

# **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**

Tradicionalmente la Teoría General del Derecho viene estudiando el concepto de facultades en torno a la figura del derecho subjetivo <sup>1094</sup>. Así se viene señalando que las facultades "describen los específicos ámbitos de poder que se contienen en un poder unitario que es el derecho subjetivo y constituyen a la vez, los límites del derecho subjetivo, pero no puede disponerse de ellas de forma individual, ya que carecen de autonomía e independencia" <sup>1095</sup>. Por tanto, el dato que las caracteriza frente a otros poderes jurídicos, como los derechos subjetivos y las potestades, es precisamente su falta de independencia de los mismos.

El profesor Federico de CASTRO Y BRAVO, señalaba que las "facultades que cada derecho subjetivo comprende constituyen su propia sustancia y aparecen, por ello, en primer término, al determinarse su mismo concepto" <sup>1096</sup>. Tal planteamiento ha venido a ser recogido por la jurisprudencia constitucional al delimitar el contenido esencial de los derechos subjetivos (STC 11/1981, de 8 de abril):

"[...] constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas *facultades* o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar comprendido a otro, desnaturalizándose."

Estamos, por tanto, ante aquel contenido del derecho subjetivo que permite hacerlo

---

<sup>1094</sup> Cabe destacar que el profesor Federico DE CASTRO Y BRAVO hace depender más las facultades de la relación jurídica que del derecho subjetivo, definiéndolas como la "posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una relación jurídica". Sin embargo, la doctrina más reciente suele situarlas más bien en el derecho subjetivo que en las relaciones jurídicas.

<sup>1095</sup> Vid. PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, M. del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: *Manual de Derecho civil I (Introducción y derecho de la persona)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 418-419.

<sup>1096</sup> Vid. de este autor *Derecho civil de España Parte General* tomo I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 655.

reconocible y que en el caso de los derechos fundamentales goza de una especial protección constitucional al establecerse una reserva de ley (art. 53.1). Las facultades no son, empero, exclusivos de los derechos subjetivos, sino que forman parte a nuestro entender del propio contenido de otras instituciones jurídicas, como es el caso de las potestades públicas. Las facultades se presentan como parcelas del propio poder público que es la potestad. Por tanto, la legislación al establecer la cláusula de exclusión del silencio positivo pretende evitar la transferencia de parcelas del poder público que la Administración ostenta como titular o responsable de un servicio público o de un bien de dominio público. Ahora bien, el tema es si todo tipo de facultades que de una forma u otra ostenta en estos casos la Administración deben ser excluidas del ámbito del silencio positivo. Quizás fuera necesario ceñirlas a aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que la potestad sea reconocible como tal, tomando prestado de la jurisprudencia constitucional su doctrina sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales <sup>1097</sup>. Para proceder a ello, necesitamos examinar el contenido de cada uno de estos conceptos: el servicio público y el dominio público.

## 2.2.- El debatido concepto de servicio público y su operatividad como excepción al silencio positivo

En relación al concepto de servicio público debe advertirse que todavía no existe "un consenso suficiente acerca del significado, alcance y funcionalidad de esta noción" <sup>1098</sup>.

---

<sup>1097</sup> Quizás se llegaría a un resultado no muy distinto a través del concepto de garantía institucional, si bien debe tenerse en cuenta que el mismo está construido en el ámbito de las relaciones entre Ley y Constitución. Por todos y sobre este tema *vid.* el clásico trabajo del profesor Luciano PAREJO ALFONSO: *Garantía institucional y autonomías locales*, Ed. IEAL, Madrid, 1981. Sobre el sentido originario de esta institución en la doctrina alemana y los problemas que se derivan de su traslación mimética al sistema español *vid.* ESTEVE PARDO, José: "Garantía constitucional y/o función constitucional en las bases del régimen local" en *REDC* 31, 1991, pp. 125-127.

<sup>1098</sup> La cita la extraemos del trabajo de la profesora Elisenda MALARET I GARCIA: *Los servicios telefónicos en el marco de la nueva ordenación de las telecomunicaciones. El servicio público entre Estado y mercado en la Comunidad Europea*, concurso para la provisión de una plaza de catedrático de la Universidad de Barcelona, obra inédita. Esta autora señala que ello se produce "a pesar del tiempo transcurrido desde la recepción de las teorías francesas e italianas del servicio público". Asimismo el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña 73/1994, sobre el proyecto de Decreto de adecuación del

Ello sin duda es debido a las peculiaridades que presenta el proceso de recepción del concepto de servicio público en nuestro ordenamiento, que se produce, como es sabido, en épocas en las que hay una "ausencia de libertades y derechos fundamentales" <sup>1099</sup>. Este proceso ha condicionado el concepto de servicio público aún con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 <sup>1100</sup>. Ante esta falta de unanimidad, habrá que acudir a la normativa reguladora de cada sector para decidir desde un análisis casuístico, cuando nos encontramos ante un servicio público y consiguientemente cuando opera la exclusión que en relación al silencio positivo, realizan tanto la normativa estatal como autonómica. Pensemos como ha señalado PEMÁN GAVÍN al examinar el servicio de Correos que no existe un régimen jurídico unitario de los servicios públicos <sup>1101</sup>. En realidad, son las propias características del servicio público las que llevan a un régimen jurídico y detallado de cada uno de los servicios <sup>1102</sup>. Por ello, la exclusión del silencio positivo a través de la cláusula referida al servicio público deberá ser objeto de un análisis casuístico <sup>1103</sup>.

---

Departamento de Enseñanza advierte que: "la propia noción de lo que sea el "servicio público" en la actual ordenación administrativa se encuentra hoy en día sujeta a un fuerte debate que impide extraer consecuencias absolutas".

<sup>1099</sup> Para una evolución conceptual de la noción de servicio público vid. CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *La actividad...* op. cit. pp. 128-138. Un excursus sobre la recepción de la noción de servicio público por la dogmática española vid. en MALARET I GARCIA, Elisenda: *Los servicios telefónicos...* op. cit.

<sup>1100</sup> Un ejemplo de la influencia que el concepto de monopolio ha tendido en la noción de servicio público puede verse en el trabajo del profesor Javier SALAS HERNÁNDEZ: "La provincialización de servicios (iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)" en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Ed.): *La provincia en el sistema constitucional*, Ed. Diputació de Barcelona y Cívitas, Madrid 1991, pág. 202: "Porque, efectivamente, a partir de la entrada en vigor de la Constitución o hay ejercicio de una actividad económica en régimen de libre concurrencia o hay gestión de un servicio público. Si lo primero, el desarrollo de tal actividad por los entes locales siempre será *sin* monopolio. Si lo segundo, siempre será *con* monopolio, porque donde hay servicio público en sentido estricto, donde la titularidad de la actividad es pública, no cabe, por definición, la libre concurrencia con la iniciativa privada, ya que ésta está excluida".

<sup>1101</sup> Vid. de este autor *Régimen jurídico del servicio de correos*, Ed. INAP, Madrid, 1983.

<sup>1102</sup> Vid. CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *La actividad de la Administración...* op. cit. p. 146.

<sup>1103</sup> Quizá por ello alguna normativa viene exigiendo el dictamen preceptivo del Servicio Jurídico del Ministerio cuando el efecto desestimatorio en los casos de certificación haya de basarse en el supuesto del art. 43.2.b) de la LRJPAC en lo relativo al dominio público y al servicio público. Vid. en este sentido el punto duodécimo de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 5 de febrero de 1996, sobre tramitación de

Con todo, podemos señalar algunas notas que nos permitan una aproximación al concepto de servicio público. Aproximación, meramente instrumental, y destinada a contrastar la normativa reguladora de la actividad con el régimen estimatorio o desestimatorio impuesto por los reglamentos de adecuación a la LRJPAC. Así el servicio público trae causa en una razón de interés público, en virtud de la cual la Administración asume la responsabilidad de una actividad de contenido material y no jurídico, garantizando la continuidad de su prestación y el acceso de los usuarios en régimen de igualdad. En unos casos, de acuerdo con el art. 128.2 de la CE el sector público se reserva mediante ley recursos o servicios esenciales, excluyendo la concurrencia de los empresarios privados. En otros casos, en cambio, se establecen limitaciones a la libre concurrencia de los empresarios no al amparo del art. 128.2 de la CE, sino a través de la reserva de ley que el art. 38 de la CE exige para limitar la libertad de empresa. Por tanto, no cabe identificar exclusivamente limitación de la libre concurrencia con los supuestos de monopolio a los que alude el 128.2 de la CE, sino que pueden haber otros casos donde sin existir monopolio se excluya la libre iniciativa privada <sup>1104</sup>. En definitiva, como ha señalado, el profesor Juan Miguel de la CUÉTARA, "la asunción del servicio significa la de la responsabilidad de garantizar la prestación, pero

---

las solicitudes de expedición de certificaciones de actos presuntos.

<sup>1104</sup> El Consejo de Estado en su Dictamen 1.494/1993, de 22 de diciembre de 1993 señala que: "[...] cabe señalar que la expresión "servicio público" utilizada en el citado artículo 43.2 apartado b) no debe ser interpretada como la exigencia de un servicio público monopolizado. Partiendo de esta base, cabe fácilmente llegar a la conclusión de que el servicio de educación es un servicio público (o servicio de interés público si se quiere), sin necesidad de entrar en si se trata de un servicio público monopolizado (en el sentido de que la titularidad - no necesariamente el ejercicio - pertenece en exclusiva a la Administración Pública) o en qué concretos aspectos existe dicho monopolio, toda vez que en cualquier caso, cabría entender incluida dentro de la salvedad prevista en dicho artículo 43.2 apartado b) de la Ley 30/1992 la autorización para apertura y funcionamiento de los Centros Docentes Privados que imparten enseñanzas artísticas." En sentido contrario se había pronunciado Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, de quien debe destacarse su condición de letrado del propio Consejo de Estado. Así según esta posición: "En cualquier caso, como recuerda GONZÁLEZ PÉREZ (*Procedimiento administrativo local*, 2ª ed., 1993, pág. 874), habría que adoptar en este caso la concepción estricta. A mi juicio por tal habría que entender el servicio público monopolizado *de iure*, es decir, que la titularidad del mismo pertenezca a una entidad pública. En otro caso, el concepto podría ser tan amplio que la excepción prevista en el referido apartado b) se convertiría de hecho en la regla general". *Vid.* de este autor *El silencio administrativo en la nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1994, p. 138. A esta última tesis cabe objetar que según nuestra opinión, según desarrollaremos más adelante, la noción de monopolio no es inherente al concepto de servicio público, sino que la nota que lo caracteriza es precisamente la limitación de la competencia.



no la de excluir necesariamente la realización por agentes distintos de la Administración"  
1105

Lo decisivo para calificar una actividad como servicio público no es tanto los límites a la concurrencia, sino esencialmente la responsabilidad que la Administración asume sobre el servicio, de tal forma que se concreta en el derecho de los ciudadanos a recibir la prestación en los términos que resulten de la normativa reguladora del servicio. Este punto de análisis debe poner de relieve que el servicio público está dirigido a satisfacer las necesidades de sus usuarios y por tanto no focalizar exclusivamente el análisis dogmático desde la perspectiva Administración-concesionario. Por otra parte, debe rechazarse la idea generalizada de que sólo es servicio público lo que se presta por concesión <sup>1106</sup>. En este sentido la posible colaboración de los particulares en la realización de la actividad de servicio público puede articularse a través de otros títulos jurídicos como lo es la autorización.

