. Es que es un resultado evidente y una clara proyección del sistema de la Restauración. Y a los hombres que entonces tienen el poder político en España parecía interesarles tan enteco sistema."

Durante este período, los partidos aspirantes al poder, basaban sus posibilidades de gobierno en una red de compromisos locales que constituyeron el caldo de cultivo del caciquismo oligárquico ¹⁰⁹. La Administración de la época, pese algunos esfuerzos individuales aislados, "no fue más que un aparato al servicio de los grupos dominantes, patrimonializado por los gobiernos de turno ¹¹⁰." El papel del parlamento se centraba más en determinar quien ejercía el gobierno que como se ejercía éste ¹¹¹. Por tanto, el Parlamento no tuvo nunca medios efectivos de control sobre la Administración pública. En un sistema como el que se describe la burocracia se escuda en la teórica responsabilidad del ministro que nunca deviene efectiva. De ello son conscientes los reformadores de la Administración pública, tal

¹⁰⁸ Vid. el prólogo de este autor a la obra del profesor Luis MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración... op. cit.* p. 26.

¹⁰⁹ Para la comprensión de esta época es de gran interés el trabajo de José VARELA ORTEGA: *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1977.

¹¹⁰ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Ed. Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 50.

¹¹¹ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control... op. cit.* p. 43.

y como se constata de las palabras de D. Gumersindo de AZCÁRATE ¹¹²:

"[...] en cuanto a la burocracia, la empleomanía y el expedienteo, estos tres vicios que se dan de la mano, desaparecerán el día en que se establezca un procedimiento administrativo, con trámites precisos y plazos fijos, sin secretos para nadie, y en que se organicen debidamente las carreras del Estado. Entonces se cortarán los vuelos a la burocracia, porque todo su poder estriba en la arbitrariedad y en la irresponsabilidad de hecho de que gozan los funcionarios públicos, escudados en la ilusoria responsabilidad de los ministros."

La necesidad de reformar la Administración pública se concreta en algunas iniciativas parlamentarias de cierto interés, como las realizadas por el destacado político y jurista catalán D. Manuel DURÁN Y BAS ¹¹³. Entre sus diversas preocupaciones, destaca a los efectos que a nosotros nos interesa, una Proposición de ley "sobre reforma de la organización administrativa de España" presentada en enero de 1880. En la misma se venía a generalizar la experiencia adquirida por los precedentes reglamentos departamentales. En efecto, la proposición de ley quería habilitar al Gobierno para dictar el "reglamento general para el procedimiento administrativo" con una serie de bases entre las que debemos subrayar la 4ª y la 6ª que se correspondían respectivamente con las siguientes reglas:

- "Fijación de términos para dictar providencias y para que, en caso de silencio, se entiendan otorgadas las concesiones que se soliciten."
- "Determinación de la responsabilidad de los empleados por infracción de las reglas de procedimiento administrativo, con fijación de las penas en que incurran, autoridad que deba

¹¹² Vid. AZCÁRATE, Gumersindo de: *El régimen parlamentario en la práctica*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pp. 84-85 (la 1ª edición es de 1885).

¹¹³ Sobre el perfil biográfico de este personaje puede consultarse VICENS VIVES, Jaume; LLORENS, Montserrat: *Industrials i polítics (segle XIX)*, Ed. El Observador, Història de Catalunya, Biografies Catalanes, Barcelona.

imponerlas y medios para exigir las."

Sorprende por su carácter precoz la opción decidida por el silencio administrativo positivo respecto a "las concesiones que soliciten". En todo caso del preámbulo o justificación de su propuesta se desprende claramente que esta regulación quiere realizarse, entre otras razones, para "dar a la acción administrativa más celeridad y sencillez", así como "para que del procedimiento administrativo desaparezcan la lentitud que fatiga". Las medidas descritas no eran, empero meros islotes aislados, sino porque las mismas se incluían en todo un sistema de racionalización administrativa, en la que se propugnaba desde un estatuto de unos funcionarios públicos profesionalizados hasta un modelo de Administración descentralizado. Este punto es importante, debido a la filiación "regionalista" del ilustre diputado, que veía como una Administración centralista y mastodóntica no respondía a las necesidades de una burguesía catalana de una actuación rápida sin trabas burocráticas. En este sentido son significativas sus palabras en defensa de la proposición que presenta:

"Yo entiendo que concentrar toda la acción administrativa superior, toda administración central, en su jefe; que hacer intervenir el Ministro, su más alto representante, en toda la gestión de los intereses generales del Estado, en todos los asuntos propios de esa administración central, es abrumarle con un peso que no hay hombros bastante titánicos para soportar; es dejar a esa administración en continuo retardo en sus decisiones por carecer de tiempo; es dar lugar a que con razón nos lamentemos del completo abandono de los asuntos, porque no pueden resolverlos, faltos de espacio para hacerlo, los jefes superiores que deben atender a ellos."

Por tanto propugnaba descentralizar las competencias de los ministros en órganos inferiores y especialmente en la Administración periférica, donde los gobernadores civiles eran "la representación superior del Gobierno central en cada provincia." Así se conciben los remedios a la inactividad administrativa no sólo desde la perspectiva de unos mecanismos concretos, sino en un sistema embrionario pero consciente de articular diversas medidas al

respecto. La proposición de ley fue retirada por el propio DURÁN Y BAS ante la promesa del Gobierno, realizada a través del Ministro de Justicia ÁLVAREZ BURGALLAL, de trasladar las bases que se proponían a una Comisión que había sido creada el año anterior para las reformas administrativas.

En este período, como se ha puesto acertadamente de relieve "entre el texto de las leyes y su aplicación práctica ha existido, por lo general, una considerable distancia" ¹¹⁴. De tal forma que, como advertía SILVELA en 1882 ¹¹⁵: "En España existe un "estado de derecho" que encanta por su mecanismo regular, metódico y minucioso en garantías y otro "estado de hecho" que, contrastando con aquél profundamente, lo destruye hasta sus más insignificantes pormenores, haciéndolo perfectamente ilusorio". Se procedía, por tanto, a minusvalorar el poder del parlamento trasladándolo solapadamente a una Administración sometida al principio de jerarquía, y bajo las instrucciones del Gobierno de turno. Filosofía que tan bien condensa la célebre frase atribuida al ministro Conde de ROMANONES: "Háganme las leyes que yo haré los reglamentos".

La reacción conservadora que supone la Restauración canovista respecto al período revolucionario de "la Gloriosa" implica volver de nuevo al enfoque que presidirá todo nuestro siglo XIX. Es decir, el predominio del legislador en la regulación de derechos: "la determinación de éstos - y, lo que es peor, sus garantías - quedan siempre en manos del legislador que, lógicamente actuará en pro del mantenimiento del orden establecido [...] sin llegar nunca a dar el paso hacia la auténtica protección de la libertad a través de la normatividad constitucional y, consiguientemente, de la potenciación del poder judicial como

¹¹⁴ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Ed. Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 42.

¹¹⁵ La frase corresponde a una conferencia del político conservador y ministro de Gracia y Justicia realizada en el Ateneo en la citada fecha. La cita corresponde a Joaquín COSTA: *Oligarquía y caciquismo. Colectivismo agrario y otros escritos*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1967, p. 19, y también puede encontrarse más recientemente en el trabajo de otros autores: vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control... op. cit.* p. 41.

garante de los derechos de los ciudadanos ¹¹⁶."

Es a través del desarrollo legal que derechos de importante trascendencia política quedan sometidos a una serie de controles previos en los que rige el silencio positivo: así la libertad de imprenta (1879) ¹¹⁷ y el derecho de asociación (1887) ¹¹⁸. Con los efectos estimatorios de la inactividad se venía a suavizar, a hacer más tolerable en estos ámbitos el ejercicio de este poder de policía, que se había impuesto en ámbitos donde hacía bien poco que se había proclamado su plena libertad ¹¹⁹. El control administrativo, justificado en el viejo concepto de "orden público", no puede dejar vacíos indefinidamente los derechos reconocidos en el Texto constitucional de 1876, por eso la inactividad administrativa en éstos casos debe considerarse con efectos positivos. Si bien debe señalarse que no estamos ante un régimen autorizatorio propiamente dicho, sino ante una mera comunicación ante la autoridad gubernativa quien durante el plazo establecido puede prohibir la actividad, pero no tiene que dictar necesariamente una resolución expresa.

Si los derechos constitucionales quedan durante esta época claramente condicionados por su

¹¹⁶ Vid. SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio: "Derechos y libertades en el último tercio del siglo XIX español" en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 2ª época, 9-10, otoño de 1994-invierno de 1995, p. 267.

¹¹⁷ Así el art. 7 de la Ley de 7 de enero de 1879, determinando el ejercicio de la libertad de imprenta, las diferentes clases de impresos, los delitos que se cometen por medio de la imprenta, las penas, los Tribunales llamados a aplicarlas, los medios de exigir la responsabilidad correspondiente (Gaceta de Madrid de 8 de enero de 1879): "Si cumplidos los sesenta días desde aquel en que se hizo la solicitud, la autoridad nada hubiere resuelto, se entenderá justificada la aptitud del fundador propietario del periódico, y éste podrá publicarse."

¹¹⁸ En este sentido la Ley de 30 de junio de 1887, regulando el derecho de asociación que reconoce el art. 13 de la Constitución (Gaceta de Madrid de 12 de julio de 1887): art. 5 "Transcurrido el plazo de ocho días que señala el párrafo primero del artículo anterior, la asociación podrá constituirse o modificarse con arreglo a los estatutos, contratos, reglamentos o acuerdos presentados, salvo lo que dispone el artículo siguiente. [...]"; art. 6 "[...] Podrá la asociación constituirse o reanudar sus funciones, si dentro de los veinte días siguientes a la notificación del acuerdo a que se refiere el párrafo anterior no se confirma por la autoridad judicial la suspensión gubernativa."

¹¹⁹ Sobre esta época *vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: "La Administración y el Derecho administrativo durante el Gobierno Provisional de 1868-69" en *Revista de occidente*, tomo XXIII septiembre-noviembre-diciembre 1968, pp. 4-93. En este trabajo se señala como uno de los objetivos de los Decretos de Gobernación (Sagasta) es el pleno reconocimiento del principio de asociación y libertad de imprenta.

desarrollo legal, en parte por la inexistencia de un control constitucional, ciertos mandatos legales quedan desvirtuados al remitirse a los reglamentos para instrumentar mecanismos efectivos que garantizaran su aplicación. Este extremo se constata claramente con la aplicación práctica de la denominada Ley de 18 de octubre de 1889, de procedimiento administrativo (comúnmente denominada "Ley Azcárate"). Esta Ley si bien tiene el indudable mérito de ser la primera normativa de rango legal que a nivel mundial disciplina el procedimiento administrativo, se limita a establecer una bases que deben recoger los diferentes departamentos ministeriales en sus respectivos reglamentos. La generalidad con que se regula el procedimiento, en donde existen importantes lagunas ¹²⁰, y la remisión que se realiza a las normas reglamentarias comporta dos fenómenos notables: en primer lugar la desigualdad con que se regulan determinadas instituciones fundamentales; y en segundo lugar la desvirtuación de algunos mandatos que pasan a ser meras obligaciones morales para sus destinatarios. De esta forma mientras en algunos Ministerios se regulará el silencio administrativo, en otros no podrá aplicarse esta técnica hasta fechas relativamente recientes. Además, los mecanismos establecidos serán claramente insuficientes para garantizar que la tramitación de los procedimientos administrativos se instrumente en plazo de un año previsto por la base 8ª de la Ley.

La tendencia señalada puede encontrarse en diversos textos normativos de la época. Así se observa con claridad como el cumplimiento de la Ley a través del procedimiento administrativo queda en algunos casos en manos de la Administración, tal como se constata en la Exposición de Motivos del reglamento de procedimiento del Ministerio de Gracia y Justicia, aprobado por RD de 17 de abril de 1890:

¹²⁰ Pese a estas omisiones debe destacarse, con todo, la novedad que supuso para su tiempo la "Ley Azcárate". Así Giuseppe CATALDI señalaba que: "No obstante alguna laguna (p.e. silencio de la Administración, prueba, etc.) la ley establecía claramente el iter que debían seguir los asuntos administrativos desde su inicio hasta su conclusión, así como las normas concernientes a los recursos que podían ser propuestos contra las resoluciones administrativas; indicaba además el término dentro del cual debían emitirse los informes, así como las decisiones." *Vid.* de este autor "I più recente indirizzi in materia di procedimento amministrativo non contenzioso" en *RTDP* 1964, p. 182.

"Aunque como ya se ha dicho están minuciosamente señalados los términos dentro de los cuales se ha de practicar las varias diligencias administrativas, de manera que cualquier solicitud que se formule habrá de quedar despachada por necesidad en un plazo relativamente breve, el Ministerio que suscribe se ha creído en el deber ineludible de dejar previsto el caso de que, por virtud de razones económicas, por falta de crédito en el presupuesto, o por alguna exigencia imperiosa del bien público, tenga que declarar en suspenso el curso de determinado expediente. En buenos principios, es imposible desconocer en la autoridad discrecional de la Administración activa, más que el derecho, la obligación de tomar, en ciertas ocasiones, ese acuerdo extraordinario, verdadero caso de fuerza mayor, reclamando por los intereses generales y los deberes de Gobierno, que no han de quedar desatendidos en beneficio de un interés meramente particular. Basta, cuando tal suceda, con que sea explícita y terminante la responsabilidad ministerial contraída y con que, de todas suertes, se revista el mandato de suspensión de las solemnidades propias de un fallo definitivo, para que el interesado pueda, si lo estima, hacer uso de un derecho reclamando ante el Consejo de Ministros."

Por este motivo el art. 11 del citado reglamento posibilitaba por "razones excepcionales de interés público" el dejar en suspenso el curso de algún expediente a través de decreto del Ministro. Tal resolución era susceptible de reclamación ante el Consejo de Ministros. Como vemos a través de un reglamento se posibilita, a través de la suspensión, que quede a la discrecionalidad de la Administración el cumplimiento del plazo de un año que proclamaba enfáticamente la Ley de procedimiento administrativo de 1889.

Entre estas razones de interés público cobran particular relieve las "de carácter económico, por falta de crédito en el presupuesto". Vemos, por tanto, como el entrecruzamiento entre el principio de legalidad administrativa y el de legalidad presupuestaria condicionan el factor tiempo en la actuación administrativa. Así lo cierto es que ya bien pronto la Administración se escuda en la legalidad presupuestaria para dejar sin cumplimiento sus obligaciones

pecuniarias ¹²¹. La necesidad de la Administración de atenerse a las partidas presupuestarias, paradójicamente, implica que derechos de los particulares quedan desatendidos sistemáticamente. Incluso cuando el contencioso-administrativo se residenció en manos de los tribunales, las sentencias que estos dictaban quedaban sin ejecutar pues la Administración carecía de los créditos necesarios para hacer efectivo a tales deudas ¹²².

Pese a esta formidable discrecionalidad que se atribuía a la Administración respecto a la tramitación o no de los procedimientos administrativos, los tribunales se esfuerzan en buscar mecanismos de control o de limitación, si bien a veces no pasan de simples declaraciones retóricas y un reenvío a la Administración activa anulando las resoluciones en las que se suspende el procedimiento. Piénsese que a diferencia del Derecho alemán, el procedimiento administrativo español cobra una relevancia jurídica singular. Así paulatinamente las normas

¹²¹ *Vid.* la decisión de competencia de jurisdicción del Consejo de Estado de 3 de octubre de 1855 (*JA* núm. 2). En este caso hay una solicitud de pago de indemnización por expropiación del Conde de Puñorostro. El Consejo Real decide la competencia a favor de la Administración suscitada entre el Gobernador de la Provincia de Madrid y el Juez de 1ª Instancia del distrito de Palacio en base a la siguiente argumentación: "[...] para hacer efectivo, en casos como el presente, el pago de la cantidad presupuestada, si fuese injustamente desatendido, ha lugar a la vía gubernativa ante el superior jerárquico y bajo la responsabilidad respectiva correspondiente, sin perjuicio de ejercitar, habiendo méritos para ello, la acción que proceda contra el funcionario que deba responder singularmente de cualquier delación vejatoria."

¹²² Mentalidad que perdura en épocas recientes y que han tratado de erradicar diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Así la STS de 6 de marzo de 1978 (ref. Ar. 752): "[...] sin que tampoco sea utilizable como excusa a la Administración para la adopción de tales medidas, la inexistencia de créditos presupuestarios, pues la habilitación de los mismos, no es condicionante para la existencia del derecho que se reconoce, sino por el contrario será una consecuencia de su declaración." También *vid.* la STS de 1 de julio de 1991 (ref. Ar. 5.557) donde se anula el acuerdo de aprobación del presupuesto de una entidad local. Más recientemente la STC 294/1994, de 7 de noviembre, recogiendo una jurisprudencia anterior, señala como "un Estado de Derecho no puede desconocer una situación jurídica perfecta o una obligación legalmente contraída por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario (STC 32/1982, fundamento jurídico 3º)." Si bien, el principio de legalidad presupuestaria es necesario en nuestro Estado de Derecho para garantizar un adecuado control del gasto público, no debe suponer un lastre para la Administración y un *via crucis* para los ciudadanos, sino que deben buscarse fórmulas y procedimientos flexibles, o iniciarlos con la suficiente antelación para dar satisfacción con mayor prontitud a los destinatarios. Es significativo a título de ejemplo la Recomendación del Defensor del Pueblo 2/1993, de 25 de enero, sobre abono de las becas de formación del personal investigador (BOCG, V Legislatura, serie A, 26, p. 602): "Esta institución, partiendo de la obligación de esa Consejería de abonar dotaciones de las citadas becas al vencimiento de cada mes, considera que deberían utilizarse mecanismos que, sin vulnerar la legalidad presupuestaria, permitieran el pago puntual de las cantidades, iniciando para ello el proceso contable con la antelación suficiente, o, en su caso, actualizando la compleja tramitación que hasta ahora viene utilizándose con el consiguiente perjuicio para los particulares". *Vid.* Defensor del Pueblo: *Recomendaciones y sugerencias 1993*, Madrid, 1994, pp. 5-6.

de procedimiento se substantivizarán suponiendo un formidable baluarte de defensa frente a la Administración pública con la doctrina de los "vicios de orden público" ¹²³. Planteamiento que si bien se refleja en la exigencia teórica de una actuación administrativa más celerizada, no se corresponde con mecanismos efectivos para hacerla efectiva. Ello se explica, en parte por el apartamiento que realiza la doctrina española en relación a la francesa que había elaborado y consolidado el *recours per excés de pouvoirs* a través de una serie de técnicas entre las cuales, según hemos visto se encuentra el silencio administrativo. Es bastante significativo que si examinamos las principales obras de SANTAMARÍA DE PAREDES sobre Derecho administrativo no encontremos en la bibliografía a autores extranjeros. Por tanto la doctrina de entonces se encierra en sí misma, prescindiendo de los posibles avances que se vislumbraban en su entorno inmediato.