Debe ponerse de relieve que el servicio público adquiere una doble significación desde un punto de vista jurídico. Por una parte constituye una forma de legitimación de la actuación administrativa, según ya hemos apuntado anteriormente en el capítulo primero de este trabajo, y por otra es el fundamento de los derechos de los ciudadanos relacionados con el servicio <sup>1107</sup>. Por tanto, sin negar la importancia que tiene la relación Administración-concesionario debe levantarse la vista por encima de ella, enmarcándola en la realidad más compleja en la que se inserta. De esta forma, el énfasis con que se ha examinado esta problemática, centrada en la figura del concesionario, quizás ha llevado a que se descuidaran, cuando no se olvidasen, los otros aspectos de la realidad examinada, produciéndose una

---

<sup>1105</sup> Vid. de este autor *La actividad de la Administración... op. cit.* p. 150.

<sup>1106</sup> Así el profesor José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS llegará a señalar que: "el hecho de que una actividad deba subordinarse a una previa autorización no es suficiente para calificarla de servicio público, pues para ello precisa una concesión". Vid. de este autor "Aspectos de la Administración económica" en *RAP* 12, 1953, p. 27.

<sup>1107</sup> Sobre esta doble faceta del servicio público *vid.* por todos el trabajo del profesor Jacques CHEVALLIER: *Le service public*, Ed. Presses Universitaires de France, Col. "Que sais je?", París, 1987.

imagen distorsionada de la misma. El título concesional es, por lo demás, una de las formas posibles de gestión del servicio, sin que ello excluya *a radice* otras posibles formas de gestión indirecta del servicio, incluida la autorización. En definitiva, ello dependerá de la normativa reguladora de cada servicio, tal y como hemos apuntado al principio.

La identificación entre concesión y servicio público propició que, hacia los años '50, los autores españoles establecieran como categorías doctrinales: el denominado servicio público virtual o impropio y el servicio privado de interés general. Se venía a recoger, en definitiva, determinadas construcciones italianas y francesas realizadas durante el primer tercio de nuestro siglo. Así fue fundamentalmente la obra del profesor Rafael ENTRENA CUESTA a partir del problema específico de las licencias de auto-taxi, quien advirtió que en este supuesto no estábamos ante un servicio público propio o impropio <sup>1108</sup>, sino ante un servicio privado de interés público que la Administración lo podrá someter a una serie de controles, entre los cuales está la autorización, como expresión del poder de policía <sup>1109</sup>. Si bien la inclusión de la autorización en la actividad de policía llevaría a aplicar el silencio positivo, señaló ENTRENA CUESTA que "dado que el punto de partida para regular el servicio de taxis es el hecho de que se preste sobre el dominio público, en el caso del silencio administrativo deberá entenderse denegada la autorización que se solicita" <sup>1110</sup>. Sin duda la fina intuición del citado autor en la medida en que pudieran transmitirse facultades públicas llevaban a concluir que regía el silencio negativo. Posteriormente, la doctrina ha venido a replantearse, desde un ordenamiento distinto al existente en los años '50, la utilidad de estas categorías centradas principalmente en torno al título de la concesión <sup>1111</sup>. La

---

<sup>1108</sup> De esta forma gran parte del trabajo de ENTRENA CUESTA se dedica al análisis del concepto de servicio público impropio bajo el cual la doctrina italiana había subsumido el servicio de taxis. *Vid.* en este sentido VALLÉS, Arnaldo de: "I servizi pubblici" en ORLANDO, Vittorio Emmanuele: *Primo Trattado*, Milán 1930, p. 617; GIANNINI, Massimo Severo: *Lezioni di Diritto amministrativo I*, Milán, 1950, p. 171.

<sup>1109</sup> *Vid.* de este autor "El servicio de taxis" en *RAP* 27, 1958, pp. 29-61.

<sup>1110</sup> *Vid.* de este autor "El servicio de taxis" ... *op. cit.* p. 54 y nota 34.

<sup>1111</sup> Entre otros *vid.* los trabajos de los profesores Juan Antonio MANZANEDO MATEOS: "Servicio público: aproximación a su línea evolutiva" en AA.VV.: *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, 1972, pp. 224-231; Rafael GOMÉZ FERRER-MORANT: "El régimen general de los centros privados de

diferenciación entre estas categorías es fundamentalmente terminológica, por lo que deberá atenderse, fundamentalmente, al contenido y al régimen jurídico al que se somete en cada caso la actividad que es objeto de prestación.

Desde nuestra percepción y desde el concepto de servicio público que propugnamos entendemos que debe incluirse en esta categoría aquellos ámbitos que como el servicio de taxis <sup>1112</sup> participan de las notas características del servicio público pese a que su gestión indirecta se realiza a través de una autorización y no de una concesión. Así parece pronunciarse la STC 53/1984, de 3 de mayo, que a propósito de un conflicto de competencias sobre fijación de tarifas de taxis en recorridos interurbanos, no viene a entrar tanto en las diversas concepciones de servicio público <sup>1113</sup>, sino lo que realmente le importa es que se trata de "[...] una actividad que por la impronta pública que la califica está sometida a intervención administrativa mediante un acto autorizativo que es el que habilita para la actividad de transporte e inserta en una reglamentación que, con otros contenidos, conlleva también la sujeción a un poder tarifario, comprensivo de fijación de las tarifas y de las condiciones de aplicación." En realidad, de la normativa reguladora del servicio de taxis puede constatarse la imposición de obligaciones a los titulares de las licencias tendentes a asegurar la regularidad y continuidad en la prestación del servicio <sup>1114</sup>, así como el acceso en régimen de igualdad de los diversos usuarios y, en definitiva, el buen funcionamiento del

---

enseñanza" en *RAP* 70, 1973, pp. 7-27; Luis MARTÍN REBOLLO: "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica" en *RAP* 100-102, 1983, pp. 2.471-2.542.

<sup>1112</sup> Así el profesor Enrique ARGULLOL MURGADAS: "Organización administrativa y servicio de auto-taxis" en *RVAP* 3, mayo-agosto 1982, quien en la p. 105 señala que no hay que atender a consideraciones de orden terminológico, sino al "contenido concreto de la regulación que, ciertamente, aproxima el servicio de taxis a un servicio público."

<sup>1113</sup> El TC advierte en este sentido que: "No es el caso detenernos en la consideración de si a estos servicios (públicos, insistimos, en la nomenclatura legal) cuadra desde consideraciones doctrinales la calificación del servicio público o si es más propicio conceptuarlos como servicios de interés público o como servicios públicos impropios [...]."

<sup>1114</sup> Ello no supone que toda quiebra de la prestación regular y continuada del servicio lleve necesariamente a aplicar la normativa en materia de huelga y servicios esenciales, contenida el RD-Ley de 4 de marzo de 1977, pues además de concurrir la circunstancia de tratarse de un servicio público, deben darse "circunstancias de especial gravedad" que justifiquen la adopción de las medidas necesarias por la Autoridad gubernativa.



servicio <sup>1115</sup>.

El hecho que la noción de servicio público no puede identificarse exclusivamente con los ámbitos en los que la prestación del servicio se realiza a través de concesión administrativa, queda perfectamente reflejado en el art. 43.2.b) de la LRJPAC al hablar expresamente en este caso de autorizaciones que habilitarían para el ejercicio de derechos preexistentes. Ahora bien, una vez realizada esta precisión, cabe plantearse si todo tipo de actividad relacionada con el servicio público está excluida del ámbito de aplicación del silencio positivo. Lo que caracteriza esencialmente tal exclusión es impedir la transferencia de facultades o poderes públicos a los particulares <sup>1116</sup>. Es decir, evitar el traspaso a manos privadas de una esfera de poder propia de la Administración pública <sup>1117</sup>. Debe señalarse que la normativa al regular los diferentes servicios públicos no atiende a una nítida separación entre las funciones de ordenación y de gestión o prestación. Así es frecuente en aras a una mayor "eficacia" que al gestor del servicio público se le atribuyan, deleguen o transfieran facultades propias de la

---

<sup>1115</sup> Vid. el RD 763/1979, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento nacional de los servicios urbanos e interurbanos de transportes de automóviles ligeros, modificado parcialmente por el RD 236/1983, de 9 de febrero; por el RD 1080/1989, de 1 de septiembre; y se declara vigente por RD 1.211/1990, de 28 de septiembre. Así entre otras medidas se establece la obligación de prestación del servicio, llevando su incumplimiento a la caducidad de la licencia; así como la Administración se reserva la fijación de los horarios, vacaciones y turnos; se establece un régimen tarifario; y se fija el marco de infracciones y sanciones encaminadas a garantizar el buen funcionamiento del servicio.

<sup>1116</sup> Debe decirse que lo que se transfiere con la autorización o la concesión no es sólo facultades o poderes, sino también la función prestadora del servicio, si bien a nuestros efectos lo realmente relevante para excluir el silencio positivo son únicamente las citadas facultades o poderes. Vid. al respecto el trabajo del profesor José Luis VILLAR PALASÍ: "Concesiones" en *NEJ*, especialmente pp. 699-702. Este autor construye un concepto unitario de concesión administrativa que englobaría tanto la de dominio público como la de servicio público en base a que lo que se transfiere no es solamente potestades administrativas, sino fundamentalmente funciones administrativas. Así señala que: "Ciertamente que la concesión administrativa, a más de la función administrativa, el concesionario queda investido de facultades o poderes administrativos que alcanzan el rango de poderes exorbitantes [...] pero lo esencial en este supuesto no es la investidura del poder, que es en definitiva contingente y compartida con la Administración, que nunca la enajena en su totalidad, sino la transmisión de la función prestadora [...]."

<sup>1117</sup> Este es además el concepto histórico de servicio público según advierten GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel; DÍAZ LEMA, José Manuel: *El Derecho de aguas en España... op. cit.* p. 29: "Pero el concepto de servicio público en el contexto sobre todo del "contrato de obra y servicio público" quiere decir desde la primera resolución de conflictos de competencia, y Sentencia del Consejo Real, en 1846 y 1847: *atribuciones, competencias, funciones de los diferentes ramos de la Administración, es decir, servicio administrativo.*"

ordenación del mismo. De esta forma el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 1955 ya preveía que la Corporación concedente de la autorización podría otorgar al concesionario: la "utilización de la vía de apremio para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios por razón del servicio" (art. 128.4.2º). Señalándose, además, que la concesión "otorgará al concesionario las facultades necesarias para prestar el servicio" (art. 128.2). En virtud de ello era habitual que al gestor del servicio se le atribuyeran facultades para cuidar del buen orden y funcionamiento del mismo, las cuales eran consideradas como pertenecientes a las relaciones de sujeción especial en que entraban los usuarios del servicio.

Por tanto, no debe excluirse cualquier situación referida al servicio público, sino aquellos supuestos en los que sobre el particular puedan recaer, insistimos, tales poderes. Y es más, si entendemos que la transferencia de facultades relativas al servicio público hace referencia a aquellos títulos mediante los cuales se permite el ejercicio de poderes públicos debe excluirse la posible operatividad del silencio positivo en los actos administrativos posteriores donde se faculte al particular o tal transmisión se produjo con el título originario. Imaginemos el caso de un concesionario de aguas que por falta de pagos solicita de la Administración competente que le autorice a cerrar el suministro a los usuarios morosos<sup>1118</sup>. Podría argumentarse que con la concesión se produce una transferencia genérica de tales facultades, mientras que con la posterior autorización la Administración se reserva el control del ejercicio concreto de las mismas. Por tanto, podría concluirse que tal transferencia ya se ha producido y, por tanto, que no habría obstáculo en principio a entenderse concedidas estas autorizaciones mediante la técnica del silencio positivo.

---

<sup>1118</sup> Según la STS de 24 de febrero de 1979 (ref. Ar. 492): "[...] el citado art. 84 del Regl. de 12 de marzo de 1954 [...] es un precepto de contenido complejo, que regula la suspensión del suministro de energía eléctrica (y, por aplicación de las Órdenes de 12 febrero y 22 junio 1939, del suministro de agua), por el concesionario, en determinados casos, previa autorización de la Delegación de Industria correspondiente, por lo que el concesionario debe poner en conocimiento de dicha Delegación las anomalías que observa, en el supuesto de autos, al no pago del importe del servicio por los abonados que relacionaba, habiendo transcurrido los tres días que se preceptúan, para que, previa comprobación del hecho por la Delegación, ésta dictase la resolución pertinente, habiendo transcurrido los tres días sin que el concesionario recibiera orden en contrario al corte del citado suministro, estándose, pues, en un supuesto de silencio positivo legalmente establecido, paralelo al recogido en el art. 95 de la Ley procedimental [...]."

Debe notarse que tradicionalmente el establecimiento de plazos temporales en el servicio público, especialmente la temporalidad de la concesión, responde a que "el concesionario se encuentra en una posición jurídica de ejercicio de funciones públicas, inalienables por definición, que podrían ser objeto de adquisición privativa por parte del sujeto privado a través del empleo de una técnica similar a la usucapión de bienes" <sup>1119</sup>. Si en virtud del tiempo se impide al ya concesionario consolidar tal transferencia, ¿cómo no se va a excluir la adquisición de la condición de concesionario por el mero transcurso del tiempo?

2.2.2.- La consideración de ciertos ámbitos problemáticos como servicio público y la eventual exclusión del silencio positivo: a) autorizaciones de apertura de centros docentes y b) autorizaciones de apertura de farmacias

Como supuestos relevantes donde se advierte la problemática de su consideración como servicio público podemos destacar las autorizaciones de apertura de centros docentes y de farmacias. Ambos casos son meramente ejemplificativos y han sido escogidos esencialmente por dos tipos de razones: primero por cuanto no existe unanimidad sobre su calificación como servicio público y segundo por en alguno de estos casos no se realiza una mera actividad prestacional, sino que se están llevando a cabo el ejercicio de poderes que cabría atribuir a la Administración pública. Por tanto, cabrá examinar si estamos primero ante supuestos de servicio público y segundo si en ambos casos se produce una transferencia de potestades públicas, pues ambos requisitos son necesarios para excluir de entrada el régimen de aplicación del silencio positivo.

a) En cuanto a las autorizaciones para la apertura de centros de enseñanza no universitaria, el Decreto 1855/1974, de 7 de junio, establecía un régimen de silencio positivo. Sistema parecido al existente en Francia donde "la apertura de centros docentes privados se lleva a

---

<sup>1119</sup> Vid. MESTRE DELGADO, Juan Francisco: *La extinción de la concesión... op. cit.* p. 38. Donde se cita una STS de 28 de septiembre de 1987 (ref. Ar. 8.265) según la cual: "Tradicionalmente esta exigencia respondía a la creencia de que por el transcurso del tiempo podrían los particulares adquirir definitivamente la titularidad de funciones públicas."

cabo mediante esta declaración previa, que va acompañada siempre de un sistema de silencio administrativo positivo si la Administración no contesta en un período determinado de tiempo" <sup>1120</sup>. En Alemania, en cambio, "es preciso un acto formal de autorización."

En el Estado español la situación antes descrita se cambió con el Decreto 332/1992, de 3 de abril, donde se establecieron efectos desestimatorios para las solicitudes que no se resolvieran en el plazo legal. El giro producido por la legislación en relación al silencio administrativo ha sido objeto de crítica por algunos autores. En este sentido podemos destacar a DÍAZ LEMA <sup>1121</sup>, quien argumenta su posición desde los siguientes razonamientos: a) la nueva regulación es más desfavorable que el régimen autorizador del Decreto de 1974 donde, como sabemos, se establecía expresamente el silencio positivo; b) el silencio positivo parece lo más congruente con el ejercicio del derecho fundamental a la creación de centros de enseñanza. Por ello concluye que el régimen de silencio negativo ha sido derogado por la LRJPAC.

Como ha señalado el propio DIAZ LEMA la autorización de apertura de centros privados de enseñanza no universitaria permite algo más que el ejercicio de un derecho fundamental. Esta autorización "lleva consigo el ejercicio de facultades académicas, esto es, la realización de pruebas y exámenes con validez académica" <sup>1122</sup>. Ello nos lleva a plantear si nos encontramos ante una transferencia de facultades relativas al servicio público en el sentido previsto por el art. 43.2.b) de la LRJPAC.

---

<sup>1120</sup> Vid. EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, Ed. Tecnos, Col. "Biblioteca de Estudios Jurídicos", Madrid, 1983, p. 331.

<sup>1121</sup> Vid. DÍAZ LEMA, José Manuel: "El régimen de las autorizaciones de los centros privados de enseñanza no universitaria" en *RAP* 133, enero-abril 1994, pp. 441-462.

<sup>1122</sup> Vid. "El régimen de las autorizaciones..." *op. cit.* p. 455. Esta perspectiva fue desarrollada más ampliamente por el mismo autor en *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y en el Derecho comparado*, Ed. Marcial Pons, Col. "Monografías jurídicas", Madrid, 1992, pp. 90-93, especialmente la nota 25. En este sentido el art. 24.1 de la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (BOE 159, de 4 de julio de 1985) establece que: "Los centros privados que tengan autorización para impartir enseñanzas de los niveles obligatorios gozarán de plenas facultades académicas."

En sentido favorable se pronuncia la Exposición de Motivos del Decreto catalán 139/1994, de 3 de mayo, por el cual se regulan y se adecuan de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los procedimientos reglamentarios que afectan al Departamento de Enseñanza (DOGC 1915, de 1 de julio de 1994):

"[...] actualmente resulta incontrovertible la calificación de la enseñanza como un servicio público prioritario, tal como se reconoce expresamente tanto en la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, como en la Ley orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo. En concreto, esta última Ley se refiere, en su exposición de motivos, a la ordenación general del sistema educativo, y determina que la provisión de la educación como servicio público integra la enseñanza pública, la enseñanza privada y la enseñanza privada concertada. Por tanto, *se ha de tener en cuenta que lo que llega a ser servicio público no es tanto la titularidad en la actividad de la enseñanza, sino las condiciones de su ejercicio*<sup>1123</sup>, y que este factor es el determinante a efectos de los requisitos que se imponen a los centros docentes para que puedan impartir enseñanzas con reconocimiento oficial.

De todo lo expuesto se desprende que la calificación de la enseñanza como servicio público justifica que en ningún caso no pueda tener efectos estimatorios el acto presunto dictado en solicitudes que afecten o puedan afectar directamente a este servicio (la cursiva es nuestra)."

---

<sup>1123</sup> Estas palabras parecen tomadas literalmente de VILLAR EZCURRA, José Luis: "El derecho a la educación como servicio público" a *RAP* 88, 1979, p. 183: "Lo peculiar y propio de lo que podría denominarse como bloque de los servicios sociales (donde estarían incluidas, además de la educación, la sanidad y, hasta cierto punto, la seguridad social) radica en los efectos limitados de la *publicatio*. Ello no se traduce en una inexistencia de monopolio a favor de la Administración (ya que, tanto en el bloque de transportes como en el de suministros, las actividades de servicio público no se prestan en todos los casos con ese carácter excluyente) ni es consecuencia de la falta de utilización de la concesión como medio de gestión. Por el contrario la característica fundamental incide sobre el "ámbito propio" de la *publicatio*, de tal forma que **lo que se publica no es tanto la titularidad de la actividad de enseñanza, sino las condiciones de su ejercicio** (la negrita es nuestra)."

Debe señalarse que el Decreto aludido no sigue en este punto la recomendación realizada en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 73/1994, de 14 de abril. Según este alto órgano consultivo si bien es clara la noción de servicio público para los centros privados concertados en otros supuestos es difícil asumirla, muy especialmente si se tiene en cuenta la incidencia de la libertad de creación de centros docentes como derecho fundamental (art. 27.6 de la CE). Según esta posición debe realizarse una interpretación de la normativa reguladora lo más favorable a la efectividad del derecho fundamental y, por tanto, la normativa del silencio debe tener en cuenta el régimen de derechos y libertades constitucionales existente.

Esta opinión ha sido seguida, en cambio, en Andalucía donde la normativa reguladora distingue entre la autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas (efectos estimatorios), de las autorizaciones de centros de enseñanzas obligatorias que deseen acceder al régimen de conciertos educativos (efectos desestimatorios) <sup>1124</sup>. Pensemos que la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, distingue "entre centros privados en sentido estricto y concertados, y sólo aplica la calificación de servicio público a los segundos" <sup>1125</sup>. Así el art. 47.1 de la citada Ley, señala que: "Para el sostenimiento de Centros privados con fondos públicos se establecerá un régimen de conciertos al que podrán acogerse aquellos Centros privados que, en orden a la prestación del servicio público de la educación en los términos previstos en esta ley, impartan la educación básica y reúnan los requisitos previstos en este Título." No obstante, esta pretendida distinción nominal, no justifica a nuestro entender un diverso régimen del silencio administrativo.