La jurisprudencia es consecuente con este empobrecimiento doctrinal que se traduce en la escasa imaginación en la articulación de mecanismos para hacer efectiva la exigencia legal y meramente teórica de celeridad administrativa. En este sentido podemos destacar la STS de 19 de noviembre de 1906 (*Gaceta de Madrid* de 5 de agosto de 1907) sobre el pago de una finca expropiada por un RD de 3 de diciembre de 1835 y en la cual los herederos del desposeído presentan el 5 de octubre de 1888 los documentos para continuar la reclamación incoada por su padre. En este caso se impugna una Real Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de abril de 1905 donde se ordena: "que se ponga en curso de nuevo el citado expediente general, informando en él nuevamente los Centros directivos." El TS una vez examinada la solicitud del demandante señala al respecto:

"Considerando: Que no está en las facultades discrecionales de los Directores generales ni de los Ministros el aplazar indefinidamente la resolución de los expedientes, puesto que por ley y por Reglamento está marcado el plazo en

¹²³ Sobre este tema *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: "La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: orígenes y evolución" en *RAP* 56, 1968, pp. 223-277. En este trabajo se explica el apartamiento que realiza el contencioso-administrativo español de su modelo francés (recurso por exceso de poder), atrincherándose en los aspectos de forma y de competencia para el control de la discrecionalidad administrativa.

que debe hacerse, no pudiendo estimarse como resolución de un expediente particular el acuerdo de que se ponga nuevamente en curso un expediente de carácter general, porque tanto la ley como el Reglamento dicen que en ningún caso podrá exceder de un año el tiempo transcurrido desde el día en que se incoe el expediente y aquel en que se termine en la vía administrativa, y para que termine es necesario que la resolución sea sobre el fondo y definitiva [...]."

En la STS de 25 de septiembre de 1915 (*Gaceta de Madrid* de 4 de noviembre de 1915) se anula una resolución en la que se suspendía la tramitación de una solicitud de pensión de 800 pesetas anuales hasta que se publicara el Reglamento correspondiente ¹²⁴. El TS es bastante taxativo al afirmar:

"Considerando que la excepción alegada por el Ministerio Fiscal no es de apreciar, pues si bien la providencia del Tribunal gubernativo deja en suspenso el trámite del expediente, esta suspensión es indefinida, y, por tanto, constituye una verdadera denegación de derecho para el interesado, quien tiene el amparo de las leyes para que se resuelva en justicia su petición, según lo declarado en constante jurisprudencia."

En cambio, un supuesto significativo en la reducción de la discrecionalidad administrativa con consecuencias jurídicas relevantes lo constituye la STS de 3 de enero de 1917 (*Gaceta de Madrid* de 9 de abril de 1917). En este caso la presencia de un derecho subjetivo, como

¹²⁴ La falta de discrecionalidad en el aplazamiento de los procedimientos está también presente en la STS de 9 de octubre de 1919 (*Gaceta de Madrid* de 10 de diciembre de 1919) donde se anula un acuerdo de la Administración de no haber lugar a resolver sobre la indemnización pedida por una Comunidad de Presbíteros, hasta que se estableciera, de acuerdo con Roma, y como consecuencia de otro expediente general, los términos en que podría ser resarcida.

es la propiedad privada ¹²⁵, comporta que se deduzca jurisprudencialmente un supuesto de silencio administrativo positivo. Así es bastante elocuente el TS cuando advierte que:

"[...] como no es lícito al Ayuntamiento tener indefinidamente en tramitación el expediente sobre concesión de la licencia para construir, privando al propietario "de los derechos inherentes a la propiedad, uno de los cuales es el de poder edificar en su terreno y hacer las obras que le convenga con sujeción a lo dispuesto en los reglamentos de Policía y Ordenanzas municipales, y del que no puede ser privado sino por una causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización [...] en modo alguno pueda ser estimado el motivo que el Ayuntamiento [...] alega para no conceder la licencia solicitada, cual es el pretender que el interesado espere a que (la Corporación) estudie y resuelva el expediente de modificación de líneas del plano de ensanche [...] porque los Ayuntamientos no pueden denegar las licencias para edificar, por la razón de no estar aprobado el proyecto de modificación del plano de ensanche"; y

Que solicitada en debida forma por [...] Pérez Lucía en 1º de Mayo de 1911, la licencia para edificar en terreno de su propiedad, aprobado definitivamente el Proyecto de Ensanche y transcurridos no pocos meses desde la solicitud de la licencia sin que el Ayuntamiento la concediese ni negase, y sin que la Comisión de Ensanche haya iniciado el expediente de expropiación [...], se deduce que ya conforme a la regla 2ª de la RO de 20 de abril de 1867, ya con arreglo al art. 24 de la Ley de 26 de julio de 1892 y al 43 del reglamento de 31 de mayo de 1893, ha podido el propietario [...] edificar en su finca, a

¹²⁵ Según el Auto de 19 de junio de 1896 no puede estimarse la concesión o denegación de licencias para edificar "como de potestad discrecional antes, por el contrario, es materia de facultad reglada, puesto que los Ayuntamientos, al otorgar o denegar esa clase de licencias, tienen que atemperarse a los planos aprobados para el ensanche, ornato o saneamiento de las poblaciones, a lo que preceptúan las Ordenanzas municipales y a las restricciones que establecen los Reglamentos de policía, seguridad e higiene públicas."

tenor de lo dispuesto por tan explícitos preceptos ¹²⁶."

De esta forma se viene a "sancionar" la inactividad de la Administración que no había procedido a expropiar o adoptar las medidas pertinentes durante un plazo establecido ¹²⁷. Ello era en completa sintonía con una Administración eminentemente liberal en la que su creciente importancia era vista con desconfianza y recelo. Pensemos que un año antes de esta sentencia el tratadista FERNÁNDEZ DE VELASCO se había pronunciado favorable a "reconocerle un valor tácito favorable siempre al que pide una declaración a la Administración". Se argumentaba que "es un procedimiento económico, incluso de tiempo, para el que solicita aquélla y para la misma Administración, que puede abstenerse de contestar cuando su respuesta hubiera de deferir a la declaración solicitada, pues declaración y silencio se resolverían en iguales reconocimientos" ¹²⁸.

2.3.- La Dictadura de Primo de Rivera y la II República: el silencio administrativo en los Estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo y en la legislación republicana

La crisis del parlamentarismo liberal, cuyas deficiencias van arrastrándose desde principios de siglo, lleva al implantamiento de regímenes autocráticos y totalitarios en el período de entreguerras. Durante este período se produjeron una serie de acontecimientos decisivos que

¹²⁶ En sentido parecido *vid.* la STS de 14 de mayo de 1921 (*Gaceta de Madrid* de 29 de octubre de 1921): "Considerando que, en méritos de lo dispuesto por el artículo 714 de las Ordenanzas municipales del Ayuntamiento de esta Corte, veinte días después de ser entregada la solicitud pidiendo licencia para la construcción de obras de nueva planta, con los documentos que deben acompañarse, si no se ha notificado ninguna disposición del Alcalde, puede el propietario efectuar la obra [...]."

¹²⁷ Con anterioridad la RO de 12 de agosto de 1885 había establecido la obligación de los ayuntamientos de expropiar e indemnizar los terrenos particulares destinados a vía pública en la zona de ensanche cuando el Ayuntamiento denegó la licencia de construcción "o lo que es igual, se abstuvo de concederla". Con la legislación de 1892 se va más allá pues ante la inactividad de la Administración en la tramitación del procedimiento expropiatorio cuando "transcurra un mes sin resolución alguna del Ayuntamiento el propietario podrá construir en la parte edificable, con sujeción a las alineaciones debidas y previo cumplimiento de los demás requisitos que sobre construcciones hayan de observarse con arreglo a la legislación vigente [...]."

¹²⁸ *Vid.* de este autor "El "silencio" en los actos administrativos" en *Revista de los tribunales y de legislación universal* 2, 8 de enero de 1916, tomo L, p. 20.

condicionaron la evolución posterior. En España debe destacarse la dictadura del General PRIMO DE RIVERA (1923-1930). Estamos, sin duda, ante un período importante para el Derecho administrativo por los hechos que se producen y por su trascendencia ¹²⁹, no obstante estas transformaciones no han sido objeto de la atención que merecían. La ausencia de Parlamento posibilita que se lleven a cabo, al menos sobre el papel ¹³⁰, importantes reformas, especialmente en materia de funcionarios y administración local ¹³¹. Se consigue, por fin, llevar al texto de los boletines oficiales normas que traían causa en proyectos anteriores, especialmente el del político D. Antonio MAURA ¹³². Según la concepción simplista de la realidad que tenía el dictador PRIMO DE RIVERA debían corregirse los defectos más significativos de una Administración corrupta y dominada por el caciquismo existente durante el régimen liberal, en base a una disciplina cuartelera ¹³³. Por eso la actividad de la Administración, curiosamente, se jurisdiccionaliza significativamente

¹²⁹ Así señala el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: "Y también sabemos que los grandes hitos en la construcción del ordenamiento administrativo se han sentado -¿casualmente?- bajo gobiernos conservadores: Dictadura de Narváez, Restauración de Cánovas, Dictadura de Primo de Rivera, en tanto que los cortos períodos liberales o progresistas parecen haber sido estériles para el Derecho público. Así, pues, que el Derecho Administrativo ha sido una ciencia y un ordenamiento invariablemente conservador es algo que no puede ser puesto en duda". *Vid.* de este autor *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973, pp. 22-23.

¹³⁰ Como señala el profesor Alejandro NIETO GARCÍA: "Primo de Rivera creía que las estructuras españolas podían recomponerse con textos de la Gaceta de Madrid y "un poco de mano dura". *Vid.* de este autor *Estudios históricos... op. cit.* pp. 322-323.

¹³¹ Este extremo es puesto de relieve por el profesor Mariano BAENA DEL ALCÁZAR en su obra: *Curso de Ciencia de la Administración*, vol. I, Ed. Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1993, p. 182.

¹³² Hay que comprender que durante los años anteriores a la Dictadura el régimen local constituye "un problema político administrativo clave para la época, que ocupa a regeneracionistas (Costa) y a ensayistas que escriben sobre temas políticos (Ortega y Gasset). Se abre una lucha contra el caciquismo en la que, junto a los citados, participan los hombres más respetables de las distintas tendencias políticas, debiendo citarse al respecto los proyectos de reforma de Sánchez de Toca, Silvela y Maura, que una y otra vez se presentan ante el parlamento. Pero las Cortes, dominadas por los caciques, rechazan uno tras otro los proyectos, hundiéndose la vida municipal en la miseria, la regresión y el desorden". *Vid.* BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: *Curso de Ciencia... op. cit.* pp. 180-181.

¹³³ *Vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos... op. cit.* p. 321.

eliminándose las vías previas administrativas ¹³⁴ y naciendo, propiamente, en este momento para el Estado español la doctrina del silencio administrativo con los Estatutos municipal y provincial de CALVO SOTELO ¹³⁵. Este proceso de jurisdiccionalización de la vida local es propiciado por el propio Tribunal Supremo que en sentencia de 8 de junio de 1928 (*Gaceta de Madrid* de 7 de noviembre de 1929) entiende que no es necesario acudir al recurso de reposición previo contra el silencio de la Administración ¹³⁶. Se argumenta, de

¹³⁴ Según José CALVO SOTELO la norma fundamental del Estatuto municipal "estriba en sustituir los recursos gubernativos - que desaparecen por completo - por los judiciales, sea ante los jueces ordinarios, sea ante las Audiencias, sea ante los Tribunales contenciosos." La razón de esta opción por un "sistema judicial puro" parece estar en la desconfianza en los políticos que gobernaban los ayuntamientos. Así el propio CALVO SOTELO señala que: "Había visto, oído y conocido, los múltiples abusos a que se prestaban los gobernadores civiles, sobre todo en época electoral, en el trance de acorrallar a un candidato bienquisto del distrito, o de imponer a un cunero totalmente anónimo; y sentía la firme persuasión de que los funcionarios municipales de cualquier condición y especie ganarían mucho al emanciparse de esa engorrosa tutela, más bien tiranía, siempre que se les abriese amplia y expedita vía judicial para la defensa de sus derechos." *Vid.* de este autor *Mis servicios al Estado. Seis años de gestión. Apuntes para la historia*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, 2ª edición, Madrid, 1974, pp. 37-38. Curiosamente sesenta y nueve años después con la LRJPAC se ha producido una reforma similar en la esfera local al casi erradicar los recursos administrativos de este ámbito, si bien las razones son de distinta índole: la inoperatividad del recurso de reposición que en contadísimas ocasiones era objeto de resolución expresa. La doctrina actual postula, mayoritariamente, la reintroducción del recurso suprimido, si bien con carácter potestativo.

¹³⁵ Es bastante sintomática la conexión entre Joaquín CALVO SOTELO y Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, autor éste último de diversos estudios sobre el silencio administrativo. De gran interés es la nota necrológica que Laureano LOPEZ RODÓ realiza sobre este Catedrático de Derecho administrativo en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 5, 1943, p. 461: "Acerca del valor doctrinal y la importancia práctica de la producción de FERNÁNDEZ DE VELASCO da idea, no sólo el hecho de haber suscitado nuevos estudios sobre los mismos temas, a base de sus orientaciones, sino también la repercusión alcanzada en el Derecho positivo. Concretamente, su trabajo sobre la acción popular en el proceso contencioso-administrativo, se tradujo en la acogida que de la misma hace el Estatuto municipal, en cuya elaboración intervino. Calvo Sotelo tuvo en FERNÁNDEZ DE VELASCO un íntimo colaborador que le ayudó también en la redacción del Estatuto provincial y en la campaña de conferencias para la difusión y propaganda de ambos textos legales." También es muy indicativo el hecho que CALVO SOTELO pronuncia el discurso "Semblanza del maestro" en el homenaje a Felipe CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, el día 18 de mayo de 1936, publicado en la obra de este último autor: *Dictámenes jurídicos I*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958. A este ilustre civilista se debe la obra *El silencio en el Derecho*, Ed. Reus, Madrid, 1925, que sería de cita obligada entre los primeros autores que estudian el silencio administrativo.

¹³⁶ En el mismo sentido la STS de 27 de abril de 1935. No será hasta los años 40 cuando se exigirá el recurso de reposición, acabando con la posibilidad de acudir directamente a la vía jurisdiccional: *vid.* SSTs de 20 de enero de 1940, 15 de noviembre de 1941, 18 de enero de 1944 y 20 de marzo de 1945. Como señala Enrique MARTÍNEZ USEROS en 1947: "Esta tesis de exigir la reposición, aun en el caso del silencio, en el campo doctrinal está basada en la propia naturaleza y finalidad perseguida por el expresado trámite, que es hacer meditar a la Administración y evitar, en lo posible, el pleito." *Vid.* de este autor: "La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español" en *REVL* 32, marzo-abril 1947, p. 183. Recientemente, si bien con anterioridad a la LRJPAC, Joaquim FERRET I JACAS proponía la supresión de recursos en los

esta forma, que con la doctrina del silencio administrativo "el interesado hace renuncia de una vía administrativa comenzada, que pudiera terminar acaso en un acuerdo, en consonancia con su petición o solicitud, y lo hace en aras de una mayor rapidez en la resolución definitiva de la obligación que se establece o del derecho que se le niega" ¹³⁷.

La burocracia como "forma de corrupción" ¹³⁸ tiene, por tanto, un papel significativo en la formación del silencio administrativo el cual se erige como un mecanismo de lucha contra la arbitrariedad gubernativa. Se ha señalado de esta forma que "las normas reguladoras de la vida local" son "las primeras en desarrollar de una manera general la institución del silencio administrativo, quizá debido a que es en dicho ámbito en el que se producían, e incluso hoy se producen, el mayor número de irregularidades" ¹³⁹. Sin negar parte de verdad a estas observaciones, debe señalarse, no obstante, que la corrupción en este período, como pudiera serlo en otras épocas, no es privativa de la Administración local como lo demuestran otro tipo de medidas adoptadas por el Directorio militar respecto a los funcionarios de la Administración central del Estado ¹⁴⁰. El problema principal era, según nuestro parecer, judicializar en la medida de lo posible los conflictos entre ciudadanos y

supuestos de inactuación de la Administración. Vid. de este autor "El control jurisdiccional de la inactividad administrativa" en DA 208, abril-diciembre 1986, p. 270.