Según DÍAZ LEMA "el régimen de los conciertos educativos se puede resumir en una obligación que contrae la Administración para asignar fondos públicos al centro concertado, con la contrapartida por parte de éste de impartir gratuitamente las enseñanzas objeto del

---

<sup>1124</sup> Vid. el Anexo I del Decreto andaluz 140/1993, de 7 de septiembre, por el que se dictan normas relativas a los procedimientos administrativos de aplicación en el ámbito de la Consejería de Educación y Ciencia (BOJA 114, de 21 de octubre de 1993).

<sup>1125</sup> Vid. DÍAZ LEMA, José Manuel: *Los conciertos educativos... op. cit.* p. 91.



concierto. Al mismo tiempo, el centro asume una serie de obligaciones entre las que destacan la participación de la comunidad escolar en el control y gestión del centro, y la admisión de alumnos en condiciones de igualdad" <sup>1126</sup>. Se vendría a través de la subvención a conseguir una equiparación entre centros públicos y centros privados concertados. En este sentido las contrapartidas que obtiene la Administración a través del concierto si bien condicionan ciertos aspectos de la actividad de los centros privados, no afectan al núcleo duro de lo que constituye la educación como servicio público, esto es la expedición de títulos oficiales con validez en todo el territorio del Estado.

La distinción realmente relevante es, a nuestros efectos, entre: "centros que impartan enseñanzas conducentes a la obtención de un título académico (enseñanzas del sistema educativo o regladas) precisan de autorización administrativa, a la que se vinculan automáticamente la concesión de facultades académicas; centros cuyas enseñanzas no sean conducentes a un título académico (enseñanzas no regladas) no precisan autorización administrativa, como se ha expuesto *supra*, ni por supuesto tiene sentido aquella cesión de facultades académicas" <sup>1127</sup>. En estos últimos supuestos es donde aparece factible la técnica del silencio positivo <sup>1128</sup>. En cambio, no parece adecuado que facultades públicas se obtengan por un acto presunto autorizatorio.

b) Puede plantearse, en cambio, otros supuestos en los que sí se produzca la existencia de un servicio público pero no se produzca a través de la gestión por los particulares una transferencia de potestades públicas. Es el caso significativo de las autorizaciones para la

---

<sup>1126</sup> Vid. DÍAZ LEMA, José Manuel: *Los conciertos educativos...* op. cit. p. 43.

<sup>1127</sup> Vid. DÍAZ LEMA, José Manuel: "El régimen de las autorizaciones..." op. cit. p. 456.

<sup>1128</sup> Así, por ejemplo, la autorización para la apertura y el funcionamiento de escuelas de música y danza: art. 8 y supuesto 5 del anexo del Decreto 139/1994, de 3 de mayo, por el cual se regulan y se adecuan de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los procedimientos reglamentarios que afectan al Departamento de Enseñanza (DOGC 1915, de 1 de julio de 1994).

apertura de farmacias <sup>1129</sup>. Debe advertirse una disparidad entre la regulación estatal y la de las diversas CCAA al establecer los efectos estimatorios o desestimatorios de la falta de resolución expresa <sup>1130</sup>. ¿Estamos en este caso ante un servicio público? Debe señalarse que esta cuestión ya se planteó en Cataluña en la elaboración del Decreto 100/1991, de 25 de marzo, que venía a determinar los supuestos de aplicación del silencio administrativo previstos en la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad. En ese momento se dejó aparcada la cuestión, apuntándose incluso la necesidad de una norma específica donde se abordaran los efectos del silencio en éste ámbito <sup>1131</sup>. Tal como hemos visto, Cataluña acabará estableciendo en relación a las farmacias el silencio negativo.

Según nuestro entender cabría entender que estamos ante una actividad de servicio público en cuanto existe un interés público definido (la protección de la salud) que justifica la

---

<sup>1129</sup> Sobre el tema *vid.* el clásico trabajo de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: "Acción administrativa sanitaria..." *op. cit.* pp. 117-162. Más recientemente *vid.* VIÑAS; SUBIAS; CORDÓN: "L'activitat de Sanitat i Seguretat Social en matèria d'autorització d'oficines de farmàcia" en *Revista Salut Catalunya*, vol. 6, núm. I, enero-marzo 1992, p. 20.

<sup>1130</sup> Así en el ámbito estatal se considera desestimatoria la solicitud no resuelta en plazo en relación a las autorizaciones exigidas para la elaboración, distribución, comercialización, dispensación o venta de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano (RD 1778/1994, de 5 de agosto). Por lo que se refiere a las CCAA se decantan por el silencio negativo: Cataluña (Decreto 180/1994, de 13 de julio), Cantabria (Decreto 60/1994, de 27 de diciembre), Región de Murcia (Decreto 72/1994, de 2 de septiembre), Aragón (Decreto 94/1993, de 28 de julio), Madrid (Decreto 74/1993, de 26 de agosto) y Castilla y León (Decreto 183/1994, de 25 de agosto). En cambio otras CCAA optan por el silencio positivo: País Vasco (Decreto 209/1993, de 20 de julio), Galicia (Decreto 171/1993, de 29 de julio) y Principado de Asturias (Decreto 75/1993, de 6 de agosto).

<sup>1131</sup> *Vid.* la Memoria-Informe del Comité Asesor para el estudio de la organización de la Administración de 4 de octubre de 1990: "Con la figura del silencio positivo lo que se busca, en definitiva, es, tal y como se ha expuesto, facilitar el ejercicio de los derechos por el administrado y en este sentido sería conveniente una interpretación en esta línea "pro administrado" de la normativa actualmente existente y reguladora de materias en las cuales la aplicación de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, se plantea como dudosa. Este es el caso de la autorización de apertura de farmacias, supuesto que no aparece en el anexo del decreto como un supuesto de aplicación del silencio positivo por el transcurso del plazo de seis meses, dado que se trata de una cuestión conflictiva derivada de la inclusión o no de esta autorización dentro del artículo 81.1.b) de la referida Ley. Esta situación obliga a un estudio más profundo que puede conducir a la inclusión de este supuesto, incluso mediante una norma específica, dentro de los que están sometidos al silencio administrativo positivo."

asunción por la Administración pública de garantizar la dispensación de medicamentos <sup>1132</sup>. La legislación que regula la prestación de este servicio manifiesta entre sus finalidades la de asegurar lo que la doctrina llama "garantía de la continuidad y regularidad del servicio". Así lo entiende, por ejemplo, el art. 4 del RD-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población, que si bien establece un régimen de "libertad y flexibilidad" horaria, señala a continuación que deberá quedar "garantizada, en cualquier caso, la continuidad de la asistencia mediante turnos de guardia u otros sistemas de permanencia que aseguren un constante servicio a la población".

Pero no sólo se asegura una continuidad y regularidad del servicio, sino un determinado grado de calidad en la asistencia, que viene garantizado por la exigencia de la presencia constante del farmacéutico, el titular de la farmacia, en la actividad de dispensación, sin perjuicio de la posible colaboración de ayudantes o auxiliares (art. 3 del RD-Ley 11/1996, de 17 de junio).

Por tanto, parece claro que nos encontramos ante una misión de interés general que es confiada a personas privadas y sometida a un régimen jurídico especial, responsabilizándose la Administración de su prestación en determinadas condiciones. Ello no obsta a que a través de la misma pueda llevarse a cabo una actividad mercantil resultado del ejercicio de la profesión farmacéutica. Así lo viene señalando la jurisprudencia, de la que puede citarse la STS de 4 de abril de 1987 (ref. Ar. 4.420):

"Que según el artículo 1 de la Orden de 17 de enero de 1980 «La oficina de farmacia abierta al público es el establecimiento donde se ejercen funciones,

---

<sup>1132</sup> Así lo señala la diversa legislación sobre la materia. *Vid.* la Ley vasca 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad autónoma del País Vasco donde se señala que su finalidad es la de "garantizar a todos los ciudadanos una adecuada y homogénea atención farmacéutica"; la Ley catalana 31/1991, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña en donde se habla de establecer los mecanismos que "aseguren un acceso fácil y rápido de la población al medicamento y una información objetiva y científica sobre éste"; y la Ley extremeña 2/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de la Comunidad autónoma de Extremadura, donde se habla de "servicio de interés público" y de "atención farmacéutica integral a la población".

actividades y servicios asistenciales farmacéuticos, así como de salud pública» dicha actividad ha sido calificada por el Tribunal Supremo «de auxilio y socorro de los particulares a los que es preciso satisfacer sus necesidades con la misma asiduidad y acto que preside la prestación de un servicio público - S. de 7 de mayo de 1976 (ref. Ar. 2.545) y las que cita - pero es algo más que un establecimiento sanitario donde se realizan dichas actividades y prestaciones, es una empresa mercantil constituida por un conjunto de elementos materiales - entre los que cabe resaltar el local o base física de la misma -, técnicos para el adecuado ejercicio de dicha profesión, y humanos como son el farmacéutico y la clientela [...]."

En cualquier caso, no es incompatible que actividades que el ordenamiento califica como servicio público se desarrollen normalmente en paralelo al ejercicio de la misma actividad por organizaciones o empresas privadas. Estamos, por consiguiente, ante el ejercicio de la actividad empresarial llevada a cabo por los farmacéuticos que se desarrolla conjuntamente con la puesta en práctica de una misión de interés general a través de la prestación de una necesidad colectiva - el servicio de dispensación de medicamentos - de manera regular y continua, a través de un régimen jurídico especial, que le distingue de la mera actividad de limitación.

Ahora bien, la actividad farmacéutica se centra en la elaboración, distribución, comercialización, dispensación o venta de especialidades, más que en el ejercicio de potestades públicas. La propia Administración se reserva en estos casos la función de garantizar la distribución y calidad de tales medicamentos a través de una serie de potestades de inspección y sanción sobre estos establecimientos farmacéuticos <sup>1133</sup>. Por ello aunque la actividad pueda ser calificada como servicio público no se produce necesariamente una

---

<sup>1133</sup> Si bien en muchos casos tales funciones serán compartidas con los Colegios profesionales, de quienes como es sabido se discute acerca de su inclusión dentro del concepto de Administración y de su naturaleza jurídico-pública. Sobre el tema *vid.* por todos a FANLO LORAS, Antonio: *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales: La Administración corporativa en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas y Universidad de Zaragoza, Madrid, 1992.

transferencia de facultades o potestades administrativas que puedan justificar la inaplicación del silencio positivo.