¹³⁷ Vid. REDONDO, Pedro: *La teoría del silencio administrativo...* op. cit. pp. 22-23.

¹³⁸ Sobre la burocracia como forma de corrupción vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos...* op. cit. pp. 321-326, donde se alude precisamente a los intentos frustrados de la dictadura de PRIMO DE RIVERA por acabar por la corrupción generada en la Administración liberal.

¹³⁹ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *El silencio administrativo en el Derecho...* op. cit. p. 44. Se señala además que: "Se sintió entonces la necesidad de poner freno a las arbitrariedades cometidas especialmente por los Ayuntamientos, con los que el ciudadano se encuentra en una relación más intensa y directa. Esto es algo fácilmente constatable si se observa lo numeroso de los litigios resueltos por el Tribunal Supremo en relación con demoras o falta de resolución de peticiones (o recursos) dirigidas a las Administraciones locales." Curiosamente la jurisprudencia que cita este autor como anterior a la época de los Estatutos municipal y provincial es referida fundamentalmente a la aplicación del plazo de un año de la Ley de procedimiento a los diferentes departamentos ministeriales de la Administración central.

¹⁴⁰ Es significativa, en este sentido, la RO de 17 de septiembre de 1923, dictando disposiciones sobre horas de asistencia a las oficinas y estableciendo sanciones, incluso la cesantía para los que las contravengan; suprimiendo las agregaciones; prohibiendo nuevos nombramientos de personal en los centros ministeriales y sus dependencias, y estableciendo en cada departamento o centro oficial un servicio de reclamaciones (*Gaceta de Madrid* de 18 de septiembre de 1923).

entidades locales ¹⁴¹, reforzando el principio de autonomía local frente a las autoridades gubernativas territoriales ¹⁴² y combatir de esta forma el caciquismo ¹⁴³. Esta problemática no era tan acuciante en la Administración central, en teoría más controlada y subordinada al poder del Gobierno de los militares. Es lógico, además, que dada la riqueza de supuestos que plantea la vida local se "experimentase" primero en este ámbito, para generalizarse posteriormente en otros sectores de la Administración, tal como sucedió posteriormente, en la segunda dictadura militar española en el siglo XX ¹⁴⁴. Por otra parte, la presencia de supuestos de silencio administrativo positivo, exclusivamente en el ámbito de

¹⁴¹ Así el profesor Nicolás PÉREZ SERRANO señala que: "Es decir, que lo que se quería era frenar demasías de la vida burocrática regularizando su funcionamiento, dando acceso a la vía jurisdiccional, corrigiendo abusos que pudieran existir en la actuación de los organismos municipales, no es otra cosa. Y lo prueba el sentido de amplitud generosa con que el Estatuto y sus Reglamentos hubieron de demarcar y definir toda la materia de lo contencioso-administrativo. Pues ¿qué? ¿Podemos olvidar que fue obra de CALVO SOTELLO la implantación en esta esfera de un contencioso objetivo frente al puramente subjetivo de la esfera central, y, además, tantas y tantas reformas para dar agilidad al procedimiento, para facilitar la tramitación? Por ejemplo: gratuidad de los recursos, devolución de oficio de los ingresos indebidos, posibilidad de reclamaciones colectivas, supresión de las alegaciones del artículo 42 de la ley, allanamiento más fácil del Fiscal a la demanda, responsabilidad con arreglo a la Ley de 1904 sin exigencia del previo requerimiento, no haciendo falta tampoco la consignación en materia de arbitrios, supresión del precepto que obligaba a transcribir en los "Vistos" las disposiciones legales, etc., etc." *Vid.* de este autor "El silencio administrativo ante la doctrina jurisprudencial" conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Madrid, el día 20 de abril de 1949 en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, julio-octubre 1951, p. 20.

¹⁴² Así en la Exposición de Motivos del Estatuto provincial se advierte que: "la ingerencia gubernativa resulta confinada en el mínimo rincón de un caso de necesidad aguda, extremada e imperiosa." Era precisamente el centralismo lo que corrompía la vida local, según los planteamientos de la reforma administrativa planteada por el regeneracionismo conservador de raíz maurista. *Vid.* TUSELL GÓMEZ, Javier: *La reforma de la Administración local en España (1900-1936)*, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1973, p. 173.

¹⁴³ El profesor Alejandro NIETO GARCÍA señala como una de las causas que alteran el sistema originario de la jurisdicción contencioso-administrativa: "el desencanto que provoca el control político sobre la Administración, paralizado por un régimen de cacicato en el que los mecanismos políticos y constitucionales no funcionan, ni remotamente, como en teoría están previstos". *Vid.* de este autor *Estudios históricos... op. cit.* p. 263. Asimismo el profesor Luis JORDANA DE POZAS indica que: "El Estatuto Municipal ha hecho aplicación de la doctrina del silencio administrativo con gran frecuencia, como medio eficaz de vencer la resistencia de la Administración del Estado a respetar el régimen de autonomía municipal y de prevenir la ineficacia de los recursos establecidos para la protección jurídica de los intereses y derechos particulares." *Vid.* JORDANA DE POZAS, Luis: *Derecho municipal (parte orgánica)*, Biblioteca jurídica de la Escuela Politécnica Matritense, Ed. Librería General de V. Suárez, 1924, p. 367.

¹⁴⁴ Piénsese, en definitiva, que donde tradicionalmente se ha concentrado la problemática del silencio son el campo de las licencias o autorizaciones, en su mayoría de competencia local. Es paradigmático que el tomo XII del *Diccionario de la Administración española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA publicado en Madrid en 1925, se dedica desde la p. 183 a la 256 para analizar la voz "Policía municipal".

relaciones interadministrativas entre el poder central y los entes locales, evidencia con toda claridad un fuerte grado de tutela y control existente hasta entonces, que quiere suavizarse. Con todo debe señalarse que si bien los Estatutos de CALVO SOTELLO fueron un intento serio y elogiado de reformar la Administración local "tuvo la desgracia de ser promulgado cuando la representatividad popular era radicalmente marginada" ¹⁴⁵. Por tanto, la suspensión indefinida de elecciones supuso que el caciquismo no solo no se erradicó, sino que se consolidó aún más ¹⁴⁶.

De singular interés en este período es el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929 ¹⁴⁷. Este texto, salvo notables excepciones, apenas ha sido destacado por la dogmática administrativista, pese a dedicar numerosos preceptos a la Administración pública ¹⁴⁸. En este Anteproyecto se pretendía constitucionalizar la función administrativa, la cual se concibe más allá de una mera ejecución de las leyes, al mismo tiempo que se abordan "los más importantes temas que plantea la actividad de la Administración" ¹⁴⁹. Debe destacarse especialmente el art. 77, en su primer apartado, donde se habla de "la obligatoriedad de la resolución dentro del plazo que la ley señalará como improrrogable" y también de que respecto a los recursos contra los acuerdos de la Administración "se arbitrará medio legal para que el silencio administrativo no impida su ejercicio."

¹⁴⁵ Vid. DÍEZ GONZÁLEZ, Florentino-Agustín: "Estudio preliminar" en POSADA, Adolfo: *Escritos municipalistas y de la vida local*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, p. 10.

¹⁴⁶ TUSELL GÓMEZ, Javier: *La reforma... op. cit.* p. 197.

¹⁴⁷ Su título completo es: "Propuestas redactadas por la sección primera de la Asamblea Nacional y leídas en la sesión plenaria de la misma, el 6 de julio de 1929" en *Boletín de la Asamblea Nacional*, año 11, tomo VI. Nosotros hemos consultado el texto recogido en *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*, recopilación y prólogo de Enrique TIERNO GALVÁN, Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1984, pp. 152-171.

¹⁴⁸ Si en cambio ha sido objeto por diversos constitucionalistas. En este sentido vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Las Constituciones históricas españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, Ed. Civitas, 4ª edición, Madrid, 1986, pp. 426-432; . Un estudio específico puede encontrarse en GARCÍA CANALES, M.: *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

¹⁴⁹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: "Presupuestos constitucionales de la función administrativa..." *op. cit.* p. 56.

En consonancia con tal concepción de la función administrativa el silencio administrativo no es una medida en favor de los administrados, sino que obligaba igual a particulares y a Administración, tal como se constata en la Exposición de Motivos del Estatuto municipal¹⁵⁰. Así nos lo recuerda la STS de 18 de diciembre de 1929 (*Gaceta de Madrid* de 27 de agosto de 1930):

"[...] conforme a la innovadora doctrina del silencio administrativo, que en este precepto se puntualiza (art. 255 del Estatuto municipal), no ciertamente con el carácter de beneficio particular o facultad ejercitable a voluntad de las partes litigantes, sino como institución o fórmula de garantía, seguridad y fijeza del orden público procesal, que produzca en la práctica una inmediata regularización de esta zona del vigor burocrático, según palabras de la exposición de motivos del Estatuto [...]."

Con la II República española se dejan subsistentes los principios inspiradores de los Estatutos de CALVO SOTELLO, aunque se publica una ley en 1935 que los recoge desfigurándolos¹⁵¹. Piénsese que, paradójicamente, las reformas municipales de la dictadura llevaron a una cierta democratización de la vida municipal, la cual conduciría finalmente a la caída de la monarquía tras las elecciones municipales de 1931. En el proceso constituyente se impone una concepción estricta de la función administrativa, a través de una enmienda al Proyecto de Constitución republicana realizada por ROYO-VILLANOVA "dirigida precisamente a

¹⁵⁰ En tal Preámbulo se señala que: "Tal autonomía exige un instrumento afinadísimo de responsabilidad, y el Estatuto facilita su exigencia y declaración. En primer término, suprime el trámite previo de recordar el precepto aplicable, que, según la ley de 5 de abril de 1904, es indispensable para promover una demanda de responsabilidad civil en los casos en que por demora indebida transcurran ciertos plazos precisos, y propone fórmulas que, como la del silencio administrativo y otras, producirán en la práctica inmediata regularización de esta zona del vivir burocrático."

¹⁵¹ Así, por ejemplo, a los efectos que a nosotros especialmente nos interesan: "viene la Ley del 35, y en algún sentido quiso terminar con las vacilaciones, porque dijo que con *respecto a todo género de acuerdos* y para recurrir en la vía jurisdiccional hace falta previamente el recurso de reposición. Y la jurisprudencia se viene orientando en este sentido, que, si mal no recuerdo, aplaude don Segismundo ROYO-VILLANOVA en su notable obra ya citada." *Vid.* PÉREZ SERRANO, Nicolás: "El silencio administrativo..." *op. cit.* p. 17.

mantener a la Administración pública dentro de la más estricta legalidad ¹⁵²." Lo que interesaba en aquellos momentos ante todo era robustecer el Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo, según se advierte en el Discurso del Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto (JIMÉNEZ DE ASÚA) ¹⁵³.

Las reformas producidas en esta época alcanzan principalmente aspectos de organización territorial y organizativa, así como de régimen estatutario de los funcionarios. Hasta tal punto que las reformas se dirigen a un intento de contener el gasto público. La brevedad que supone la experiencia republicana no se traduce en grandes reformas de simplificación administrativa, especialmente en materia de procedimiento y recursos jurisdiccionales. No obstante, se producen dos fenómenos, tanto en el plano legislativo como jurisprudencial, que deben ser puesto de relieve y que coincide con la visión estricta de la función administrativa como reacción lógica a la Dictadura: la primacía del principio de legalidad y de las garantías ciudadanas. En primer lugar comienza a proliferar a través de la legislación sectorial la implantación en ámbitos concretos del silencio, tanto positivo como negativo ¹⁵⁴. En segundo lugar se produce una nueva concepción jurisprudencial del silencio, de la cual es exponente la STS de 8 de abril de 1933 (ref. Ar. 3.109), dictada en plena efervescencia republicana. En esta sentencia se proclama que: "hay que tomar como base la naturaleza de que el silencio administrativo tiene que ser una presunción establecida precisamente en favor de los derechos e intereses de los administrados y no en un medio de eludir obligaciones y

¹⁵² Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: "Presupuestos constitucionales de la función administrativa..." *op. cit.* p. 62.

¹⁵³ Sus palabras fueron como siguen: "Se observa en todas las Cartas políticas contemporáneas el deseo de hacer del Poder judicial un poder fortísimo. Parece como si el Estado-soporte y el Estado-guía quisieran quedar bajo el cuño del verdadero Estado de derecho; por eso al Poder judicial se le da una prestancia que antes no tuvo; porque, a pesar del mentido nombre de Poder, no era más que una Administración de justicia sometida al Poder ejecutivo. [...] De esa manera hemos hecho un Poder fuerte, un Poder que pueda servir de garantía al Estado de derecho español." El texto del discurso es reproducido íntegramente como anexo en el libro de SOLÉ TURA, Jordi; AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes...* *op. cit.* p. 174.

¹⁵⁴ Son bastante ilustrativos los apéndices normativos que con gran exhaustividad figuran en el trabajo de Julio MASIP ACEVEDO: "El silencio en el Derecho administrativo español" ... *op. cit.* pp. 44-60. Así se observa como la mayoría de legislación citada en este trabajo es de principios de los años 30 en sectores tales como: agricultura, beneficencia y sanidad, electricidad, hacienda pública, orden público, trabajo, etc.

compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos, a quienes quiso favorecer" ¹⁵⁵.

El período republicano no es, empero, una etapa uniforme, sino que en determinados momentos se vislumbran determinadas concepciones que serán desarrolladas ulteriormente en pleno franquismo. En este sentido cabe aludir a un hecho significativo en la historia de nuestra institución: la introducción de la denuncia de la mora en el ordenamiento español mediante la Ley municipal, aprobada por Decreto de 31 de octubre de 1935. Ello tiene su origen en una enmienda a la Ley de bases municipal de 1935 ¹⁵⁶, formulada por el entonces abogado del Estado y diputado a Cortes por la CEDA D. Ramón SERRANO SÚÑER ¹⁵⁷. Tal enmienda si bien no prosperará entonces ¹⁵⁸, se tendrá en cuenta de forma decisiva en

¹⁵⁵ Así Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA señala que: "Esta sentencia daba un giro copernicano a la doctrina jurisprudencial anterior, aunque ciertamente no tuvo una especial repercusión inmediatamente después." *Vid.* de este autor *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* p. 51. Debe advertirse, no obstante, que podemos encontrar jurisprudencia anterior en la cual ya se aludía al carácter garantizador del silencio. Así la STS de 12 de julio de 1928 (*Gaceta de Madrid* de 2 de enero de 1930): "[...] no sería lícito, en daño del particular, interpretarlo (el silencio) en el sentido de que habría que comenzar a correr desde los ocho días siguientes de expirar el de los cuatro meses, pues ello, sobre no establecerlo de un modo taxativo la ley, envolvería la injusticia, al igualar, en su perjuicio, el valor jurídico de ambas resoluciones, la notificada y la publicada y la que no lo fue, de que la desidia en no resolver por el municipio, a la que impuso un límite el propio Estatuto, se convierta en castigo de quien no hizo sino combatirla tenaz, y al que la misma ley ha querido proteger y salvaguardar."

¹⁵⁶ *Vid.* la enmienda del Sr. SERRANO SÚÑER a la base XXVII del dictamen de la Comisión de Gobernación sobre el proyecto de Ley de Bases para la Ley Municipal en *Diario de Sesiones de las Cortes*, apéndice 4º al núm. 169.

¹⁵⁷ El que posteriormente sería la mano derecha del General FRANCO durante los primeros años de la dictadura, cimentando los fundamentos jurídicos del nuevo régimen, realizó durante el denominado "bienio negro" una intensa actividad parlamentaria y política. Como señala él mismo: "Aparte de las cuestiones generales que acuciaban a España, dediqué mi atención especialmente a la Administración Local, el orden público y la defensa de los intereses agrarios de Aragón." *Vid.* SAÑA, Heleno: *El franquismo sin mitos. Conversaciones con Serrano Súñer*, Ed. Grijalbo, Colección/80, Barcelona-Buenos Aires-México, DF, 1982, p. 39. Debe pues tenerse en cuenta significativamente que el contexto en el cual se elabora el proyecto de Ley municipal es del todo diferente al de su discusión, pues entonces "[...] se está ya viviendo la secuela parlamentaria de la revolución de 1934: la izquierda republicana y los socialistas no están en las Cortes [...]" *Vid.* TUSELL GÓMEZ, Javier: *La reforma de la Administración local... op. cit.* p. 205.

¹⁵⁸ La razón por la que no acabó aceptándose era que no correspondía a las bases el recoger tal innovación, sino al texto que ulteriormente las desarrollara. *Vid.* la intervención del diputado Sr. VEGA DE LA IGLESIA en el debate parlamentario: "La Ley de Bases establece todo aquello que es definidor sustantivo; [...] pero no puede descender al detalle, a la particularización de manifestaciones, qué clases de recursos hayan de existir,

la redacción del texto articulado.

La enmienda de SERRANO SÚÑER no es original, como él mismo reconoce ¹⁵⁹, pues sigue en este punto los referentes italianos entonces existentes ¹⁶⁰, asumiendo en substancia el mecanismo procedimental conocido como *atto di diffida* (acto de advertencia o intimación) ¹⁶¹. No obstante, introduce una importante novedad: la mora se producirá en vía de petición y no de recurso administrativo como sucede en el sistema italiano. Tal extremo se justifica "porque cuando nos encontramos en este recurso (el de reposición) la realidad es que estamos bajo la dirección de un abogado y aquí es innecesario (denunciar la mora)." Este dato es de singular importancia, pues la denuncia de la mora se introduce en vía de petición para alargar

cuáles hayan de ser sus plazos, ante qué autoridad hayan de substanciarse, etc., etc. [...] es evidente que la Comisión que el Gobierno nombre para la redacción definitiva de la Ley y la articulación de esta Ley de Bases ha de tener en cuenta toda la legislación anterior, las necesidades y la definición de la Ley de Bases, así como también las discusiones parlamentarias para recoger en el articulado todas aquellas aspiraciones de los Sres. Diputados que hayan aportado a la Comisión y a los debates parlamentarios sus iniciativas." *Vid. Diario de Sesiones de las Cortes* 170, 13 de marzo de 1935, p. 6.887.

¹⁵⁹ Tal posición queda reflejada en la transcripción de su intervención parlamentaria en defensa de la enmienda: "Yo traigo aquí - y naturalmente que tengo que confesar de dónde lo tomo, de la jurisdicción italiana -, yo traigo aquí la innovación de la denuncia de la mora frente al silencio administrativo escueto. [...] la labor personal mía es de organización de ideas, pero técnicamente aquí no hay nada nuevo [...]." *Vid. Diario de Sesiones de las Cortes*, 12 de marzo de 1935, pp. 6.886-6.887.

¹⁶⁰ Así lo advierte el profesor Nicolás PÉREZ SERRANO: "El silencio administrativo..." *op. cit.* p. 15.: "Sin fatigar más me remito [...] a los artículos 217 y 218 de la Ley municipal de 1935, en que con respecto a esta última fórmula que mencionaba yo del Estatuto municipal, la del silencio *in genere* de los cuatro meses, se introdujo por iniciativa del señor SERRANO SÚÑER, con inspiración italiana, una teoría que es la teoría de la mora, que se denuncia, y que al cabo del mes determina la posibilidad de acudir también al Tribunal de lo contencioso." Es bastante significativo que la Junta de Ampliación de Estudios había concedido a SERRANO SÚÑER, una vez acabada su licenciatura de Derecho, una pensión para completar sus estudios en Italia. *Vid. SAÑA, Heleno: El franquismo sin mitos... op. cit.* pp. 28-29. Otra influencia significativa en SERRANO SÚÑER es la de su maestro de Derecho civil don Felipe CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, cuya impronta ya hemos señalado anteriormente respecto a CALVO SOTELO.

¹⁶¹ Este mecanismo fue introducido jurisprudencialmente por la famosa Decisión del *Consiglio di Stato* de 1902, caso "Longo". Según la misma transcurrido un cierto plazo ("razonable") desde la presentación del recurso, el interesado podía notificar a la Administración un *atto di diffida* intimando a la misma a que se pronuncie dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, el interesado podía recurrir en sede jurisdiccional, considerando el recurso jerárquico como rechazado. El art. 5 del Texto único de la Ley municipal y provincial, aprobado por RD de 3 de marzo de 1934, en pleno fascismo, recogió en sustancia este procedimiento, si bien introduciendo rígidos plazos (en lugar de un plazo razonable a valorar en cada caso: 120 días de la presentación del recurso, 60 días desde la instancia notificada).

los plazos del silencio y evitar los efectos nocivos que producía la teoría del acto consentido¹⁶². Recordemos que todavía no se había afincado plenamente la interpretación del silencio más favorable a los derechos de los ciudadanos. La enmienda de SERRANO SÚÑER cobra, pues, todo su sentido dentro de la interpretación restrictiva del silencio: éste no se concibe en beneficio de las partes, sino como una medida de orden público procesal. No obstante, cuando años más tarde se consolide la interpretación más garantista, la denuncia de la mora continuará exigiéndose para acceder a la jurisdicción.

2.4.- El "Estado administrativo de Derecho" en el régimen del General Franco

Tras una cruenta guerra civil, el General FRANCO BAHAMONDE impone en el Estado español un régimen personalísimo que lleva hasta sus últimas consecuencias la tradición política de la oligarquía española¹⁶³. La larga duración del franquismo, propiciada por su capacidad de adaptación al curso de los acontecimientos, comportará la existencia de diversas etapas diferenciadas que ponen de relieve el carácter no uniforme de todo este período. En realidad estas etapas "sólo ofrecen un punto en común: el monopolio del poder por parte de Franco"¹⁶⁴. Este monopolio implica la negación de la Teoría de la división de Poderes, substituyéndose por una separación de funciones entre diversos órganos que son controlados en última instancia por el único Poder político existente¹⁶⁵.

¹⁶² Según SERRANO SÚÑER: "[...] se daba el caso, muy frecuentemente, y que conocen también muchos Sres. Diputados, de que gentes modestas, gentes vinculadas a la vida de la Administración municipal precisamente, viudas, huérfanos de funcionarios, etc., solicitaban de una Corporación municipal una pensión, un pedimento cualquiera; transcurrían los dos o tres meses, no se resolvía por el Ayuntamiento y, prácticamente, aquello significaba, por virtud de la doctrina del silencio, tanto como la denegación de la petición." *Vid. Diario de Sesiones de las Cortes* 170, 13 de marzo de 1935, p. 6.886.

¹⁶³ *Vid.* SOLÉ TURA, Jordi; AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes... op. cit.* p. 3, donde destacan el escaso carácter innovativo del franquismo respecto a la historia del constitucionalismo español.

¹⁶⁴ *Vid.* JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Apuntes para una historia del constitucionalismo español*, Zarautz, 1992, p. 150.

¹⁶⁵ Los teóricos del incipiente Estado franquista citan al respecto el discurso de MUSSOLINI dirigiéndose a los magistrados italianos el 30 de octubre de 1939: "En mi concepto no existe una división de poderes en el ámbito del Estado. Para pensar en eso tendríamos que retroceder siglo y medio, y aun entonces se justificaba

En el denominado "Estado nuevo" ¹⁶⁶ la función legislativa reside en el Jefe del Estado, que contaba desde 1942 con un "instrumento de colaboración", de carácter meramente auxiliar y deliberativo llamado "Cortes españolas". Se eliminaba con ello el "gran obstáculo" que la democracia había supuesto a la acción administrativa ¹⁶⁷. El legislativo era considerado como el "peor de los tres Poderes", según la célebre frase atribuida a V.E. ORLANDO ¹⁶⁸. Este rotundo rechazo del régimen del 18 de julio hacia el Poder legislativo queda algo más atenuado, en cambio, en relación al Poder judicial, si bien se limitará notablemente su ámbito de control que se trasladará en algunos casos a la propia Administración pública.

En apariencia la función judicial "continúa entregada a órganos específicos y *prácticamente separados* de los que elaboran las normas obligatorias o las aplican en el orden administrativo ¹⁶⁹ (la cursiva es nuestra)." Lo cierto es que como señala el entonces Ministro de Justicia Eduardo AUNÓS: "La autonomía judicial, antes dictada por la conocida teoría de la división

más desde un punto de vista práctico que doctrinal. En nuestra concepción, el poder es unitario; no hay ya división de poderes, hay división de funciones." Vid. JORDANA DE POZAS, Luis: *La reforma administrativa y las revoluciones nacionales. Discurso leído en el acto de su recepción como Académico de número el día 22 de junio de 1941 y contestación del Excmo. Sr. D. José Gascón y Marín*, Ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Imprenta de Madrid, s/f, pp. 14 y 15.

¹⁶⁶ Como advierten los profesores Jordi SOLÉ I TURA y Eliseo AJA FERNÁNDEZ: "El franquismo no ha sido propiamente un "Estado nuevo", como pretendían algunos de sus autores [...] al desaparecer la costra propiamente franquista encontramos unos aparatos y unas instituciones que no vienen de ahora, ni nacieron en 1939. O más exactamente: el franquismo superpuso a estos aparatos e instituciones otros de nuevo cuño (como el Movimiento y el sindicalismo vertical), pero acentuando y llevando hasta sus últimas consecuencias los aspectos antidemocráticos ya existentes en los aparatos y en las instituciones anteriores. Puede decirse que toda la inspiración institucional del régimen franquista ya estaba presente en la dictadura de Primo de Rivera." Vid. de estos autores *Constituciones y períodos constituyentes... op. cit.* pp. 3-4.

¹⁶⁷ "Puede afirmarse con verdad que la Administración padeció la democracia más que se identificó con ella, y al ser barrida ésta, aquella se ha sentido liberada. En el fondo había siempre una oposición, a veces palmaria y cuando no, sorda y constante, entre los hombres de la Administración y los políticos democráticos. Consideraron siempre aquellos a éstos como intrusos, ineptos y perturbadores. Casi siempre lo eran." Vid. JORDANA DE POZAS, Luis: *La reforma administrativa... op. cit.* p. 19.

¹⁶⁸ Vid. de este autor *Principii di Diritto costituzionale*, 6ª edición.

¹⁶⁹ Vid. JORDANA DE POZAS, Luis: *La reforma administrativa... op. cit.* p. 15.

de poderes, se ha esfumado hoy ante el concepto de unidad del Estado ¹⁷⁰. " Requiriéndose que "el Magistrado no se apoltrone ni se entumezca en su función, sino que disponga siempre alerta a una colaboración persistida y vigorosa con el régimen político imperante ¹⁷¹." Con la Ley 18 de marzo de 1944 ¹⁷² se reestablece el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo que había sido suspendido, según justifica la Exposición de Motivos de la Ley, por las "circunstancias excepcionales en que se hallaba el Poder público durante nuestra Guerra de liberación y la necesidad imperiosa de mantener bajo un mismo fuero la plenitud de poderes ¹⁷³." Además en materia de personal se substituye la jurisdicción contencioso-administrativa "por otra más adecuada de orden administrativo" introduciendo un recurso de carácter objetivo ¹⁷⁴, denominado "de agravios", para controlar la actuación

¹⁷⁰ *Vid.* El discurso leído el 15 de septiembre de 1943 por el Ministro de Justicia en la solemne apertura de los Tribunales, bajo el título "Abolengo y prestigio de la función judicial", p. 48.

¹⁷¹ *Vid.* el citado Discurso del Ministro en p. 47.

¹⁷² Como es conocido durante los primeros años del franquismo existía una auténtica jurisdicción retenida que fue denominada de "agravios" y que fue calificada como "ese semirecurso de casi vía estrecha" por Nicolás PÉREZ SERRANO en su trabajo "El silencio administrativo..." *op. cit.* p. 15. Durante este período se sigue aplicando la legislación de procedimiento de 1889 con carácter restrictivo, no admitiendo la figura del silencio administrativo con carácter general en el ámbito de la Administración del Estado. Así es bastante ilustrativa la Orden de la Presidencia de 25 de octubre de 1951 (BOE de 7 de noviembre de 1951) que cita GARRIDO FALLA, Fernando: "La llamada doctrina del silencio administrativo" en *RAP* 16, 1955, p. 89, nota 4. El restablecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en sede judicial se produjo con una Ley de 1949 en la cual ya se introdujo un supuesto de silencio administrativo. Puede verse sobre el tema a PÉREZ HERNÁNDEZ: Antonio: "El silencio administrativo en la Ley de 18 de marzo de 1944" en *Revista de Administración Pública* 2, 1950, pp. 131-142.

¹⁷³ Dicha "suspensión" fue realizada a través de la Ley de 27 de agosto de 1938.

¹⁷⁴ Tanto el recurso contencioso-administrativo del Estatuto de CALVO-SOTELO como el de la Ley franquista de 1944, responden a un modelo objetivo, basado más en la protección de la "legalidad" que en la tutela de los derechos e intereses de los particulares. Así GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, describirá magistralmente algunos años después esta situación: "Lo contencioso-administrativo no persigue el garantizar los derechos subjetivos, sino resolver con arreglo a Derecho las pretensiones formuladas por los particulares. [...] a todo Estado le interesa enormemente que ese Derecho que él ha promulgado, y en el que se han recogido los principios políticos que le inspiran, sea respetado por todos y no quede desvirtuado en manos de sus funcionarios [...]." *Vid.* de este autor "El texto articulado de la Ley de lo contencioso-administrativo" en *RAP* 7, 1952, p. 203.

administrativa, más que garantizar las posiciones subjetivas de los funcionarios ¹⁷⁵.

Las razones de ello pueden buscarse en la necesidad de garantizar la correcta aplicación por las autoridades inferiores del Derecho emanado desde las altas instancias del Estado. Es decir, los "actos de los inferiores han de estar ajustados a las normas dadas por quien tiene en sí la potestad de dirigir, ordenar, de representar el principio de autoridad ¹⁷⁶." En este contexto la Ley de 1944 establece en su art. 4 "la aplicación del principio del silencio administrativo" respecto al recurso de reposición previo a la vía de agravios. Es muy significativo que el plazo de acceso a esta nueva jurisdicción retenida se compute desde "que se hubiese notificado la resolución denegatoria del recurso de reposición *o desde que se entienda desestimado por transcurrir el término señalado sin que haya resuelto la Administración*" (la cursiva es nuestra). Se busca con ello no prolongar en el tiempo la existencia de reclamaciones de los funcionarios más que garantizar sus derechos. Esta legislación parece claramente inspirada en la concepción del silencio que había defendido el "arquitecto principal del Estado franquista" SERRANO SÚÑER ante las Cortes republicanas del bienio negro y que ahora tiene una nueva oportunidad de recogerse en las normas de Derecho positivo.

A esta motivación de garantizar la efectiva aplicación del Derecho franquista, debe añadirse la necesidad de empezar a legitimar el régimen con mecanismos de control, sean jurisdiccionales o administrativos, que no entren en colisión con los principios del "Estado nuevo". Es por ello que algunos autores proclaman que "no desaparece el denominado Estado de Derecho, pero si su significación y alcance" ¹⁷⁷. La justicia administrativa se concibe, por tanto, como un "complejo de instituciones encaminadas a garantizar la legitimidad de la

¹⁷⁵ Según la Exposición de Motivos de la Ley, las razones de esta substitución es aliviar a los tribunales "de un enojoso volumen de asuntos poco trascendentes y atribuibles *más bien a errores de la Administración que a verdaderas conculcaciones de derecho* (la cursiva es nuestra)."

¹⁷⁶ Vid. la contestación del profesor José GASCÓN Y MARÍN en el libro del profesor Luis JORDANA DE POZAS: *La reforma administrativa... op. cit.* p. 39.

¹⁷⁷ Vid. la contestación del profesor José GASCÓN Y MARÍN en el libro del profesor Luis JORDANA DE POZAS: *La reforma administrativa... op. cit.* p. 43.

acción administrativa y el buen uso del poder discrecional de la Administración pública, respecto a los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas sujetas a su potestad"

178.

La concentración del Poder posibilita, asimismo, la existencia de un Ejecutivo muy reforzado potenciándose claramente los aspectos de eficacia frente a las garantías ciudadanas. De esta forma son frecuentes los procedimientos expeditivos ¹⁷⁹, adoptados de plano, que se caracterizan en muchos casos por la ausencia de audiencia a los interesados, ¹⁸⁰ así como la limitación de dicho trámite ¹⁸¹. Se señala entonces que "se ha tratado de abreviar los trámites de los expedientes reduciendo los plazos, prescindiendo de actuaciones innecesarias o complicadas y creando una tramitación especial de los expedientes, denominada

¹⁷⁸ Vid. la contestación del profesor José GASCÓN Y MARÍN en el libro del profesor Luis JORDANA DE POZAS: *La reforma administrativa... op. cit.* p. 43.

¹⁷⁹ Así el profesor Joaquín TORNOS MAS cita el ejemplo de la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de septiembre de 1940 por la que se creaba la Fiscalía de Tasas, según la cual se insiste en la necesidad de actuar con rapidez y ejemplaridad "sin que los trámites jurídicos puedan servir de escudo a los infractores, maestros en argucias de perturbar o burlar la justicia con trámites o retrasos". Vid. de este autor "Comercio interior y exterior" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed.): *Derecho administrativo económico II*, Ed. La Ley, Madrid, 1991, p. 569.

¹⁸⁰ En este punto cabe citar las sanciones de plano que recogía el antiguo art. 137.2 del Decreto de 31 de enero de 1947, por el cual se aprobaba el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Gobernación, que fue objeto de estudio por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Las sanciones de orden público en el Derecho español I*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973. Ahora bien, hay que precisar que la sanción de plano "se trata de una técnica perfectamente habitual en todo nuestro Derecho histórico - no sólo en el régimen político anterior - y que, pese a su manifiesta incompatibilidad con el artículo 24 CE, llegó a mantenerse durante los primeros años de vida del nuevo régimen, bien que en relación con hechos acaecidos con anterioridad, recibiendo en tales casos la santificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo." Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso; PAREJO ALFONSO, Luciano (Eds.): *Derecho administrativo (La jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Ed. CERA, Madrid, 1989, p. 225. En todo caso, esta tendencia a la ausencia de trámite de audiencia se reafirma plenamente con el régimen del General Franco.

¹⁸¹ Este fenómeno de limitación del trámite en los reglamentos de procedimiento posteriores a 1947 es analizado por el profesor José GASCÓN Y MARÍN: *El procedimiento administrativo, sus modalidades y problemas (Cursillo de tres lecciones explicadas en la Universidad de Deusto los días 7, 8 y 9 de febrero de 1955)*, Ed. Patronato de la Universidad de Deusto, s/f. Así este autor señala en la p. 39 como "el criterio moderno en los más recientes reglamentos no es muy favorable a la amplitud de la audiencia a conferir a los interesados." Entre los diversos ejemplos cita el art. 42 del reglamento del Ministerio de Industria de 7 de septiembre de 1954 del cual señala que está limitado el derecho de audiencia "a pesar de no estar derogada la ley del 89." Entre otros aspectos quedaban sin contradicción de los interesados desde la propuesta de resolución a diversos informes jurídicos, así como los documentos que se considerasen reservados.