Cuestión distinta es que en estos casos sea realmente aplicable la técnica del silencio positivo. Así algunos autores basan la inaplicación del silencio positivo en las autorizaciones de farmacia no en el carácter de servicio público, sino en las propias características del procedimiento en que se otorgan tales actos. En efecto, la normativa reguladora de este procedimiento señala que deberá inspirarse en los principios de concurrencia competitiva, transparencia, mérito y capacidad. El silencio positivo supondría que tales principios no podrían aplicarse, por lo que no tendría sentido su aplicación en un procedimiento de carácter selectivo <sup>1134</sup>, tal como ha venido advirtiendo determinada jurisprudencia <sup>1135</sup>. Debe señalarse, sin embargo, que la normativa aplicable con carácter general no excluye de forma general este tipo de procedimientos de carácter selectivo del ámbito de aplicación del silencio positivo. Por tanto, habrá que acudir a la normativa que, en cada caso, establezca los efectos de la ausencia de resolución expresa, y en defecto de ello a la cláusula general establecida por el art. 43.2.c) de la LRJPAC. En cualquier caso, si se opta por el silencio positivo en este tipo de procedimientos estaremos ante una opción legislativa, por discutible que ésta fuere, en la que se hace primar el que el particular pueda ejercer la actividad sometida a autorización con la mayor premura y rapidez posible frente a los principios que informan este tipo de procedimientos.

Para finalizar este apartado debe aludirse a que en muchos casos el ejercicio de funciones que pudiera llevar a cabo el concesionario no se derivarán tanto de la existencia del servicio público, sino singularmente de la categoría de bienes sobre los que éste puede recaer. Nos

---

<sup>1134</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ SALINAS, Esperanza: *La reforma de la ordenación farmacéutica (Decreto-Ley 11/1996 y legislación de las Comunidades Autónomas)*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 56.

<sup>1135</sup> Así la STS de 2 de noviembre de 1993 (ref. Ar. 8772) relativa a la eventual aplicación del silencio positivo a licencia de apertura de farmacias, señaló que: "[...] pero sobre todo el sistema de otorgamiento de las autorizaciones con limitación de éstas y concesión en concurso, según preceptúa el art. 4.º del repetido Real Decreto 909/1978, hace imposible la aplicación al mismo del silencio positivo."

estamos refiriendo, por tanto, a los bienes de dominio público que serán objeto de examen en el siguiente apartado.

### 2.3.- El dominio público como causa de inaplicación del silencio positivo

La legislación ha venido aludiendo tradicionalmente al dominio público como uno de los límites a la posible aplicación del silencio positivo, a raíz especialmente del art. 9 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 1955. La doctrina justificó entonces tal exclusión en que el administrado por simple negligencia de un funcionario se convertiría en administrador "puesto que se le atribuirían funciones que originariamente pertenecían a la Administración" <sup>1136</sup>. No obstante, existían ciertas excepciones que recogía el ordenamiento jurídico <sup>1137</sup>, precisamente en aquellos supuestos donde "la Administración carece de facultades discrecionales en cuanto a las mismas, es decir, cuando el otorgamiento de autorizaciones demaniales y de las concesiones demaniales, habría de efectuarse necesariamente una vez que se soliciten". Estos precedentes llevan a plantearnos si debe excluirse necesariamente del régimen de silencio positivo todo tipo de solicitudes que versen sobre el dominio público. En la actualidad el régimen aplicable puede encontrarse en el art. art. 43.2.b) de la LRJPAC que excluye la transferencia por silencio positivo de facultades relativas al dominio público.

En apartados anteriores de este trabajo hemos aludido a la problemática del transcurso del tiempo en el ejercicio de potestades relativas al dominio público, y veníamos aludiendo a la distinción entre potestades relativas a la protección de estos bienes y a potestades relativas

---

<sup>1136</sup> Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael: "Las licencias en la legislación..." *op. cit.* p. 669.

<sup>1137</sup> Así se cita el art. 120 de la Ley de 19 de julio de 1944, de minas (permisos de investigación) y el art. 27 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre régimen jurídico de las investigaciones y explotaciones de hidrocarburos (concesiones de explotación a que tienen derecho quienes siendo titulares de permisos de investigación, descubren la existencia de hidrocarburos en cantidades comerciales). En la actualidad el anexo del RD 1778/1994, de 5 de agosto, excluye del ámbito del silencio positivo las "Autorizaciones exigidas por la Ley 21/1974, de 27 de junio, y sus normas de desarrollo y aplicación en relación a la investigación y explotación de los hidrocarburos".



a su utilización. Por tanto, una posible perspectiva de diferenciación es atendiendo a los diversos usos del dominio público. Así lo ha entendido el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR para quien "la excepción no abarca a los supuestos de uso común, ya sea general o especial, refiriéndose sólo a las hipótesis de uso privativo" <sup>1138</sup>. Debe señalarse precisamente como éste es uno de los criterios que se ha utilizado para distinguir entre concesión y autorización administrativa <sup>1139</sup>.

El art. 348 del Código civil señala que la propiedad comprende las facultades de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Tales facultades, según se ha señalado, forman parte de la esencialidad de la propiedad constitucional <sup>1140</sup>. En lo que respecta a la propiedad pública, o más precisamente el dominio público, es necesario ver qué tipo de facultades corresponden en exclusiva a su titular y, por tanto, cuáles son insusceptibles de transferirse a los particulares a través de la técnica del silencio positivo.

La jurisprudencia constitucional ha aludido al tema de las facultades dominicales respecto determinados tipos de bienes públicos (STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de costas):

"[...] esas facultades dominicales sólo pueden ser legítimamente utilizadas en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público, esto es, para asegurar la protección de la integridad del demanio, la

---

<sup>1138</sup> Vid. de este autor "La actividad de la Administración"... *op. cit.* pp. 172-173.

<sup>1139</sup> Para la profesora Mercedes LAFUENTE BENACHES: "La legislación administrativa emplea, en bastantes ocasiones, incorrectamente los términos "autorización" y "concesión" administrativas, al exigir una y otra, respectivamente, no en base al criterio utilizado habitualmente para distinguirlas: el reconocimiento de un derecho preexistente o la creación de un nuevo derecho, sino en atención a un criterio mucho más relativo como es la permanencia más o menos larga de la utilización de los bienes de dominio público". Vid. de esta autora *La concesión...* *op. cit.* p. 30 nota 3. La crítica realizada parte, empero, del concepto clásico de autorización administrativa que ha sido objeto de un constante replanteamiento por nuestra doctrina desde los años cincuenta.

<sup>1140</sup> Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Ed. Junta de Andalucía y Civitas, Madrid, 1988.

preservación de sus características naturales y la libre utilización pública y gratuita [...]."

Estas consideraciones que realiza el Alto Tribunal son de inestimable utilidad en la consideración de cuales son las facultades que hacen reconocible el dominio público como institución, atendiendo fundamentalmente el aspecto finalista el cual va orientado. En primer lugar cabe advertir que son intransferibles a través de la técnica del silencio positivo aquel tipo de facultades que impiden una "libre utilización pública y gratuita" de los bienes. En estos casos se encuentran las facultades cuyo ejercicio afecte al número de usuarios. Ello puede ser fundamentalmente en dos supuestos: bien porque existe un número limitado de los mismos (determinados casos de uso común especial); bien porque el uso limite o excluya la utilización de los demás interesados (uso privativo). En segundo lugar son aquel tipo de facultades que afectan "la protección de la integridad del demanio". Se trata de aquellas facultades que afectan al uso o afectación del bien (uso anormal). A tales supuestos, finalmente, deberían añadirse también aquellas facultades que se otorguen en atención a las características personales del usuario (determinados casos de uso común o especial).

La exclusión del silencio positivo del dominio público cobra toda su razón de ser en los posibles usos privativos y usos anormales que del mismo pudieran atribuirse a determinados administrados. Se produce en este caso un conflicto de intereses incompatibles y excluyentes entre sí: la realización de un uso común frente a un posible uso privativo o bien la realización de un fin distinto al que está destinado el dominio público. En estos casos, parece un criterio de prudencia asegurar a través del silencio negativo la prevalencia de un interés general frente al privativo del solicitante <sup>1141</sup>. Ahora bien, a nuestro entender y como ya

---

<sup>1141</sup> Con todo la jurisprudencia parece no haber tenido siempre este criterio haciendo prevalecer el interés particular en determinados supuestos. Así puede resaltarse la STS de 30 de septiembre de 1991 (ref. Ar. 2.523). En este caso el Ayuntamiento de Logroño alegaba que el particular no había podido obtener por silencio positivo la licencia para instalar en la vía pública una máquina fotográfica automática. Ello se razonaba en tanto "la máquina en cuestión ocupa un espacio, aunque reducido, en la vía pública". El TS, por su parte, concluye que "Tratándose de una instalación menor, de suerte que la máquina fotográfica de las características expresadas ha de ubicarse en unos Almacenes, ocupando una extensión de 1,20 m2 a la entrada de los mismos, y no puede ser aceptada la alegación del Ayuntamiento de Logroño, puesto que la licencia solicitada no lo es para actividad

ha podido deducir el lector no se agotan en estos casos la imposibilidad de transferencia de facultades a través del silencio positivo, como parecía apuntar el profesor SANTAMARÍA PASTOR. Tal situación comportaría entender que la transferencia de facultades tan sólo puede producirse a través de un título concesional y no a través de un autorización. En este sentido, debe excluirse a nuestro entender determinados usos comunes especiales, que por sus especiales características parecen difícilmente compatibles con la técnica del silencio positivo.

La aplicación del silencio positivo en el ámbito de ciertos usos comunes puede constatarse con el ejemplo significativo de las licencias y permisos de pesca fluvial, según se prevé en la legislación de algunas CCAA <sup>1142</sup>. Aunque tales bienes no pueden considerarse en sí mismo de dominio público, sino *res nullius*, para su obtención debe procederse a realizar un uso del demanio, que puede ser limitado a ciertas épocas o temporadas con la finalidad de asegurar su regeneración. Con todo, cabrá exigir al legislador un criterio de prudencia en tales casos, puesto que en determinados casos la desaparición de ciertas especies supone una clara degradación del bien público y compromete gravemente su función social.