"tramitación abreviada"¹⁸² ". Por tanto, la celeridad y rapidez en la tramitación y resolución de los procedimientos deviene, al menos sobre el papel, un principio del procedimiento, si bien existen escasos mecanismos, desde la perspectiva del ciudadano, para hacerlo efectivo ¹⁸³. El silencio se concibe como uno de estos mecanismos "encaminado a mejorar los procedimientos, y no a favorecer la negligencia de la Administración ni de los particulares". El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado vuelven por tanto a la interpretación más restrictiva del silencio ¹⁸⁴.

Además, el factor tiempo en el procedimiento quedará condicionado por una Administración depurada de funcionarios contrarios al régimen. Ello unido a las bajas naturales producidas por una guerra civil llevan a la existencia de una burocracia improvisada, sin una formación técnica precisa. Circunstancia que influirá probablemente en la eficacia y rapidez de la Administración pública de entonces. Por último debe señalarse, además, que se excluye en diversa normativa la posibilidad de interponer recursos administrativos o jurisdiccionales contra determinadas decisiones administrativas que se califican en determinadas ocasiones

¹⁸² Vid. VILLAR Y ROMERO, José María: *Derecho procesal administrativo*, 2ª edición aumentada y corregida, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 60.

¹⁸³ De esta forma se advierte que: "Así, pues, si la rapidez es, teóricamente y con arreglo a los textos legales, principio del proceso administrativo, en la práctica no puede afirmarse, sin gran número de salvedades, la realidad de este principio. Urge, por ello, dictar las medidas conducentes para lograr esta deseable celeridad del procedimiento administrativo, y sobre todo poner fin a las corruptelas de los funcionarios y a la inercia de la Administración, que frecuentemente entorpecen y paralizan el curso de los expedientes." Vid. VILLAR Y ROMERO, José María: *Derecho procesal... op. cit.* p. 61.

¹⁸⁴ En esta línea son significativos los considerandos de la STS de 8 de mayo de 1946 (ref. Ar. 583): "Que si a raíz de ser incorporada a nuestro derecho vigente la doctrina del silencio administrativo, pudo por alguien sostenerse que su finalidad no era otra que la de favorecer a los particulares enfrentados con la Administración, al poner trabas a ésta, impidiendo que pudiera oponerse, indefinida y pasivamente a las justas pretensiones de aquéllos, basta fijarse para no aceptar tal pensamiento, en que la interpretación auténtica de la reforma, contenida en la exposición de motivos del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924, en nada favorece aquella opinión, puesto que con referencia a la novedad evocada, sólo afirma "que ésta y otras fórmulas producirán en la práctica, inmediata regularización de esta zona del vivir burocrático". Por ello se concluye que el silencio administrativo está "encaminado [...] a mejorar los procedimientos municipales." En esta interpretación tendría un papel significativo el Consejo de Estado según señala Antonio PÉREZ HERNÁNDEZ: "El silencio administrativo en la Ley de 18 de marzo de 1944" en *RAP* 2, 1950, pp. 135-138. En sentido parecido *vid.* UBIERNA EUSA quien amparándose en esta doctrina jurisprudencial señalaba que: "la teoría del silencio administrativo, implantada en el artículo 268 (del que a su tiempo se hablará), no se halla establecida exclusivamente en favor de los particulares, sino que comprende también a la Administración [...]." *Vid.* de este autor *De lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1948, p. 271.

como actos políticos o de gobierno, eludiéndose cualquier forma de control sobre ellos.

En aquellos momentos si bien es cierto que la legislación sobre procedimiento de algunos Ministerios incorpora algunos supuestos de silencio administrativo ¹⁸⁵, podía intuirse que la Administración continuaba reservándose cierto grado de discrecionalidad en la tramitación del procedimiento con el expediente de solicitar informes o documentos a centros del propio Ministerio o de otro departamento. No obstante, esta posibilidad será rechazada por algunos autores al entender que: "Permitir la suspensión *sine die* sería colocar la aplicación de la doctrina del silencio en manos de la Administración, que podría, a su antojo, aplicarla o no, valiéndose para desvirtuarla del medio de pedir informes o documentos, aplazando así indefinidamente la resolución ¹⁸⁶."

A partir de 1950 el régimen sale del bloqueo internacional impuesto en los primeros años por su colaboración con el Eje en la II Guerra Mundial. En aquellos momentos sucede un acontecimiento de gran magnitud en la historia de nuestro Derecho administrativo: la aparición de la *Revista de Administración Pública*. Bajo sus siglas (*RAP*) se aglutinará una nueva generación de autores que imprimirán una profunda renovación en nuestro panorama bibliográfico-doctrinal. Desde este relevo generacional se inicia un proceso de lucha por el Derecho y contra las arbitrariedades administrativas. Estos autores prescindiendo de la falta de legitimidad del régimen, en cuya construcción no han intervenido, sientan las bases doctrinales de lo que ha venido a denominarse el "Estado administrativo de Derecho" ¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Así de la primera época es el art. 116 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Gobernación, aprobado por Decreto de 31 de enero de 1947, (BOE 143, de 23 de mayo de 1947).

¹⁸⁶ Vid. ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ CAVADA, Segismundo: "El procedimiento administrativo como garantía jurídica" en *REP* 48, 1949, p. 98, donde comenta tal posibilidad al hilo de una eventual interpretación del art. 107 del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Gobernación.

¹⁸⁷ Vid. GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María: *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Ed. Civitas, donde la p. 26 se encabeza con el significativo epígrafe titulado "La revolución legislativa de los años cincuenta: el Estado administrativo de Derecho." También es importante poner de relieve que la *RAP* dedica un número monográfico el núm. 6 (septiembre-diciembre 1951) a "El Estado de Derecho". Posteriormente encontramos entre los trabajos más relevante el del profesor Rafael ENTRENA CUESTA: "Notas sobre el concepto y clases de Estado

Como ha advertido NIETO GARCÍA: "el Derecho administrativo tenía un objeto concreto y excitante: el establecimiento de un Estado de Derecho, viable y eficaz aún dentro de un régimen autoritario ¹⁸⁸." Durante este período los autores se esfuerzan en buscar mecanismos de control frente a la actuación administrativa acudiendo más a otras doctrinas y ordenamientos que al propio ordenamiento interno ¹⁸⁹, desmarcándose con claridad de los referentes tradicionales que asumían los autores más identificados con el régimen los cuales venían a identificar el Derecho administrativo con la realidad política y filosófica del país ¹⁹⁰. A través de esta flexibilidad y permeabilidad del ordenamiento interno se busca la defensa del individuo frente a la Administración, concebida como única expresión del poder ¹⁹¹. El referente a seguir sería en mayor medida la doctrina italiana que había construido desde dentro del régimen un notable sistema de garantías frente a la Administración pública. La "bendición" que MUSSOLINI había realizado del sistema de justicia administrativa y Derecho administrativo existentes en Italia ante la IV Sección de un

de Derecho" en *RAP* 33, septiembre-diciembre 1960, pp. 31-45; y el del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "El genio expansivo del Estado de Derecho" en *RAP* 47, mayo-agosto 1965.

¹⁸⁸ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos... op. cit.* p. 8.

¹⁸⁹ Así se ha señalado que: "dejando de lado proclamaciones políticas meramente retóricas, nuestro ordenamiento jurídico no ha sido precisamente el laboratorio adecuado para que se elaborase mínimamente cualquier aportación o desarrollo o la construcción técnica de un Estado de Derecho. Por el contrario, nuestros juristas - piénsese, por ejemplo, en los trabajos de García de Enterría o de Lorenzo Martín-Retortillo - han debido acudir a otros ordenamientos y doctrinas para el estudio de las técnicas concretas decantadas de la constitucionalización del Estado de Derecho." Vid. CASCAJO CASTRO, José Luis: "La lucha por el Estado de Derecho" en *Sistema* 17-18, abril 1977, p. 162.

¹⁹⁰ Son muy expresivas las palabras del profesor Segismundo ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ-CAVADA: "El Derecho administrativo es el reflejo de la filosofía jurídica y política del mismo. La Administración y sus instituciones jurídicas no constituyen un mundo aparte, sino que son un sector, un aspecto de la vida y del derecho de la comunidad política. De aquí que todo cambio fundamental operado en la constitución política haya de repercutir necesariamente en la Administración pública." Vid. de este autor "Lo contencioso-administrativo en los Estados totalitarios" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre 1941, p. 307.

¹⁹¹ Vid. MALARET I GARCIA, Elisenda: "Le Droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire" en MARCOU, Gérard (Ed.): *Les mutations du Droit de l'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*, Ed. L'Harmattan, París, 1995, p. 102, nota 7 i p. 131. Esta autora pone significativamente de relieve como la concepción "anacional" del Derecho administrativo puede encontrarse en la polémica doctrinal desarrollada por BALLBÉ PRUNES, Manuel: "Derecho administrativo" voz de la *NEJ*, tomo I "Derecho", Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1950, pp. 55-82 y GARRIDO FALLA, Fernando: "Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales" en *RAP* 7, 1952, pp. 11-50.

Consiglio di Stato presidido por Santi ROMANO ¹⁹², supone una formidable "carta de presentación" para las doctrinas italianas ante las autoridades franquistas que no ven con tanto recelo la importación de estas tesis extranjeras.

Durante los inicios de los años 50 se promulgan diversas disposiciones que son una continuación del sistema construido en años anteriores pero que empiezan a ser cuestionadas de forma decidida por esta nueva y brillante generación de autores. En este sentido el Texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo por Decreto de 8 de febrero de 1952, que se mueve en los estrechos márgenes de las leyes de 1888 y de 1944, no avanza apenas en la implantación de verdaderos mecanismos de control jurisdiccional de la Administración pública. La doctrina administrativa con las herramientas del Derecho procesal evidenciará entonces la necesidad de ampliar el ámbito del recurso contencioso-administrativo y regular desde otras premisas técnicas este ámbito procesal ¹⁹³, gestándose entonces un proceso de reforma que culminaría unos años más tarde ¹⁹⁴.

Cuestión similar sucede con los reglamentos de procedimiento administrativo dictados por diversos Ministerios que fragmentan aún más el régimen de recursos y del silencio que se

¹⁹² Así MUSSOLINI en su discurso señalaría que: "Cuando vosotros, honorables señores del Consejo de Estado, anuláis actos administrativos viciados de incompetencia, de violación de ley, de abuso o desviación de poder, no creáis obstáculos a la buena marcha de la Administración fascista, sino que la llamáis y reintegráis a sus fines esenciales." Estas palabras serían reproducidas al final del trabajo de ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ CAVADA, Segismundo: "Lo contencioso-administrativo en los Estados totalitarios" ... *op. cit.* p. 339. Esta conexión se pone de relieve con la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 que, unos años más tarde, vendría a señalar: "[...] cuando la Jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública."

¹⁹³ *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "El texto articulado de la Ley de lo contencioso-administrativo" en *RAP* 7, 1952.

¹⁹⁴ Es significativo que a finales de ese mismo año se dicta una Orden del Ministro de Justicia de 17 de noviembre de 1952, por la que se constituye una Comisión encargada de redactar en el plazo máximo de seis meses un anteproyecto de reforma de la Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE 324, de 19 de noviembre de 1952). En esta Orden se habla de la "imperfección técnica de nuestro régimen contencioso-administrativo actual".

regula generalmente con carácter negativo ¹⁹⁵. En este contexto parece sobresalir el art. 28 del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Trabajo, aprobado por Decreto de 2 de abril de 1954. Con él se implantaba en el ámbito de este Ministerio la regla general del silencio positivo. Para GARRIDO FALLA estábamos ante un artículo que calificaba "sencillamente, revolucionador" ¹⁹⁶, si bien debe destacarse que en la Administración laboral existía cierta tradición en considerar estimatorio el silencio administrativo ¹⁹⁷. Según nos cuenta la Exposición de motivos uno de los principios que inspiraban la redacción del reglamento era la rapidez en la tramitación que respondía no sólo a necesidades de buena administración, sino que especialmente en el ámbito de este Ministerio "se ventilan intereses que directamente afectan a las clases económicamente débiles". Con este tipo de disposiciones el régimen pretendía continuar disponiendo del apoyo popular que había obtenido durante la guerra y que empieza a convertirse en un apoyo pasivo ¹⁹⁸. En realidad estábamos ante una de las manifestaciones paternalistas del régimen que si bien eliminaba toda forma de movimiento obrero, declarando superada la lucha de clases, producía "un cierto desarrollo de la legislación laboral, cuyo principal artífice - no sin cierta demagogia - fue José A. Girón desde el Ministerio de Trabajo durante dieciséis años" ¹⁹⁹. Desarrollo normativo cuya efectividad y aplicación real estaría condicionada, indudablemente, por los

¹⁹⁵ Así pueden citarse los arts. 63 y 84 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Industria, aprobado por Decreto de 7 de septiembre de 1954; art. 28 del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Trabajo, aprobado por Decreto de 2 de abril de 1954 (BOE 128, de 8 de mayo de 1954); así como diversas Ordenes en el Ministerio de Educación Nacional y el de Obras públicas.

¹⁹⁶ Vid. de este autor "El nuevo reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Trabajo" en *Revista de Derecho del Trabajo* 2, 1954, pp. 31-32. Es más llega a señalar que "Ejemplos de silencio administrativo con valor positivo no existen en nuestro ordenamiento".

¹⁹⁷ Así Eugenio PÉREZ BOTIJA nos recuerda que: "en materia de despidos por crisis (art. 3, D. 26 de enero de 1944), aprobación de reglamentos de régimen interior (Ley 16 octubre 1942, art. 17) y propuesta de salarios superiores a los mínimos legales (art. 1, D. de 16 de enero de 1948, que amplía el de 31 marzo 1944, sobre política de salarios). Dichas disposiciones consideran aprobatorio el silencio administrativo. López Teijeiro señala los precedentes en la legislación de Comités paritarios y Jurados mixtos." Vid. de aquel autor "El procedimiento administrativo del Ministerio de Trabajo como Derecho laboral adjetivo" en *Revista de Derecho del Trabajo* 9, 1955, p. 59, nota 16.

¹⁹⁸ Vid. TUSELL, Javier: *La dictadura... op. cit.* p. 171.

¹⁹⁹ Vid. GARCÍA-NIETO, M. Carmen; DONEZAR, Javier M.: *La España de Franco 1939-1973*, Ed. Guadiana, Madrid, 1975, p. 16.

efectos que había generado en el país la postguerra y la política económica del período autártico ²⁰⁰, y de los que entonces se estaba empezando a salir.

Sin embargo, pronto surgirán nuevas normas de gran calidad técnica en las que empezaban a reflejarse las aportaciones de la doctrina. En este sentido el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de julio de 1955 (BOE de 15 de julio de 1955), recoge en sus articulados "las conclusiones de la Ciencia jurídico-administrativa", según reza en su Exposición de Motivos. La importancia de este Reglamento en el funcionamiento cotidiano de nuestras Administraciones municipales ha sido extraordinaria, hasta el punto que muchos de sus planteamientos han llegado prácticamente intactos hasta nuestros días. El Reglamento no se limita a regular los modos o formas de gestión de los servicios públicos municipales, como parece indicar su denominación, sino que abarca las distintas formas de actividad de la Administración pública. Se establece en el mismo una regulación general de las licencias municipales, implantándose el silencio positivo como mecanismo de respuesta a la inactividad administrativa. El procedimiento establecido señala un plazo de dos meses para resolver la solicitud a partir de su presentación en el Ayuntamiento. Si transcurriera ese plazo sin resolución el particular acudirá a la Comisión provincial de Urbanismo o, en su defecto, a la Comisión provincial de Servicios Técnicos, habiendo de transcurrir un mes sin la notificación del acuerdo expreso, para entenderse producido el silencio positivo.

²⁰⁰ Como advierte el profesor y magistrado Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: "La reforma estuvo vigente cuatro años, desapareciendo al entrar en vigor la LPA. Murió sin pena ni gloria, y ninguna voz se alzó en defensa de la permanencia del sistema, síntoma claro de que las cosas no habían funcionado." *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 579. La escasa trascendencia que debió tener el silencio positivo implantado por el Reglamento del Ministerio de Trabajo parece confirmarse además por la escasa conflictividad que suscitó el mismo ante los tribunales. Así nosotros tan sólo hemos localizado un pronunciamiento jurisprudencial que hiciera expresa aplicación del precepto citado: STS de 15 de febrero de 1960 (ref. Ar. 772). No obstante, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, al referirse a este supuesto de silencio positivo del Ministerio de Trabajo, explicaba que: "[...] la práctica administrativa parece haber demostrado los espléndidos resultados que con la misma (con la consideración del silencio positivo) se ha conseguido, al obligar a los distintos órganos del Ministerio a resolver los expedientes dentro de plazo [...]. *Vid.* de este autor *Derecho procesal administrativo*, tomo II, Madrid, 1957, p. 360.

La doctrina se mostró dividida sobre la regulación del silencio contenida en el RSCL. Para unos autores el Reglamento podía traer a confusión a muchas corporaciones locales pues éstas "no habrán creído que en un reglamento de servicios se establece un procedimiento en materia de obras", al mismo tiempo que en algunas provincias no funciona la Comisión provincial de Urbanismo ni tampoco lo hace debidamente la Comisión provincial de Servicios Técnicos ²⁰¹. Se advertía, en estas circunstancias, de los peligros que representaba la adquisición de licencias de obras por silencio positivo sobre todo en aquellos casos en que hubiera manifiesta contradicción con las Ordenanzas de construcciones ²⁰². Desde esta perspectiva, el silencio positivo convertía al particular en administrador de intereses públicos y por ello se veía con recelo y desconfianza. No obstante, desde un planteamiento distinto, otros autores consideraron que "estas razones no son aplicables en el supuesto de licencias de policía", ya que "por medio de estas licencias, no se le confiere al particular algo que previamente perteneciera a la Administración, sino que simplemente se le faculta para el ejercicio de un derecho del que ya era titular" ²⁰³.