Creemos con todo que podrían distinguirse aún otros supuestos. Son aquellos casos en los que el particular en ocasiones precedentes ha obtenido el uso privativo de acuerdo al haber cumplido determinados requisitos y que en períodos sucesivos vuelve a solicitar el mismo uso, sin que hayan variado las circunstancias que movieron a la Administración a conceder

---

en la vía pública o relativa a bienes de dominio público." En cambio la STS de 5 de julio de 1985 (ref. Ar. 4.155) señala que: "[...] no nos encontramos con la concesión de una licencia por silencio positivo, sino con otro supuesto bien distinto, provocado por la necesidad de que la sociedad actora sea titular de una concesión para ocupar un espacio de dominio público e instalar en él la máquina automática de referencia; pues - de lo actuado - resulta probado que el lugar de ubicación de la máquina es la vía pública, en zona lindante con el establecimiento "S." sito en la Plaza de Roma de esta Ciudad, como así lo pone de manifiesto, con reiteración, la Inspección Sanitaria y la Policía municipal (folios 6, 8 y 22 del expediente) y lo ratifican las fotografías aportadas en el recurso, en donde se observa visualmente que la instalación se halla en la acera de la Plaza de Roma, debajo de la marquesina del establecimiento comercial "S., SA."."

<sup>1142</sup> En este sentido estimatorio podemos citar los reglamentos de adecuación de Cataluña (Decreto 187/1994, de 26 de julio), Andalucía (Decreto 143/1993, de 7 de septiembre) y Murcia (Decreto 72/1994, de 2 de septiembre). En cambio, el silencio es negativo en Galicia, La Rioja (Decreto 40/1994, de 14 de julio) y Castilla y León (Decreto 183/1994, de 25 de agosto).

la autorización correspondiente. En estos casos, máxime si la decisión administrativa está fuertemente reglada, parece que debería mostrarse un criterio favorable a la operatividad del silencio positivo, sobre todo en aquel tipo de usos que no impliquen modificaciones o alteraciones significativas del dominio público. Así los meros estacionamientos o "licencias de ocupación temporal que origina una situación de posesión precaria esencialmente revocable por razones de interés público y con derecho a indemnización, si procede."

Cuando existe una previa concesión o autorización administrativa de dominio público y se solicita una autorización para el ejercicio de una determinada actividad parece que no hay ningún inconveniente para considerar el silencio como positivo puesto que la transferencia de facultades relativas al dominio público ya se han producido previamente <sup>1143</sup>. En cambio, la jurisprudencia se ha mostrado reacia al silencio positivo para el ejercicio de determinados tipos de actividad sobre el dominio público, si ello no viene posibilitado por una previa autorización sobre el dominio, como es por ejemplo el caso de una licencia para garaje, sin haber obtenido previamente la autorización de vado correspondiente <sup>1144</sup>. Tales supuestos son admisibles cuando claramente hay una clara instrumentalidad o dependencia entre la autorización o concesión demanial y la autorización de limitación o policía para el ejercicio de la actividad. En caso contrario no debe regir la excepción de la cláusula del dominio público para determinar el régimen del silencio administrativo, sino atender a los criterios generales que rigen para cualquier tipo de autorización. Cabe decir, en este punto que, a nuestro entender, ha quedado derogado parcialmente el art. 9.1.7.b) del RSCL de

---

<sup>1143</sup> Según el anexo del Decreto 72/1994, de 2 de septiembre, de adecuación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de los procedimientos de la Administración de la Región de Murcia: "En el procedimiento de autorización para instalación de establecimientos de acuicultura, afectados por una previa autorización o concesión de dominio público, el sentido de la falta de resolución expresa dentro de plazo será positivo cuando se hubiere otorgado dicha autorización o concesión por ocupación por la Administración competente. Por el contrario, será negativo si tal autorización o concesión hubiera sido denegada de forma expresa o presunta por aplicación del artículo 43.2.b) de la Ley 30/92 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre."

<sup>1144</sup> *Vid.* por ejemplo la STS de 11 de mayo de 1992 (ref. Ar. 4.306) relativa a una licencia de actividad de garaje: "estaría dando lugar a la gravemente irregular situación de no sólo contravenir el planeamiento que le vincula sino propiciar extrañas utilidades del dominio público municipal contrarias a su destino y ni siquiera posibilitadas de un régimen complementario y especial de autorización, a través por ejemplo, de una licencia de vado que de acuerdo con la Ordenanza aplicable de 8-11-1962 toma como referencia exclusiva las aceras y bordillos correspondientes a locales sitios frente a ellos."

1955, cuando establecía como excepción al silencio positivo aquellas licencias que se refieran "a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales". Cabe decir que a partir del art. 43.2.b) de la LRJPAC sólo quedarán comprendidas en el ámbito del silencio negativo las autorizaciones sobre actividades que transfieran facultades relativas al dominio público. Por tanto, en aquellos casos en que la licencia de actividad no produzca ninguna transferencia de este género de facultades cabrá aplicarse, salvo que concurran otros motivos distintos, el régimen del silencio positivo. La jurisprudencia, por su parte, ya con anterioridad a la LRJPAC había matizado considerablemente la excepción prevista en el art. 9.1.7.b) del RSCL, entendiendo que el concepto de actividades no comprendía el de obras y, por tanto, no quedaba excluido el régimen del silencio positivo en el ámbito de las licencias urbanísticas sobre el dominio público <sup>1145</sup>.

La clara instrumentalidad de ciertos tipos de licencias de obras y actividades en relación al dominio público ha llevado a que la jurisprudencia entre a conocer la titularidad del bien, exceptuando el régimen general al que están sometidas las autorizaciones <sup>1146</sup>. Así el TS viene señalando que así como al propietario no le es suficiente la facultad de construir inherente a su derecho de propiedad y para ejercitarla necesita la licencia municipal de obras,

---

<sup>1145</sup> Según la STS de 6 de mayo de 1987 (ref. Ar. 5.233): "Ciertamente como señala el apelante, el apartado b) de dicho artículo (9.1.7 del RSCL) ha previsto un sistema de silencio negativo cuando se trate de licencias referidas a "actividades [...] en bienes de dominio público". Pero no es esta la regla aplicable a las licencias de obras. En primer lugar, en el terreno de una interpretación sistemática, está claro que el contexto próximo de este precepto - apartado 5º del mismo artículo 9º1 y también la contraposición de los apartados a) y b) del nº 7 de dicho artículo ha distinguido los supuestos de "obras y actividades". Y en segundo lugar, y esto es más importante, así deriva de la razón de ser del silencio negativo del citado apartado b). Este, en lo que ahora importa, prevé unos supuestos en los que el administrado no puede invocar un previo derecho a desarrollar una actividad determinada en el dominio público y por tanto, dados los peligros del silencio positivo, para la protección del dominio es necesario un silencio negativo. No aparece esta razón de ser en la licencia urbanística referida a bienes de dominio público pues para otorgarla es preciso - ya se ha advertido - como requisito imprescindible el previo acreditamiento del título que justificará la utilización pretendida del dominio. Una vez acreditado dicho título, queda la licencia urbanística sometida al régimen general de las licencias en materia de urbanismo lo que implica la aplicación de un sistema de silencio administrativo."

<sup>1146</sup> En la STS de 16 de diciembre de 1993 (ref. Ar. 9.646) sobre una licencia municipal de obras de perforación para alumbramiento de aguas, se declara que "la licencia se había producido por silencio positivo. Y no es obstáculo a esta conclusión el que las obras afectaran a aguas subterráneas, que son efectivamente de dominio público, pero de dominio público estatal, y la extracción ya había sido visada por la Administración entonces competente."

también el particular que utiliza el demanio, ya sea con autorización o concesión, necesita tal licencia <sup>1147</sup>. En este ámbito si bien la jurisdicción contencioso-administrativa no entra como regla general en la cuestión de la titularidad de la finca sobre la que se quiere edificar <sup>1148</sup> pues la regla general de que la licencia se otorga "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, se excepciona los casos de dominio público donde los tribunales de este orden jurisdiccional entran a conocer debiendo verificar el Tribunal si existe la correspondiente concesión o si ésta continúa aún vigente <sup>1149</sup>. Aunque no siempre la jurisprudencia se ha mostrado favorable al silencio positivo en supuestos parecidos <sup>1150</sup>. En cualquier caso creemos que corresponderá a la Administración la carga de probar que la licencia trasfiere facultades relativas al dominio público, constando "de manera inequívoca la posesión administrativa de los bienes afectados" <sup>1151</sup>, debiéndose considerar en caso de

---

<sup>1147</sup> Vid. SSTs de 22 de marzo de 1980 (ref. Ar. 2.715) y 15 de octubre de 1984 (ref. Ar. 4.996).

<sup>1148</sup> El art. 2.a) de la LJCA excluye de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria. En el mismo sentido el art. 3.a) del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996.

<sup>1149</sup> En la STS de 25 de febrero de 1992 (ref. Ar. 2.977) se señala: "En esta línea, importa recordar que si bien las cuestiones de propiedad no son contempladas por el control previo lo que implica la licencia urbanística [SS. 17-7-1987, 2 mayo y 31 julio 1989, etc.] dicha regla encuentra excepción en los supuestos de dominio público -art. 178.1, inciso segundo de la Ley del Suelo- en los que la falta de autorización o concesión demanial es un impedimento para obtener la licencia [S. 20-7-1990] y así el art. 2.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística dispone que la falta de autorización o concesión o su denegación impedirá al particular obtener la licencia y al órgano competente otorgarla. En el supuesto litigioso la obra de referencia se pretendía levantar en zona de dominio público cuando ya no estaba vigente la pertinente concesión por lo que, con independencia de lo que después se acordase en relación con dicha autorización -nueva concesión, prórroga de la anterior, etc.-, no resultaba posible en aquel momento la entrada en juego de la técnica del silencio positivo, razón por lo cual no pudo ser adquirida la licencia por dicha vía de inactividad administrativa, ni podía formularse objeción alguna al posterior acuerdo denegatorio de la licencia por dicha causa, siendo significativa en tal sentido la propia actuación de la entidad interesada al dejar de impugnar dicha decisión pese a ser notoriamente perjudicial para sus intereses."

<sup>1150</sup> Así la STS de 14 de junio de 1988 (ref. Ar. 4.378) donde se advierte que: "El hecho de que el bien del Ayuntamiento esté concedido al peticionario por un plazo de 50 años, no le priva de su naturaleza de bien municipal, dedicado a un servicio público y sometido, además a las condiciones de la concesión, cuyo contrato fue aportado por el Ayuntamiento con la contestación, en el que sus cláusulas séptima y décima se establece la necesidad de previa autorización de obras en las casetas." El TS además de desestimar las argumentaciones de los recurrentes, entre las que estaba la obtención de la autorización por silencio, les impone las costas al considerar que se evidencia una patente temeridad de los apelantes.