Otro punto polémico que introducía el RSCL era la necesidad de acudir a la Comisión de Urbanismo o, en su defecto, a la Comisión provincial de Servicios Técnicos. Para Fernando ALBI CHOLBI en realidad ello "equivale a un verdadero recurso de alzada, aunque solamente para los casos de silencio ²⁰⁴." Solución que dudosamente podía introducir un reglamento, pues el art. 361 de la Ley de régimen local de 1950 establecía la inmediata ejecutividad de los acuerdos locales. No pudiéndose buscar para ello una cobertura legal en el art. 374.3 de la misma Ley pues la misma se limitaba a prever la existencia de supuestos

²⁰¹ Vid. CLAVERO ARÉVALO, Manuel: "El reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955" en *RAP* 19, 1956, pp. 287-301, también publicado en la obra del mismo autor *Estudios de Derecho administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla y Civitas, Madrid, 1992, p. 307, de donde cogemos la referencia.

²⁰² Vid. CLAVERO ARÉVALO, Manuel: "El reglamento de servicios..." *op. cit.* p. 307.

²⁰³ Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael: "Las licencias en la legislación local" en *REVL* 107, septiembre-octubre 1959, p. 668.

²⁰⁴ Vid. ALBI CHOLBI, Fernando: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, p. 67.

de silencio administrativo en determinadas materias a través de preceptos especiales. La intervención de estos órganos era, por lo demás, perfectamente coherente en un sistema eminentemente centralista donde la "autonomía municipal" era una mera proclamación ritual²⁰⁵. Según veremos más adelante, la jurisprudencia precisará la naturaleza de esta intervención en el ámbito municipal, considerándola ajustada al sistema legal vigente.

Hacia 1956 se produce un importante acontecimiento en las mismas entrañas del régimen: Significados miembros de Falange salen del Gobierno o son relevados a puestos de menor importancia, siendo desplazados por tecnócratas con una preparación más elevada y vinculados en su mayoría al *Opus Dei*. La brusca alza de los salarios realizada por el Ministro José Antonio GIRÓN, a través de la Orden de 23 de marzo de 1956 y sin contar con el Ministerio de Hacienda, agudiza una grave crisis económica que reclama una nueva dirección técnica y especializada. Consecuencia de este importante relevo en las jefaturas de los Ministerios, será la creación en los años cincuenta de un importante bloque de normativa de gran rigor técnico en donde se intentan potenciar las garantías ciudadanas, suavizándose el totalitarismo imperante en los primeros tiempos del franquismo. Por eso curiosamente durante este momento en el Estado español la denominada doctrina del silencio administrativo se generaliza a todas las Administraciones públicas culminando las reformas efectuadas a la Administración local durante la dictadura del general PRIMO DE RIVERA, al dictarse los Estatutos provincial y municipal. De esta forma, encontramos un importantísimo bloque normativo sobre la materia al dictarse la Ley de 27 de diciembre de 1956, de la jurisdicción contenciosa-administrativa (LJCA).

Como pone de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA la LJCA fue consecuencia del acierto del

²⁰⁵ Como advierte el profesor Alejandro NIETO GARCÍA el municipio como ente natural, que tenía un ilustre antecedente en la obra de CALVO SOTELLO, era una mera ficción y la autonomía municipal una declaración sobre el papel. La Ley de régimen local enumeraba una lista de competencias "propias" del municipio, pero a la vez se admitía sin reservas las competencias concurrentes del Estado, que eran las que primaban en caso de conflicto. *Vid.* de este autor "La organización local vigente: uniformismo y variedad" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed.): *Descentralización administrativa y organización política, tomo II, La centralización española vigente*, Ed. Alfaguara, Col. "Hombres, hechos e ideas", Madrid, 1973, pp. 63-64.

entonces Ministro de Justicia Antonio ITURMENDI BAÑALES ²⁰⁶ de encomendar su redacción "a dos Profesores de extraordinaria capacidad y claridad de ideas y de pluma poco comunes, los Profesores Manuel BALLBÉ y Jesús GONZÁLEZ PÉREZ; y - segundo acierto - haber confiado plenamente en su trabajo y hacerlo hasta que se convirtió en la Ley de 27 de diciembre de 1956 ²⁰⁷." Lo cierto es que la opción que realiza el Ministro entra claramente en sintonía con la necesidad de legitimar al régimen como un Estado de Derecho, desplazando el control parlamentario, prácticamente inexistente entonces ²⁰⁸, hacia un control ejercido por jueces ²⁰⁹ que se suponían afectos al régimen y que respondieron en gran medida a tales expectativas ²¹⁰.

²⁰⁶ El Ministro ITURMENDI que fue uno de los ministros franquistas que más tiempo estuvieron en el poder era "un claro exponente de las preferencias de Franco en nombrar ministro de Justicia o presidente de las Cortes a hombres procedentes del antiguo tradicionalismo no dinástico o del integrismo católico". Es bastante significativa su experiencia con la Administración Local ya como abogado del Estado ya durante su época como Director General de Administración Local, etapa en la que creó el Instituto de Estudios de Administración Local y reorganizó los Cuerpos de funcionarios de dicha Administración. *Vid.* sobre su perfil Equipo MUNDO: *Los 90 Ministros de Franco*, 3ª ed., Ed. DOPESA, Madrid, 1971, pp. 167-168.

²⁰⁷ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 39. Este mismo autor ha destacado la gran influencia que tuvo en la construcción del Derecho administrativo moderno el magisterio del profesor Manuel Ballbé Prunes. *Vid.* la Nota necrológica publicada en la *RAP* 36, septiembre-diciembre 1961. Así en las pp. 8-9 se señala que: "Los Reglamentos de Bienes y de Servicios de las Corporaciones locales, la Ley del Suelo, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley de Procedimiento administrativo, la Ley especial del Municipio de Barcelona, son seguramente, en lo mejor de todas ellas, la obra casi personal de BALLBÉ, "cuya sutileza y vigor - dijo públicamente uno de nosotros, mientras él vivía y refiriéndose a una de esas Leyes - no es difícil descubrir expresos en el mismo texto legal."

²⁰⁸ Es fundamental en este punto el estudio de Ángel GARRORENA MORALES: *Autoritarismo y control parlamentario en las Cortes de Franco. Apuntes para un análisis crítico*, Ed. Universidad de Murcia, Publicaciones del Departamento de Derecho Político, Murcia, 1977. Son hartos elocuentes, entre otros los siguientes epígrafes de esta obra: "Los procuradores y la labor de fiscalización: sociología de una función frustrada", "La actitud del Gobierno: "como un arzobispo en su catedral"", "Al borde del letargo: una curva inversa a la de ruegos y preguntas."

²⁰⁹ Ya advertía en los primeros años del régimen Carlos GARCÍA OVIEDO que: "Es más: si cabe, es aún más necesario el recurso contencioso en el Estado totalitario y en el Estado liberal (*sic*: en vez de "y" póngase "que" para una correcta comprensión de la cita), pues la falta de control en un Parlamento, el régimen de censura prensa y la disminución general del derecho de crítica política imponen, para neutralizar peligros provinientes en estas circunstancias, el reforzamiento de las garantías administrativas y judiciales en favor de los derechos del particular." *Vid.* de este autor "Consideraciones acerca del recurso contencioso administrativo en el Estado totalitario" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* 8, 9, 10 y 11, 1942, homenaje al profesor José Gascón y Marín, p. 80.

²¹⁰ *Vid.* BASTIDA FREIJEDO, Francisco José: *Jueces y franquismo... op. cit.*

Con la LJCA nace en 1956 nuestro moderno Derecho procesal administrativo, recogiendo las bases teóricas formuladas un año antes por GONZÁLEZ PÉREZ ²¹¹. Los redactores de la Ley, utilizando las herramientas de la Ciencia procesal, cuestionan el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, reestableciéndolo a sus justos términos: la existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción y no como el objeto del proceso contencioso-administrativo. Se mantiene, por tanto, el carácter revisor pero desde un nuevo planteamiento. Lo contencioso-administrativo se articula desde la idea procesal de la satisfacción de pretensiones. Desde esta nueva perspectiva "el acto no debe erigirse como obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa" (Exposición de Motivos de la LJCA). Para ello se generaliza el régimen del silencio administrativo negativo, aplicable por tanto a todas las Administraciones públicas, a través del art. 38 de la LJCA. Se recogen, en definitiva, las demandas que venía formulando la doctrina de una nueva regulación del silencio administrativo ²¹².

Esta regulación general del silencio viene a recoger fundamentalmente el mismo esquema previsto ya en el año 1935 en la legislación local. La misma distingue dos sistemas: en vía de petición o instancia existe el mecanismo de la denuncia de la mora, mientras que en vía de recurso el silencio se produce automáticamente, es decir por el mero transcurso del tiempo. Con el art. 38 de la LJCA se extiende la aplicación del silencio a toda la Administración del Estado, superándose la fragmentación del instituto que había producido la existencia de diversos reglamentos ministeriales. No obstante, la LJCA no se limita a

²¹¹ En 1955 se publica la 1ª edición de *Derecho procesal administrativo*. El procesalista Jaume GUASP advierte en el prólogo que: "Esto no es otro tratado sobre el contencioso-administrativo; es hasta ahora el único. Aquí no se trata de modernizar, simplemente, manuales anticuados, desde el punto de vista cronológico, o arcaicos desde la perspectiva de la terminología. Aquí se hace otra cosa: un lenguaje nuevo, un sistema nuevo, unos resultados nuevos. La obra de GONZÁLEZ PÉREZ no continúa, sino destruye las anteriores: a partir de ella, se abre un nuevo camino en el cultivo de los temas de lo contencioso-administrativo, y cualquier retroceso que quiera imaginarse habrá ser automáticamente descalificado por anticientífico."

²¹² A título de ejemplo, cabe citar el trabajo del profesor Laureano LÓPEZ RODÓ, con el expresivo título de: "Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho" en *REVL* 89, septiembre-octubre 1956, pp. 657-665.

reproducir, con leves variaciones en los plazos, la regulación del silencio contenida en la legislación local para darle un alcance general. La superioridad técnica del nuevo Texto legal en relación con sus precedentes se detecta en el carácter de mero presupuesto procesal que adquiere el silencio administrativo en relación al acceso a la jurisdicción. En efecto, el silencio administrativo se produce según el art. 38 "al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición."

La LJCA opta claramente por entender el silencio como un mecanismo destinado a favorecer al interesado, en vez de un medio de agilización de la actuación administrativa, según advierte ÁLVAREZ GENDÍN ²¹³. Por otra parte la LJCA se orienta no sólo a garantizar la situación del particular, sino que también se dirige a obtener una resolución expresa debidamente fundada, cuyo deber no excluye la resolución presunta (art. 38.2). No obstante, el contexto político de la época franquista propicia la inexistencia de mecanismos efectivos para hacer realidad este deber. Ello es seguramente debido a la inexistente función democrática de la motivación del acto administrativo ²¹⁴. Por eso las garantías del particular se satisfacen con el acceso a la jurisdicción, pero no con la obtención de una resolución fundada en derecho.

El carácter garantista del silencio administrativo en la LJCA conlleva incluso la vigencia de las disposiciones anteriores que hayan regulado la institución de forma más favorable. Así se pronuncia la Exposición de Motivos:

"El régimen general instituido por la Ley carecerá, desde luego, de aplicación en aquellos supuestos en que otras disposiciones establezcan que transcurrido cierto plazo, previa o no denuncia de la mora, hayan de entenderse estimadas

²¹³ Vid. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino: "El silencio administrativo en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa" en *BCN* 155, 1957, p. 653.

²¹⁴ Este extremo ha sido puesto acertadamente de relieve por Marcos-Matías FERNANDO PABLO: *La motivación del acto administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 120-121.

las pretensiones de los administrados, pues en otro caso la Ley que tiene por objeto instituir garantías de las situaciones jurídicas de los administrados, vendría precisamente a minorarlas.

Lo mismo habrá que considerar, por idéntica razón, cuando otros textos legales o reglamentarios establezcan, en beneficio de los interesados, plazos más reducidos que los que se prevén en esta Ley para que se entienda producido acto presunto."

La mayoría de los autores ²¹⁵, salvo alguna excepción ²¹⁶, entendieron vigentes los supuestos de silencio positivo regulados por el RSCL y por el Reglamento del Ministerio de Trabajo, así como aquellos plazos más breves de silencio negativo como los previstos en el Reglamento del Ministerio de Gobernación.

Con la nueva regulación el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo oscila entre los dos meses y un año, según se haya dictado un acto expreso o se haya producido el silencio administrativo. Esta distinción se justifica de la siguiente forma:

"Esta diferenciación, formulada en el ámbito de la legislación local, es de indudable pertinencia; se acomoda perfectamente al nivel de formación y conocimiento de la gran mayoría de los administrados, a quienes no puede exigirse que obren como sólo sería posible hacerlo si la técnica del acto presunto, realizado por silencio administrativo, y los casos y plazos de éste fueran de dominio general. No siéndolo, fijar un plazo de dos meses para que

²¹⁵ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "El silencio administrativo" en *Revista iberoamericana de Derecho procesal* 3, 1957, p. 762; GARRIDO FALLA, Fernando: "El silencio administrativo en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa" en *REVL* 91, 1957, p. 64.

²¹⁶ Vid. BOQUERA OLIVER, José María: "Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo" en *RAP* 30, 1959, p. 89. Es más llegaba incluso a afirmar que en la Administración local no existía ninguna posibilidad de silencio positivo ni de modificación de plazos.

puedan deducirse las reclamaciones correspondientes a las desestimaciones por silencio administrativo, equivale a condenar a indefensión a la gran masa de administrados españoles y admitir que, para ellos, habrán de prevalecer casi siempre, por no interponer el recurso oportunamente, los actos conformes a Derecho realizados en virtud de la sutil figura del silencio administrativo.

Por otra parte, nada más fácil para la Administración que reducir ese plazo al de dos meses: le basta el sencillo procedimiento de dictar un acto expreso."

Si algo cabe objetar a la regulación del silencio administrativo negativo que hace la LJCA es que alarga significativamente el acceso del administrado a la jurisdicción con diversas medidas. Entre las mismas está el mantenimiento de la denuncia de la mora en vía de petición en relación al silencio negativo, pese a que algunos autores habían señalado diversos inconvenientes ²¹⁷. Recordemos que la introducción de este mecanismo se produce en unas circunstancias muy diferentes y con una concepción muy distinta de la misma jurisdicción contencioso-administrativa. La justificación del mantenimiento de la denuncia de la mora se encuentra ahora en que es el sistema "más razonable, pues [...] viene a ser un recordatorio a la Administración, ante el cual procurará resolver dentro del nuevo plazo a fin de evitar un recurso ulterior si estima fundada la petición ²¹⁸." Es más, a diferencia de la legislación local donde el silencio en vía de petición se producía por el transcurso de tres meses, denuncia de la mora y un mes, con la LJCA este mes se alarga hasta tres meses. Además, en caso de producirse el silencio en vía de petición no abre directamente las puertas a la jurisdicción contencioso-administrativa sino al recurso de alzada, en caso de que éste procediera.

²¹⁷ Así el profesor Laureano LÓPEZ RODÓ refiriéndose a la misma señala: "Complica el mecanismo del silencio administrativo, hace indeterminado su plazo (que puede oscilar según la Ley de Régimen local entre los cuatro y los trece meses y prolongarse *sine die* en los Reglamentos de Gobernación, Trabajo e Industria) y supone un debilitamiento del carácter automático del silencio al exigir la intervención del interesado en denunciar un hecho patente que a la Administración no es lícito olvidar: que tiene sin resolver una pretensión o reclamación." *Vid.* de este autor "Necesidad de una nueva regulación..." *op. cit.* p. 660.

²¹⁸ *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "El silencio administrativo" ... *op. cit.* p. 127.

El año 1956 no es solo importante por la gran reforma procesal de lo contencioso-administrativo, sino por iniciarse la denominada "reforma administrativa" ²¹⁹. Su principal promotor e impulsor fue el Catedrático de Derecho administrativo y entonces Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno D. Laureano LÓPEZ RODÓ ²²⁰. Con la reforma se pretende recoger una serie de experiencias existentes en diversos países europeos dirigidas a modernizar la Administración pública. Especial relevancia tiene en este contexto Italia, donde la Comisión FORTI elaboró diversos proyectos legislativos que aunque no llegaron a ser Ley tuvieron una influencia doctrinal decisiva ²²¹.

Entre los grandes logros de la reforma administrativa puede encontrarse la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, cuyo Texto refundido es aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957. Como ya notaron algunos de sus opositores: "Bajo la apariencia de una simple ley administrativa, se nos presenta hoy un proyecto que viene a alterar profundamente las bases del régimen ²²²." Siendo calificada en su defensa ante el Pleno de las Cortes españolas por el Catedrático de Derecho político Luis SÁNCHEZ AGESTA como la "Carta Magna de los administrados" ²²³. La Ley realiza una distribución de competencias entre los diversos órganos de la Administración, posibilitando la delegación de atribuciones en órganos inferiores. También debe destacarse la regulación general de las disposiciones y resoluciones

²¹⁹ Según el profesor Laureano LÓPEZ RODÓ: "El verdadero comienzo de la reforma administrativa en España tiene lugar en diciembre de 1956. En este momento se creó, como órgano específico para dicho propósito la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno. Su finalidad aparece claramente perfilada en el artículo primero del Decreto-ley de su creación: "[...] Será el órgano de estudio y documentación, asistencia técnica, coordinación y elaboración de planes de la Presidencia del Gobierno, especialmente en cuanto se refiera a la *reforma y perfeccionamiento de la organización y de la actividad administrativa*." Vid. de este autor "La reforma administrativa en España" en *DA* enero 1958, pp. 7-8.