<sup>1151</sup> Vid. STS de 24 de febrero de 1981 (ref. Ar. 1.150).



que no pueda acreditarse fehacientemente tal extremo la plena operatividad del silencio positivo <sup>1152</sup>. En cualquier caso debe valorarse la actitud procesal de ambas partes en cuanto a la prueba de la titularidad pública, así como la existencia no sólo de pruebas testificales, sino también de documentos públicos que acrediten los hechos <sup>1153</sup>. Debe señalarse que si bien es razonable que los tribunales entren a determinar la titularidad del bien en el caso de las licencias sobre el dominio público, para constatar si se produce o no una transferencia de facultades, nos parece más discutible, en cambio que sea el particular quien haya de acreditar que no es dominio público. Tal discutible solución puede desprenderse de una interpretación *a contrario* del art. 73.1 del 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) dispone que: "Las autorizaciones o licencias se entenderán otorgadas, salvado el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, y no será necesario acreditar la titularidad ante la Administración para solicitarlas, excepto que el otorgamiento

---

<sup>1152</sup> Así la STS de 17 de diciembre de 1985 (ref. Ar. 663/1986) advierte en relación a una licencia de vallado de finca con la cual según la Administración se invadía la Plaza del Ayuntamiento: "[...] para que actuara el silencio negativo debería haber probado cumplidamente el Ayuntamiento, o patentizarse de lo actuado, que las obras afectaban a bienes de dominio [...]." No considerándose suficiente en tal sentido "las características de la prueba testifical practicada, poco idónea para probar dicho extremo". Así como señala que "de la escritura pública y prueba pericial realizada, en modo alguno puede patentizarse que las obras cuestionadas afecten al dominio público, antes al contrario, aunque el Sr. Perito no puede inferir "de forma inequívoca" la correspondencia ante el terreno debatido y la descripción de las fincas que aparece en la escritura aportada por el recurrente, afirma, que no obstante ello, una de las fincas del actor "comprende una extensión dentro de la cual se desprende que se encuentran los bienes en litigio", de lo que ha de concluirse, que, en principio, las obras de vallado cuestionadas se proyectaron y realizaron sobre terrenos del Sr. R., sin invadir la plaza pública del pueblo." Exige también una actividad administrativa probatoria la STS de 18 de mayo de 1987 (ref. Ar. 5.531): "[...] puesto que no consta que la licencia instada se refiera a actividades en la vía pública o afecte a bienes de dominio público o patrimoniales, pues nada se expresa por la Administración en este punto [...]."

<sup>1153</sup> De acuerdo con la STS de 8 de mayo de 1991 (ref. Ar. 4.265) se considera que el Ayuntamiento ha probado suficientemente su titularidad en base a que: "La parte recurrente no ha practicado prueba alguna que desmienta tal aserto, en tanto que el Ayuntamiento ha aportado un Plano del Centro Catastral y Cooperación Territorial de la Delegación de Hacienda de Toledo en la que aparece que la finca del recurrente numerada con el 491 está afectada por un camino, que, según la prueba testifical obrante en el expediente administrativo incoado por el Ayuntamiento para recuperación del mismo al amparo del Reglamento de Bienes de 1955, ha sido usado públicamente por los vecinos desde tiempo inmemorial y es conocido por Pozo de las Nieves. Con tal actitud también cumple el Ayuntamiento y ejerce su competencia en materia de conservación de caminos y vías rurales que le encomienda el artículo 25.2.d) de la LBRL de 1985. La consecuencia que se obtiene es la improcedencia de acceder a la pretensión del recurrente de acceder a la licencia de obras por la vía del silencio administrativo." Por su parte la STS de 20 de julio de 1990 (ref. Ar. 6.581) se refiere al reconocimiento por el actor de una posesión pública y un destino futuro también público para el terreno litigioso.

pueda afectar la protección y la garantía de los bienes de titularidad pública." Con este precepto parece desplazarse la carga de la prueba al particular de probar que no se afecta al dominio público (*probatio diabolica* o prueba de hechos negativos) cuando parece que tal situación procesal habría de corresponder a la Administración pública.

Supuesto diferente, en cambio, son los casos donde existe una concesión de servicio público que requiere por las características del bien sobre el cual recae, también una concesión de dominio público. Imaginemos el supuesto de la prestación del servicio de abastecimiento de aguas en un municipio. En este caso al corresponder a Administraciones distintas el otorgamiento de las respectivas concesiones parece que debiera exigirse una resolución expresa. Es más en el caso de que la Administración responsable del servicio quisiera asumir directamente su gestión, se situaría en una situación parecida a la del particular en la cual parece que debería entenderse el silencio como denegatorio.

Por lo que respecta a los bienes de titularidad privada pero que por su proximidad o vinculación al dominio público están afectados por una serie de limitaciones y servidumbres administrativas, consideramos posible entender la vigencia del silencio positivo según parece entender la jurisprudencia <sup>1154</sup> y la legislación <sup>1155</sup>. De hecho la propiedad privada se ve sometida ya en estos casos a una fuerte intervención administrativa para que además la

---

<sup>1154</sup> Vid. la STS de 20 de mayo de 1988 (ref. Ar. 3.906) relativa a la licencia para instalar una cartelera de publicidad en finca privada. El TS opta por entender que ha concurrido el silencio positivo al "no constituir tal actividad una a desarrollar en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales, aunque la cartelera, lógicamente, se vea y deba verse desde una de tales vías para cumplir su cometido." También puede citarse en este sentido la STS de 17 de febrero de 1988 (ref. Ar. 1.177) y la STS de 6 de marzo de 1985 (ref. Ar. 1.494). En cambio, en sentido contrario encontramos la STS de 18 de mayo de 1987 (ref. Ar. 5.530): "[...] el acto impugnado revela un punto sustancial cual es el que el Ayuntamiento de Zaragoza ha entendido - en nuestra opinión con acierto - que lo solicitado por "PPE,SA" era una licencia para la instalación de un cartel publicitario que incidía sobre la vía pública, por lo que el silencio procedente en tal caso era de alcance negativo, según deriva del artículo 7.b) del RSCL; consecuentemente con ello se requiere a la sociedad actora a la retirada del panel publicitario." En este último caso si bien no se deduce con claridad de los considerandos de la STS la ubicación exacta del cartel se señala que estaba en la Avda. de Cataluña núm. 157.

<sup>1155</sup> Con todo los reglamentos de adecuación a la LRJPAC no mantienen siempre el mismo criterio. Si vemos el supuesto de la autorización de uso y obras en zonas de policía, servidumbre o afección de carreteras, es estimatorio en Andalucía (Decreto 136/1993, de 7 de septiembre), mientras que rige el silencio negativo en Asturias (Decreto 65/1994, de 4 de agosto), Galicia (Decreto 266/1994, de 29 de julio)

inactividad de la Administración deba considerarse negativa, retrasando el ejercicio de las correspondientes facultades hasta la obtención de una sentencia judicial. En este sentido la vigencia del silencio positivo vendría a suavizar, a atenuar, la exigencia de la correspondiente autorización previa impuesta por la proximidad al dominio público <sup>1156</sup>.

2.4.- La eventual exclusión del silencio positivo en el ejercicio de determinadas potestades administrativas relativas al dominio público y al servicio público

2.4.1.- Potestades en el ámbito de las relaciones interadministrativas e interorgánicas

La exclusión tanto de facultades relativas al servicio público como al dominio público cobra todo su sentido en las relaciones entre ciudadano y Administración pública, pero debe cuestionarse su aplicación al ámbito de las relaciones interadministrativas o interorgánicas, pues no estaremos ante las típicas "solicitudes formuladas por los interesados" <sup>1157</sup>. Esta exclusión del silencio positivo opera como una cautela dirigida a evitar que el ciudadano se convierta en administrador y, por tanto, se le transmitan facultades propias de las

---

<sup>1156</sup> Sobre esta problemática se ha pronunciado con cierta ambigüedad el Dictamen del *Consell Consultiu de les Illes Balears* 15/1994, de 22 de abril, por el que se modifican o complementan determinados procedimientos administrativos, fijando los plazos máximos de resolución y los efectos de los actos presuntos. En este Dictamen si bien se señala que en principio podría aplicarse a estos casos el silencio positivo, señala posteriormente que también cabría la interpretación contraria del art. 43.2.b) de la LRJPAC. Tales son las palabras del Alto órgano consultivo: "En cuanto al procedimiento contenido en el apartado 34, deben deslindarse dos supuestos distintos según se incluyan en áreas de servicio de autopistas y autovías [art. 37c) de la Ley 5/1990, de carreteras de la CAIB], en cuyo caso suponen transferencia de facultades sobre el dominio público, según resulta del art. 28.1º de la Ley 5/1990, que otorga carácter desestimatorio al acto presunto [art. 43.2b) *in fine* de la Ley 30/1992, o se trate de zona de protección de las demás carreteras, en cuyo caso la falta de resolución en plazo podrá tener carácter estimatorio, según el art. 43.2.a), ya que, según se desprende del art. 31 de la Ley 5/1990, no comporta transferencia de competencia sobre el dominio público, si bien la amplitud de la fórmula utilizada por el citado art. 43.2.b) *in fine*, al referirse a «... facultades relativas al dominio público...», permitiría entender que éste queda afectado dada la necesidad de contacto y, sobre todo, conexión con la carretera, lo que conduciría a otorgar carácter desestimatorio a la falta de resolución en plazo."

<sup>1157</sup> En cambio, no parece presentarse ningún problema para el Dictamen del Consejo de Estado 943/1994, de 9 de junio, relativo a una consulta potestativa sobre la naturaleza jurídica de la autorización del Gobierno central sobre consultas populares municipales. Para el Alto órgano consultivo el acuerdo del Alcalde y del Pleno de la Corporación municipal que precede a la autorización "encaja pacíficamente en las "solicitudes formuladas por los interesados" a que alude el artículo 43, número 2 de la Ley 30/1992."

Administraciones públicas <sup>1158</sup>. Piénsese en que las relaciones interadministrativas tienen un título específico dentro de la LRJPAC (el I), mientras que el título IV que es donde se ubican los arts. 42, 43 y 44, se encabeza con el expresivo artículo titulado "derechos de los ciudadanos". Además la propia Exposición de motivos al hablar del título IV nos advierte que la "Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano" y no habla en ningún momento de las relaciones interadministrativas. En este tema como advierte el art. 9 de la LRJPAC las relaciones entre la Administración General del Estado o la Administración de las Comunidades Autónomas con las Entidades que integran la Administración Local se regirán por la legislación básica en materia de Régimen Local, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en el presente Título. Por tanto, la LRJPAC en materia de relaciones interadministrativas en relación a las entidades locales tendrá carácter supletorio y, por tanto, no cabrá aplicar de forma directa la prohibición establecida en el art. 43.2.b).