²²⁰ Este período es narrado por él mismo en sus *Memorias*, Ed. Plaza & Janés, Cambio 16, Barcelona, 1990.

²²¹ Así lo atestigua el importante trabajo del profesor Rafael ENTRENA CUESTA: "La reforma de la Administración pública en Italia" en *RAP* 20, mayo-agosto 1956, pp. 191-221.

²²² Vid. la intervención en la primera sesión de la Comisión de Cortes que discutió el proyecto de ley, la intervención del Sr. Paulino MARTÍNEZ HERMOSILLA. Citado por Laureano LÓPEZ RODÓ: *Memorias ... op. cit.* p. 108.

²²³ Vid. LÓPEZ RODÓ, Laureano: *Memorias ... op. cit.* p. 109.

administrativas, así como el régimen de responsabilidad de la Administración. Con estas medidas, tanto organizativas como de actividad, se persigue agilizar y modernizar la Administración pública, adaptándola al nuevo contexto económico y social. Se potencia, por tanto, el papel de los administrados en sus relaciones con la Administración, de forma que pueden dirigir instancias y peticiones a las autoridades y organismos en materia de su competencia. Éstos estarán obligados a resolver las instancias que se les dirijan por las personas directamente interesadas o declarar, en su caso, los motivos de no hacerlo (art. 39).

Durante este período además de reformas legislativas se promueve desde la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno la I Semana de Estudios sobre la Reforma Administrativa, donde intervienen destacados Catedráticos de Derecho administrativo (así por ejemplo el profesor Manuel BALLBÉ PRUNES) y representantes de los diversos departamentos ministeriales. En estas sesiones de estudio ya se advierte la importancia del elemento temporal en la actividad de la Administración pública:

"Lo que nos piden los administrados es, ante todo, una simplificación en los trámites, una reducción en los costos y una mayor eficacia y rapidez en los servicios. Los administrados exigen de nosotros que les liberemos de la pesadilla del "vuelva usted mañana", que satirizó Larra hace un siglo, que sepamos valorar el tiempo del público, que les demos facilidades para ponerse en contacto con la Administración, que la información que les interese la obtengan con facilidad, que reduzcamos al mínimo los papeles y formalidades, que dotemos a la Administración de un sentido moderno, que la mantengamos abierta a todas las conquistas del progreso técnico."

Se intenta acabar en estos momentos con ciertas "costumbres administrativas" en las que se concebía el silencio como una forma ordinaria de resolución del procedimiento. Así uno de los intervinientes el Sr. SERRA refiriéndose al silencio administrativo señaló que "nunca debe ser juzgado como indicio de pereza administrativa, pues, en muchos casos, dice, es costumbre administrativa la redacción de un brevísimo informe a la autoridad que tiene que

decidir, haciéndole ver la conveniencia de no dictar resolución alguna ²²⁴." El Sr. LÓPEZ RODÓ replicó esta posición señalando que el silencio administrativo "es un trato de favor al administrado para que no sea burlado en sus derechos, y puede decirse que su finalidad no es otra que la apertura violenta de la puerta de la jurisdicción contencioso-administrativa" ²²⁵. Este incidente pone de relieve la inercia de ciertos planteamientos que, paradójicamente, han llegado hasta nuestros días.

En 1958 se producen determinados acontecimientos de gran interés. Así aparece la revista *Documentación administrativa* como uno de los mecanismos creados para impulsar y difundir la reforma administrativa. En la misma publicarán prestigiosos autores con la intención de dotar instrumentos para mejorar la eficacia y el funcionamiento de las Administraciones públicas. Es bastante significativo que ya en los primeros números aparecieron diversos estudios sobre el silencio administrativo ²²⁶. No obstante, es sobre todo a nivel legislativo donde se producen las novedades de mayor enjundía.

²²⁴ Esta "costumbre administrativa" había sido recogida normativamente por algunas Ordenanzas locales algunos años antes, por lo que no es de extrañar que en 1957 fuera defendida públicamente esta posición. Así, a título de ejemplo, cabe citar los arts. 2.165 y 2.166 de las Ordenanzas municipales de la Ciudad de Barcelona, aprobadas por Pleno de 29 de julio de 1947: "La Administración municipal sólo suspenderá la tramitación de un expediente, denegando tácitamente una solicitud o recurso en aplicación del silencio administrativo, por decisión expresa del Teniente de Alcalde Delegado o Jefe del Negociado respectivo y mediante diligencia extendida en él con sujeción a las reglas establecidas en los artículos siguientes." "Si la solicitud fuera manifiestamente improcedente por referirse a competencia extraña a la municipal por instarse en ella declaraciones sobre derecho o beneficios cuyo otorgamiento, modificación o extinción vengán prohibidos por preceptos de carácter general o local, o cuando los recursos no sean admisibles por defectos de forma o de fondo, el Jefe de Negociado suspenderá la tramitación ulterior del expediente, consignando la nota de "visto" bajo su firma y fecha. En los demás casos, el acuerdo de silenciar corresponde al Teniente de Alcalde Delegado, previo informe verbal del Jefe de Negociado sobre la razón que aconseje la suspensión del trámite o la desestimación del recurso, y lo consignará por escrito, en la forma de señalada en el artículo anterior o por simple diligencia de "Dada cuenta" puesta por el Jefe informador con el Vº Bº del Jefe de Sección."

²²⁵ Vid. *Actas de la I Semana de Estudios sobre la Reforma Administrativa. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Palacio de la Magdalena, Santander, 19-26 de julio de 1957*, Ed. Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid, 1958, p. 105.

²²⁶ A título de ejemplo cabe citar a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: "El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento" en *Documentación Administrativa* 8-9, 1958, pp. 35-42.

En efecto, a través de las denominadas Leyes fundamentales se consigue introducir a nivel "constitucional" determinadas garantías procesales. Es de destacar al respecto el "derecho a una justicia independiente" que proclamaba el principio IX de la Ley de 17 de mayo de 1958, de principios fundamentales del Movimiento Nacional. De tal forma que llega a decirse que "promulgados los principios del Movimiento Nacional, puede afirmarse que los españoles tienen reconocidas las garantías jurisdiccionales máximas en sus relaciones con la Administración ²²⁷." Más contundentes son las palabras del entonces Presidente del Tribunal Supremo, D. José CASTÁN TOBEÑAS, al afirmar que: "En la actualidad, resulta indudable que el Estado español es un auténtico Estado de Derecho", destacando el importante papel que tiene al respecto la jurisdicción contencioso-administrativa ²²⁸.

Con todo, este importante nivel de garantías gestado desde las mismas entrañas del régimen (téngase en cuenta el formidable papel que jugó el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo) no deben llevarnos a engaños sobre la inexistencia de un auténtico Estado de Derecho durante todo el franquismo ²²⁹, pues el régimen carecía de otros elementos importantes que pudieran identificarlo con este tipo de Estado ²³⁰. El Estado resultante de estos regímenes

²²⁷ Vid. "Los principios fundamentales del Movimiento Nacional y la Administración pública" en *RAP* 27, septiembre-diciembre 1958, p. XXVII. Tales comentarios aparecen sin firma.

²²⁸ Vid. de este autor *Los principios filosófico-jurídicos y jurídicos políticos del Régimen Español*, Madrid, 1963, p. 73. Este trabajo es una separata de la 2ª edición de la obra *El nuevo Estado español*. Entre los argumentos en los que venía a demostrar su afirmación cabe destacar que: "entre las tradicionales garantías técnico-jurídicas que sirven para asegurar el Estado de Derecho, ninguna tiene tanta importancia como la justicia llamada contencioso-administrativa, especialmente dentro de un sistema de tan pura esencia *judicial* como el que rige en España a virtud de novísimas leyes." Añadiendo en la nota a pie de página 175 que: "Las realizaciones del legislador español encaminadas a la afirmación y consolidación de un genuino Estado de Derecho culminan en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, muy progresiva."

²²⁹ Algún autor ha llegado a sostener recientemente que: "[...] el Estado franquista, al menos el que yo conocí en la década de los sesenta, era un verdadero Estado de Derecho." Si bien matiza inmediatamente tal afirmación: "Es decir, un Estado en el cual, pese a su precaria legitimidad, los poderes públicos actuaban según normas preestablecidas y donde jueces y funcionarios nos tomábamos muy en serio ese genio expansivo del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres." Vid. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel: *Memorias de estío*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1993, p. 22.

²³⁰ Vid. DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus Humanidades, 1992, octava reimpresión (la primera edición es de 1966).

autoritarios se caracteriza, como es sabido, por la falta de garantía de los derechos de libertad y la ausencia de una auténtica separación de poderes ²³¹, pese a las proclamaciones rituarías que se formularán desde las más altas instancias del Estado, apoyándose en destacados juristas ²³² incluida la más alta magistratura ²³³. Lo que sí debe reconocerse es que fue uno de los factores determinantes que posibilitarían ulteriormente el proceso de transición política hacia el actual y verdadero Estado de Derecho ²³⁴.

Si bien los jueces constituyen para el régimen el puntal del "Estado de Derecho", cabe advertir la inexistencia de una auténtico Poder Judicial ²³⁵. En efecto, la Administración de Justicia durante el régimen franquista se caracteriza "por su falta de independencia y de unidad jurisdiccional, dos caracteres esenciales del Estado de Derecho" ²³⁶. De esta forma,

²³¹ El profesor Massimo Severo GIANNINI advierte del riesgo que tiene la opinión que el Derecho administrativo es una consecuencia del Estado de Derecho. Así señala que "la identificación del Estado de derecho con el Estado que posee un derecho administrativo sirve bastante bien para pasar de contrabando la tesis de que también los Estados fascistas fueron Estados de Derecho". *Vid.* de este autor *Premisas... op. cit.* pp. 50-51.

²³² Es conocida la polémica de Carl SCHMITT con parte de otros juristas afectos al nacional-socialismo. *Vid.* BARATTA, Alessandro: "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual" en *Sistema* 17-18, abril 1977, especialmente pp. 18-20. Por otro lado es conveniente recordar la tensión que hacia 1962-1964, enfrentó al régimen de Franco con la Comisión Internacional de Juristas, sita en Ginebra, como nos recuerda GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Col. "Temas clave de la Constitución española", Madrid, 1990, p. 158, nota 2.

²³³ Sobre el tema *vid.* BASTIDA FREIJEDO, Francisco José: *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 120. Este autor cita diversa jurisprudencia del TS donde se proclama "la legalidad que debe presidir las actividades de la Administración y administrados en todo estado de Derecho y dentro de él nos movemos."

²³⁴ El mismo Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN advierte que: "Si la transición política de los setenta no hubiera sido posible sin la estabilización económica de 1959 y el ulterior desarrollo, tampoco lo hubiera sido sin la creación de un moderno sistema jurídico-administrativo en los mismos años." *Vid.* de este autor *Memorias... op. cit.* p. 24.

²³⁵ Cuando posteriormente el Constituyente de 1978 adoptó en la rúbrica del Título VI la expresión "Poder Judicial" en vez de "Administración de Justicia" lo hizo de forma plenamente consciente como reacción a la situación existente en la época que ahora tratamos. *Vid.* TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "Poder Judicial y Tribunal Constitucional" en *PJ* 2ª época, núm. especial XI, pp. 13-30.

²³⁶ *Vid.* TORRES DEL MORAL, Antonio: *Constitucionalismo histórico español*, 4ª edición, Ed. Atomo, Madrid, 1991, p. 234.

tras un aparente "tecnicismo", "apoliticidad" y "neutralidad" de los jueces ²³⁷, el proceso de selección pasaba en los años 50 y hasta la finalización del régimen por una Escuela Judicial instituida como "un centro de adoctrinamiento político" ²³⁸. Asimismo, el Gobierno conservaba la designación de los puestos claves, encargados a su vez de seleccionar y promocionar a jueces y magistrados. Ello no implica desmerecer los numerosos esfuerzos individuales, realizados desde la judicatura, sino que estos fueron sobretodo el resultado de una toma de posición individual y no el resultado de un marco jurídico establecido ²³⁹.

Otro de los grandes acontecimientos del año 1958 es, sin lugar a dudas, la promulgación el 17 de julio de la Ley de procedimiento administrativo ²⁴⁰. Pese a su nombre no se limita a regular aspectos meramente procedimentales "sino también los principios generales de organización y actuación, el régimen de los actos administrativos y la situación de los interesados en el expediente". Constituye, por tanto, "un verdadero Código administrativo", inspirado en las siguientes ideas capitales:

²³⁷ Para Sabino ÁLVAREZ GENDÍN Y BLANCO: "El Poder Judicial debe ser independiente del ejecutivo en los siguientes aspectos que vamos a estudiar, y que postulamos como principios y lo es de *iure* en el segundo y en el tercero de los mismos: I, en cuanto a la designación de sus miembros; II, en cuanto a su ejercicio; y III en cuanto a su régimen disciplinario y a su responsabilidad civil." *Vid.* "El Estado de Derecho y el Poder Judicial independiente" en *RAP* 31, enero-abril 1960, pp. 13-14, también en *La independencia del Poder Judicial. La especialización de los Tribunales contencioso-administrativos*, Ed. IEP, Madrid, 1966, p. 72.

²³⁸ *Vid.* CANO BUESO, Juan: *La política judicial del régimen de Franco*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 182.

²³⁹ De esta forma el profesor Francisco TOMÁS Y VALIENTE señaló: "Que entre 1939 y 1978 hubo en España Jueces con talante independiente que ejercieron la judicatura con dignidad, es un hecho de experiencia que nadie discute. Pero en ellos la independencia fue una virtud personal y no reflejo involuntario de un sistema jurídico que fomentara y garantizara esa independencia. El sistema quería Jueces conformistas, y los tuvo. El sistema practicaba un positivismo acrítico y produjo Jueces más celosos de su aparente apoliticismo que de su efectiva independencia. El resultado no fue la corrupción como norma; pero si el predominio de un Juez obediente, con frecuencia competente, bien instalado ideológicamente en aquel régimen "apolítico", y consciente de pertenecer a la Administración de Justicia, pero no a un verdadero poder judicial, cuya ausencia pocos lamentaban." *Vid.* de este autor "Poder judicial..." *op. cit.* pp. 15-16.

²⁴⁰ *Vid.* el discurso de LÓPEZ RODÓ ante el Pleno de las Cortes en defensa de la Ley de procedimiento administrativo, el 15 de julio de 1958, titulado "Del Estado liberal al Estado social de Derecho", publicado en el libro de este autor *Política y desarrollo*, 2ª edición, Ed. Aguilar, Madrid, 1971. En las pp. 143-144 señala que: "Para el cabal conocimiento de este Proyecto de Ley es preciso, pues, encuadrarlo dentro del plan de conjunto de la reforma administrativa que se está llevando en España. Y digo reforma administrativa empleando una expresión universalmente consagrada para designar un fenómeno común a numerosos países. Yo preferiría, desde luego, hablar de modernización y perfeccionamiento de la Administración."

- "a) Unidad y flexibilidad del procedimiento.
- b) Simplificación de trámites e incremento de la productividad.
- c) Colaboración de los administrados, y
- d) Reducción del número de disposiciones reglamentarias ²⁴¹."

No obstante, cabe decir que esta ley añade pocas novedades al régimen del silencio administrativo, en relación al art. 38 de la LJCA. La innovación que podía haber resultado más espectacular quedó frustrada en vía de proyecto, dejándose mera constancia de ello en la redacción de la Exposición de Motivos:

"[...] se prevé el silencio positivo, sin denuncia de la mora, aparte de en los casos prevenidos en normas especiales, cuando se trate de autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos cuyo otorgamiento no fuese discrecional, o de autorizaciones o aprobaciones en que se concrete el ejercicio de las funciones de fiscalización de los órganos superiores sobre los inferiores."

Por tanto, el art. 99 del Proyecto de Ley de procedimiento administrativo establecía de forma pionera una generalización del silencio positivo en el ámbito de las autorizaciones regladas ²⁴². No obstante, en el Dictamen de la Ponencia, elaborado por la Comisión de Leyes

²⁴¹ Vid. el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* 601, de 15 de julio de 1958, p. 12.445, correspondiente a la defensa del entonces Proyecto por el Procurador en Cortes D. Laureano LÓPEZ RODÓ.

²⁴² "Art. 99. 1. El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de la mora, cuando se formule alguna petición ante la Administración y ésta no notifique su decisión en el plazo de dos meses, en los casos siguientes:
a) Autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos, salvo si estuviere dispuesto lo contrario o fuese discrecional su otorgamiento.
b) Autorizaciones o aprobaciones que deben otorgarse por los órganos de la Administración en ejercicio de sus funciones de fiscalización y tutela sobre los órganos inferiores.
c) En los demás casos prevenidos por normas especiales.
2. El plazo a que se refiere el párrafo anterior será inferior si así lo previenen las normas especiales aplicables."

Fundamentales y presidencia del Gobierno ²⁴³, este precepto sufre una variación fundamental, eliminándose su aplicación directa a las autorizaciones regladas, y quedando con la redacción definitiva de lo que sería el art. 95 de la LPA.

La unidad del procedimiento y la reducción de disposiciones reglamentarias, dos de los pilares de la Ley, llevaron a la derogación de los Reglamentos dictados para la ejecución de la Ley de 19 de octubre de 1889, sin realizar ningún tipo de distinción. Se acabó, por tanto, con la subsistencia de algunos reglamentos considerados más garantistas para el ciudadano y cuya vigencia había sido mantenida expresamente por la LJCA. Así, por ejemplo, quedaba derogado el Reglamento del Ministerio de Trabajo que establecía la regla general del silencio positivo en el ámbito de su Departamento ²⁴⁴. En cambio, a pesar de ciertas vacilaciones iniciales ²⁴⁵, se consideró vigente la regulación del RSCL que establecía los efectos estimatorios del silencio en el ámbito de las licencias municipales. Los argumentos que justificaron la supervivencia de este reglamento se fundamentaban en que estaba desarrollando la Ley de régimen local entonces vigente. Por ello, no podía considerarse en sentido estricto un reglamento de ejecución de la Ley de procedimiento de 1889.

La LPA renuncia a regular con carácter general el silencio positivo en las relaciones particular-Administración, remitiéndose a la legislación sectorial. Este renuncia será cubierta por la subsistencia del RSCL, si bien queda limitada al ámbito de las licencias municipales. En cambio, la LPA establece una regulación general en el ámbito de las relaciones interorgánicas. No se prevé, sin embargo, qué sucede con las relaciones intersubjetivas o entre diversas Administraciones públicas. La razón de ello quizás pueda encontrarse en que aún no se había producido el gran desarrollo de la Administración institucional, cuya regulación general será aprobada a finales de año (Ley de 26 de diciembre de 1958, de

²⁴³ Formaban parte de la misma los Sres. D. José Ignacio ESCOBAR KIRKPATRICK, D. Laureano LÓPEZ RODÓ, D. Alberto MARTÍN ARTAJO, D. Luis RODRÍGUEZ DE MIGUEL, D. Segismundo ROYO-VILLANOVA. Éste último se había pronunciado en diversos artículos doctrinales sobre los peligros que implicaba la técnica del silencio positivo en relación al interés público.

²⁴⁴ Así lo ratificó con posterioridad la jurisprudencia en STS de 30 de mayo de 1961 (ref. Ar. 2.428).

²⁴⁵ *Vid.* la STS de 2 de mayo de 1960.

entidades estatales autónomas). Respecto a las relaciones de las entidades locales con la Administración del Estado ya existían amplios supuestos en la legislación local desde los Estatutos de CALVO-SOTELO y que en 1958 recogía la legislación local entonces vigente. Cabe añadir, además, la inexistencia de una autonomía local, que limitara en muchos de los supuestos las relaciones de tutela a controles de mera legalidad.

También parece sorprendente la dispensa de la denuncia de la mora en los casos de silencio positivo, en claro contraste con la regulación efectuada el año anterior por el RSCL. La existencia de un interés público a proteger, parece que requerían determinados mecanismos formales, como la denuncia de la mora, que atenuaran el automatismo del silencio. Esta deficiencia legislativa es cubierta por la jurisprudencia años más tarde, dejando prácticamente vacío de contenido al art. 95 de la LPA que sólo es visto como un mecanismo de remisión a la legislación sectorial y como cláusula de interpretación restrictiva del silencio positivo.

Debe advertirse que el objetivo de la reforma no era solamente realizar nuevas leyes, sino introducir mecanismos que permitieran mejorar y perfeccionar la actividad y la organización administrativa. Así lo atestiguan las siguientes palabras:

"La tarea de poner al día la Administración pública no es simplemente un asunto jurídico. Consiste, ante todo, en incrementar su eficacia. El público demanda, justamente, la desaparición de la pesadilla de las dilaciones y los retrasos. El ciudadano nos recuerda que su tiempo es valioso y desea ponerse en contacto con la Administración sin dificultades ni trabas inútiles. Naturalmente, espera ser atendido con rapidez y eficacia, con un mínimo de papeles y sin formalidades innecesarias ²⁴⁶."

²⁴⁶ Vid. LÓPEZ RODÓ, Laureano: "La reforma..." *op. cit.* p. 8.

Tal planteamiento que fue plenamente asumido por el régimen ²⁴⁷, quedó sin embargo, en mucho de sus aspectos en el puro plano teórico ²⁴⁸. Un ejemplo de ello puede encontrarse en una norma innovadora como la del art. 39 de la LPA. Con este precepto se pretendía que en las autorizaciones que hubieran de referirse a un sólo asunto y objeto y correspondiera intervenir a varios departamentos o centros directivos, se instruyera un sólo expediente y se dictara un resolución única ²⁴⁹. Si bien esta norma debió "tener desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Ley, plena aplicación, es lo cierto que [...] su eficacia práctica se ha ido abriendo paso trabajosamente, y cuando lo ha hecho, ha sido casi siempre por la vía tan poco deseable, del planteamiento de conflictos y tensiones entre los órganos por él afectados" ²⁵⁰.

La reforma administrativa consigue, por tanto, importantes resultados pero también quedan en el papel muchos de ellos. Bajo la bandera de reforma se alinearon, por lo demás, posiciones muy simplistas "que querían vendernos su panacea prescindiendo de las reglas

²⁴⁷ Es bastante sintomático el mensaje de fin de año de 1960 pronunciado por el entonces Jefe del Estado, donde se señala que: "La Administración pública tiene que incorporarse a las modernas técnicas orgánicas y funcionales. El viejo concepto de la Administración obstaculizadora y retardataria por su excesivo burocratismo tiene que ser sustituido por un auténtico sentido empresarial y de servicio. Por estos derroteros va discurriendo nuestra reforma administrativa, cuyo avance prosigue día a día." Citado por Laureano LÓPEZ RODÓ: *Política... op. cit.* p. 40.

²⁴⁸ Tal extremo puede constatarse con la Orden de la Presidencia del Gobierno de 22 de octubre de 1958, que establecía disposiciones complementarias de la Ley de procedimiento administrativo (BOE 258, de 28 de octubre de 1958). Esta Orden establecía que: "Los distintos Ministerios, previo informe de la Presidencia del Gobierno, revisarán en el plazo de un año, con arreglo a criterios de economía, celeridad y eficacia, los trámites específicos de los distintos tipos de expedientes que puedan considerarse como desarrollo de la Ley de procedimiento administrativo, al amparo de las facultades que ésta otorga a la Administración, singularmente en su artículo 81, para determinar los actos de instrucción que estime más adecuados en cada caso." No hay constancia de que tal medida fuera llevada a la práctica, salvo en ciertas ocasiones puntuales.

²⁴⁹ En la actualidad debe entenderse que dicha norma continúa en vigor pues no consta en las disposiciones derogatorias de la LRJPAC, ni parece oponerse a ningún otro precepto legal.

²⁵⁰ *Vid.* MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la: "Una norma innovadora: la del artículo 39 de la Ley de procedimiento administrativo" en *DA* 76, 1964, p. 27. También *vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: *La organización del desgobierno... op. cit.* p. 64, que al referirse a esta norma advierte que: "tal precepto ha resultado inútil desde el momento en que ningún ministerio acepta su subordinación. Con la consecuencia de que un mismo asunto es tramitado en expedientes simultáneos y paralelos; llegándose al caso, como sucede en las autorizaciones de la zona marítimo-terrestre, en que intervienen nada menos que diecisiete organismos administrativos, cada uno de los cuales dicta su propia resolución que, por supuesto, puede ser contraria a las demás".

jurídicas más consagradas en aras de una eficacia cuya avalladora prioridad no acababa de verse ²⁵¹." Esta situación fue satirizada con agudeza e ingenio por GONZÁLEZ PÉREZ en una célebre conferencia pronunciada en Peñíscola sobre la reforma administrativa local ²⁵²."

La remisión del art. 95 de la LPA a una disposición expresa propiciará que se dicten algunas normas donde se recoja la institución del silencio administrativo positivo, si bien las mismas no son muy abundantes. Entre las mismas cabe destacar, sin duda, al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAC), aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (BOE 292, de 7 de diciembre de 1961). Este reglamento, como ya había realizado en 1955 el RSCL, introduce la denuncia de la mora en casos de silencio positivo. Ello pese a que ahora el art. 95 de la LPA dispensaba expresamente su aplicación. La razón por la que se introduce este mecanismo obedece, sin duda, a la propia particularidad de estos procedimientos en los que interviene sucesivamente dos Administraciones públicas.

La doctrina criticó que con estos reglamentos se introducía "una denuncia de la mora diferente de lo establecido en la Ley de procedimiento ²⁵³." Tales diferencias consistían en

²⁵¹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Proemio" en AA.VV.: *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, vol. I, p. 23.

²⁵² Vid. de este autor: "La reforma administrativa en el régimen local" en *Problemas políticos de la vida local*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 129-153. Así este artículo doctrinal empieza de la siguiente forma: "La reforma administrativa no es, ni mucho menos, un tema de hoy. Hace más de un siglo, en una obra que llevaba el sugestivo título de *Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos*, se daba el siguiente concepto de la voz reforma: "Bandera de los pronunciamientos todos, fantasmagoría para distraer y embaucar a los pueblos, anuncio de situaciones apuradas, cantinela de la Administración pública, el pan nuestro de cada día rezado por todo Ministerio nuevo. Al persignarse un ministro el primer día que entra en el templo del poder, le dirige el pueblo la siguiente oración: "Las reformas de cada día ofrecémoste hoy: perdónanos nuestras flaquezas, así como nosotros perdonamos a nuestros débiles enemigos; no nos dejes caer en la tentación de sacrificarte y líbranos de un alzamiento nacional. Amén."

²⁵³ Vid. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: "La reforma del reglamento de actividades molestas, insalubres, incómodas y peligrosas" en *RAP* 45, septiembre-diciembre 1964, p. 373.

que la mora había de denunciarse simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión provincial de Servicios Técnicos. Esta Comisión que originariamente nace en la órbita de la Administración provincial con funciones de asistencia técnica a municipios con pequeño número de habitantes, pasó a "convertirse en un organismo burocrático y estatal, tanto por su naturaleza como por su composición y por sus funciones, que se inmiscuye de forma gravísima" en la Administración local ²⁵⁴. La trascendencia que adquirieron estos órganos en el procedimiento de otorgamiento de licencias de actividades clasificadas justificaban que se les diera conocimiento de la inactividad municipal a través del mecanismo de la denuncia de la mora.

La jurisprudencia entendió que la denuncia de la mora prevista por el RSCL y por el RAC no constituía un recurso de alzada encubierto, según había denunciado unos años antes destacados autores (ALBI CHOLBI). En realidad se procedía a una subrogación frente a una inactividad de la Administración municipal para evitar un grave perjuicio al interés público. Se argumenta que en estos casos no hay un acto que deba revisarse a través del mecanismo de los recursos administrativos, sino que se parte "de la premisa de la inexistencia del acto administrativo, y se busca el acicate del órgano superior para que detenga las aspiraciones del particular o se perfeccione con su silencio en un tiempo dado el acto municipal presunto que está en vía de génesis ²⁵⁵."

En definitiva, con la intervención de la Comisión y con la denuncia de la mora, se consiguen dos objetivos importantes: se dificulta la consecución del silencio positivo que es visto con reticencia y desconfianza por la mayoría de los especialistas, al mismo tiempo que se introducen determinadas limitaciones a la ficticia autonomía municipal.

²⁵⁴ Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: "La organización local..." *op. cit.* p. 148.

²⁵⁵ Este último argumento de la "inexistencia" del acto que esgrime la STS de 12 de diciembre de 1968 no es muy convincente, pues podría replicarse que la petición del Ayuntamiento ha sido desestimada por silencio administrativo y que ante ello se interpone un recurso administrativo ante la Comisión que en caso de no resolverse generaría un supuesto de silencio positivo, de forma similar a como en la actualidad prevé el art. 43.2.c) de la LRJPAC.

Durante los años 50-60 se producen, asimismo, diversos fenómenos de gran trascendencia. Así, tiene lugar un creciente éxodo de población del campo a las grandes ciudades lo que provoca una mayor necesidad de suelo urbano para poder edificar nuevas viviendas. El proceso de desarrollo urbano se caracterizó "por la densificación congestiva de los cascos centrales de las ciudades, el desorden de la periferia, la indisciplina urbanística y los precios crecientes e injustificados del suelo aptos para el crecimiento de las ciudades" ²⁵⁶. Se produjo en aquellos momentos un fuerte fenómeno de especulación del suelo, que propicia un notable incremento de actuaciones que implican la defraudación de la legalidad urbanística ²⁵⁷. Situación que se ve favorecida en cierta forma por la actitud tolerante de algunas de las Administraciones públicas ²⁵⁸.

Este motivo parece ser el desencadenante de una fulminante reacción jurisprudencial que viene a minimizar la escasa virtualidad que en alguna ocasión haya podido tener el silencio positivo. Según esta versión se quiso evitar, por tanto, que a través de la técnica del silencio positivo llegaran a consolidarse situaciones contrarias al ordenamiento urbanístico. Para ello, aunque el particular hubiera presentado su solicitud y hubiera transcurrido el tiempo legalmente establecido, no podía decirse que se había producido el silencio positivo si la solicitud era contraria a la legalidad urbanística. Con esta interpretación se primó el elemento

²⁵⁶ De esta forma lo describiría años más tarde la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre régimen de suelo y ordenación urbana.

²⁵⁷ La STS de 7 de noviembre de 1972 (ref. Ar. 4.699): "[...] ya por el constante acceso que sufren de los intereses contrapuestos que tienden a incrementar los volúmenes de edificación, ya como consecuencia de la atonía administrativa, o de la imposibilidad material de signo económico de ejecutar el Plan en tiempo, instrumentando al efecto un severo control y rigurosas formalidades para la alteración de los espacios libres proyectados, y sancionando radicalmente y sin paliativos la mutación de destino cooperada la margen de la Ley de 2 de diciembre de 1963 [...]." Asimismo la STS de 28 de octubre de 1978 (ref. Ar. 3.960) señala que "la aplicación indiscriminada del silencio positivo puede resultar en ocasiones sumamente peligrosa [...] por lo que la jurisprudencia no ha tenido más remedio que hacerle frente, con el fin de impedir la consumación de situaciones notoriamente injustas y contrarias a Derecho [...] razón también por la que en el nuevo texto de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 se suprime de raíz la aplicación de este tipo de silencio, cuando ello implicara contradicción con las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento."

²⁵⁸ Según la STS de 24 de noviembre de 1978 (ref. Ar. 4.311): "donde no ha existido más que una simple pasividad, de la que a veces no es ajeno cierto tipo de picaresca burocrática".

legalidad frente al de seguridad jurídica. De esta forma quedó desvirtuado el posible carácter favorable que el silencio positivo pudiera tener para el interesado, pues ni le permitía acceder a la jurisdicción ni le consolidaba en una situación, aunque hubiera transcurrido el tiempo legalmente previsto.

En realidad, si bien parece cierto que el detonante de esta reacción jurisprudencial puede encontrarse en el afán de prevenir la consolidación de ilegalidades urbanísticas, cabe también poner de relieve que en mayor medida es el resultado de una larga desconfianza doctrinal mantenida frente al silencio positivo, ya iniciada por Segismundo ROYO-VILLANOVA y que ahora tiene su máxima culminación. No existen, por lo demás, estudios definitivos que demuestren que a través el silencio positivo se consolidaran numerosas actuaciones contrarias a la legalidad urbanística. Las sentencias que proclaman el carácter automático del silencio, prescindiendo de la legalidad de la solicitud, son ciertamente escasas. En realidad, el urbanismo incontrolado se produce no tanto como consecuencia de la inactividad en la resolución de los procedimientos de licencias, sino fundamentalmente por la inactividad en el ejercicio de las formidables potestades que la Ley del suelo otorgaba a la Administración para la protección de la legalidad urbanística (suspensión de licencias, ejercicio de la potestad sancionadora, imposición y ejercicio de obras de derribo, etc.).

Con todo la primacía del elemento legalidad frente a la seguridad jurídica en la interpretación del silencio positivo que introduce decididamente la jurisprudencia, será positivizada por la Ley 19/1975, de 2 de mayo, del suelo y el Texto refundido de 9 de abril de 1976, al establecer que:

"En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, de los Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento."

Esta reacción frente al silencio positivo es por lo demás perfectamente lógica y coherente con

el sistema, pues la legislación sectorial se caracterizará por un fuerte componente autoritario que focalizará su atención en los controles previos, descuidando la sucesiva actividad de los interesados ²⁵⁹. Parece como si el objetivo prioritario de las autorizaciones, como técnica de intervención administrativa, reside más en ejercer la autoridad y limitar la "libertad" existente que en perseguir el interés general.

Es sintomático este componente autoritario *ex ante* en sectores como industria, sistema bancario y crediticio, comercio, agricultura, etc. El predominio de autorizaciones con fuerte componente discrecional llevará a la doctrina a replantearse las mismas bases del concepto clásico de autorización, tal como veremos más adelante. Será posteriormente con los sucesivos procesos liberalizadores que se irá desplazando el eje del control administrativo hacia la actividad del particular realizada *ex post* al otorgamiento del título administrativo ²⁶⁰.

En definitiva, si las grandes leyes de los años 50 crearon un marco jurídico de gran perfección técnica dentro de un Estado autoritario, que centró su atención en potenciar las funciones de los Jueces y Tribunales, este nivel no se mantuvo con la mayoría de la legislación sectorial, incapaz en su mayoría de dotar a la Administración de instrumentos efectivos para agilizar su actuación y con ella la de la sociedad española de la época. Estas disfuncionalidades pasarían, sin embargo, bastante desapercibidas debido al auge económico que los años 60. Será más tarde, ya en plena transición a la democracia, cuando se evidenciaría esta situación como consecuencia de la crisis económica suscitada por la subida de los precios del petróleo.

²⁵⁹ Es mérito de la profesora Elisenda MALARET I GARCIA el destacar como en este período la regla será el control preventivo de la actividad de los particulares, sin ninguna consideración a las finalidades o objetivos de la acción" y "paradójicamente a menudo sin control posterior". *Vid.* de esta autora "Le Droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national..." *op. cit.* p. 109.

²⁶⁰ Un dato significativo es la escasa bibliografía sobre las poderes de investigación e inspección existente respecto a nuestro ordenamiento jurídico.