Los conceptos de dominio público y servicio público como supuestos de exclusión del silencio positivo plantea la necesidad de distinguir y delimitar ciertas actividades de control ejercitadas por unas Administraciones respecto a otras. Un ejemplo significativo puede encontrarse en el art. 107.1 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), relativo a la aprobación de tarifas de servicios que corresponde a la Comunidad autónoma <sup>1159</sup>. Si entendemos que tal aprobación está afectando a un servicio público local quizás podría cuestionarse la vigencia de tal normativa en contraste con el art. 43.2.b) de la

---

<sup>1158</sup> Así lo ha entendido el Decreto catalán 212/1994, de 26 de julio, por el cual se regula el procedimiento de autorización previa a la desafectación de edificios públicos escolares de titularidad municipal (DOGC 1939, de 29 de agosto de 1994). En este caso se contempla como silencio positivo la solicitud de los ayuntamientos para desafectar edificios destinados a la prestación del servicio público escolar.

<sup>1159</sup> Según el citado precepto: "La determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, deban ser autorizados por las Comunidades Autónomas u otra Administración competente deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas."

LRJPAC <sup>1160</sup>. Ahora bien, en este caso debe partirse de la distinción entre potestad tarifaria y política de precios que ha sido estudiada por el profesor Joaquín TORNOS MAS <sup>1161</sup>. Así, según señala el citado autor potestad tarifaria y política de precios "pueden coincidir, yuxtaponerse, pero responden a fines diversos y pueden estar atribuidas a Administraciones diversas". En este sentido la STS de 25 de noviembre de 1978, señala que:

"[...] la resolución impugnada y el referido acuerdo municipal corresponden a esferas jurídicas distintas, pues la primera ha sido dictada en función de la coyuntural política de precios, *con independencia de que las tarifas afecten a un servicio público*, en tanto que el segundo concierne al ejercicio de la potestad tarifaria que compete a la entidad concedente en relación con los servicios públicos gestionados en régimen de concesión administrativa."

---

<sup>1160</sup> Con anterioridad al TRRL de 1986 se planteó la vigencia del supuesto de silencio positivo que en relación a la aprobación de tarifas establecía el art. 18 de la Ley 48/1966, de 23 de julio. Esta cuestión se resuelve en la STS de 23 de septiembre de 1987 (ref. Ar. 8.286), donde cita diversas disposiciones entre ellas la Orden de 30 de septiembre de 1977. Pero, además, señala: "no puede admitirse que una garantía establecida, en favor del particular, como es el silencio positivo previsto en la citada Ley 48/1966 entienda derogada de manera implícita por el hecho de no mencionarse en disposiciones posteriores. Porque ello supone una interpretación *contra cives* la cual está vedada al operador jurídico en un Estado de Derecho. Y ello no sólo porque el Tribunal Constitucional haya dicho ya que este tipo de interpretación hay que entenderla prohibida en nuestro sistema, sino porque no puede ser de otra manera dado que, en un sistema democrático, el derecho público es un derecho del poder público para la libertad, lo cual supone que es este valor constitucional, proclamado como tal en la emboadura misma de la Constitución, el que debe presidir la interpretación de la legislación administrativa, por lo que, de un lado, no cabe presumir otras sujeciones o condicionamientos a la actuación de los particulares que los expresamente contenidos en el ordenamiento. Y de otra, no puede admitirse derogaciones implícitas de garantías previstas por éste en favor de los particulares." Esta jurisprudencia contrasta con la interpretación restrictiva en relación a la vigencia de determinados supuestos de silencio positivo (por ejemplo la autorización para enajenar bienes inmuebles no amortizados de fundaciones benéficas particulares o de carácter mixto) que mantuvo el mismo Alto Tribunal en la STS de 13 de diciembre de 1966 argumentando "la índole excepcional del silencio administrativo positivo, cuando excede de los marcos habituales del otorgamiento de licencias o de las fiscalizaciones propiamente jerárquicas, entrando en la muy delicada de la tutela que el Protectorado de Beneficencia ejerce sobre la enajenación del patrimonio inmobiliario de éstas." En cambio la STS de 24 de febrero de 1979 (ref. Ar. 492) considera vigente el art. 84 del Reglamento de 12 de marzo de 1954 (autorización al concesionario para el corte de suministro de aguas por falta de pago).

<sup>1161</sup> Vid. de este autor *Intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Ed. Studia Albornotiana, Zaragoza, 1982. Recientemente vid. "Potestad tarifaria y política de precios" en *RAP* 135, septiembre-diciembre 1994, en especial pp. 89-91.

Por tanto, y siguiendo nuevamente al profesor Joaquín TORNOS MAS, si bien la política de precios puede condicionar el ejercicio de la potestad tarifaria para contener la inflación, no pueden confundirse. En este sentido entendemos que debe ratificarse plenamente la vigencia del art. 107.1 del TRRL.

Cuestión distinta serán aquellos casos donde el control realizado por la Administración tutelante no sólo incida o condicione el propio servicio público sino que se refiera plenamente al mismo. Tal es el supuesto, por ejemplo, de la aprobación del ejercicio en monopolio, por las entidades locales, de actividades o servicios reservados <sup>1162</sup> o bien la creación de cuerpos de policía. Debe tenerse en cuenta, que si bien los servicios públicos en sus orígenes fue una competencia de marcado carácter local, la legislación de la segunda mitad de nuestro siglo corresponde "a un proceso de creciente centralización" pues cada vez se va advirtiendo su mayor complejidad que desbordará la capacidad de los municipios, en su mayoría con escasos recursos <sup>1163</sup>.

En muchas ocasiones la gestión del servicio público requerirá, según hemos visto anteriormente, una utilización del dominio público. Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos en que la titularidad del dominio público se atribuye a una Administración distinta de la competente para ordenar y, si procede, gestionar el servicio <sup>1164</sup>? Este es el caso de la legislación de aguas y la de régimen local, donde se atribuye respectivamente al Organismo de cuenca la competencia para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones referentes al dominio público hidráulico, mientras que el abastecimiento de aguas a las poblaciones es un

---

<sup>1162</sup> Este supuesto es considerado como de efectos desestimatorios por el Decreto riojano 38/1994, de 14 de julio, de adecuación de procedimientos de la Consejería de Presidencia y Administraciones públicas.

<sup>1163</sup> *Vid.* TORNOS MAS, Joaquín: "Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos (Especial referencia a suministro de agua, gas y electricidad)" en *REV L* 245, enero-marzo 1990, pp. 24-25.

<sup>1164</sup> Piénsese como ha señalado la STC 77/1984, de 3 de julio que: "[...] la condición de dominio público no es un criterio utilizado en nuestra Constitución [...] para delimitar competencias, es lo cierto que el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes pero no para aislar una porción de territorio de su entorno, y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostentan [...]."



servicio municipal obligatorio. Lógicamente, si la Administración local quiere ordenar el servicio no requerirá la previa obtención de ninguna autorización o concesión del Organismo de cuenca, pero en aquellos casos que decida gestionarlo directamente, para llevar a cabo tal actividad se requerirá previamente la intervención del organismo hidráulico. En este supuesto necesitará la correspondiente concesión, de la cual quedan curiosamente dispensadas a cambio de una autorización especial los órganos de la Administración central o de las Comunidades autónomas <sup>1165</sup>. ¿Puede decirse que la Administración local actúa en estos casos como cualquier ciudadano y por tanto registrará en este caso la excepción del art. 43.2.b)? Si bien cabe resaltar ciertas peculiaridades a las Administraciones públicas en la solicitud de estas concesiones o autorizaciones especiales, es lógico que tratándose de competencias de distinta índole, pese a las interconexiones que puedan darse, la situación de la Administración pública solicitante sea en cierto modo similar al particular y requiera por tanto una autorización expresa para la utilización del demanio.

Sucede, en otros casos, que para realizar una determinada actividad de servicio público o para ejercitar un concreto uso del servicio público se requiera una autorización por parte de una Administración pública. Es paradigmático la solicitud de una licencia urbanística por la Administración del Estado o Comunidad autónoma al municipio para la construcción de un edificio público.

En el ámbito de las relaciones interadministrativas debe distinguirse entre las subvenciones y la transferencia de fondos, según ha advertido PERDIGÓ I SOLÀ respecto al sistema catalán de saneamiento <sup>1166</sup>. Así la normativa reglamentaria de adecuación ha estimado que

---

<sup>1165</sup> No se menciona, en cambio, a las Administraciones locales. Tal omisión ha sido objeto de crítica por la profesora Silvia del SAZ CORDERO: "Entre las Administraciones cuyos órganos no necesitan concesión para aprovechar el dominio público hidráulico no se mencionan las Corporaciones Locales que deberán tramitar, en su caso, la oportuna concesión, omisión criticable que podría vulnerar el principio de autonomía local consagrado en la Constitución, dado que es a los Ayuntamientos y Mancomunidades a quienes se encarga el servicio esencial de abastecimiento de poblaciones." *Vid.* de esta autora *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 199.

<sup>1166</sup> *Vid.* de este autor "Aguas, saneamiento y residuos" en FONT I LLOVET, Tomàs (Ed.): *Anuario del Gobierno Local*, Ed. Diputació de Barcelona y Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 325.

el otorgamiento de fondos a las Administraciones actuantes para actuaciones del Plan de saneamiento debe considerarse su inactividad como silencio negativo, todo ello bajo la expresiva rúbrica de "actividad de fomento". En este punto debe destacarse como la jurisprudencia viene señalando que la atribución de recursos a las entidades locales no tiene la naturaleza de subvención, sino de transferencia de fondos que les pertenece. De esta forma, según PERDIGÓ I SOLÀ estaríamos ante un derecho preexistente que en aplicación del 43.2b) de la LRJPAC habría de considerarse como estimatorio, sin que el reglamento pudiera legalmente modificar este régimen.

Se plantea una temática en el tema de relaciones interadministrativas e interorgánicas como es la necesidad de obtener certificación de actos presuntos. Algún reglamento de adecuación posibilita la publicación en el diario o boletín oficial correspondiente del acto presunto obtenido por silencio positivo <sup>1167</sup>.

#### 2.4.2.- Potestades en el ámbito de la resolución de recursos administrativos

Según hemos visto al tratar el silencio administrativo en la potestad de resolución de recursos rige el silencio positivo cuando se han producido dos inactividades sucesivas de la Administración, primero en vía de petición y posteriormente en vía de recurso. Se plantea si rigen las mismas excepciones o exclusiones, estudiadas anteriormente, que respecto a las peticiones establece el art. 43.2.b) de la LRJPAC. Por tanto, la cuestión es si rige en estos casos la imposibilidad de transferir facultades relativas al dominio público o al servicio público.

Debe advertirse que para que tenga sentido el silencio positivo en vía de recurso debe haber existido previamente una inactividad en la petición previa que ha generado una situación de

---

<sup>1167</sup> Vid. el art. 2 del Decreto catalán 346/1988, de 1 de diciembre, por el cual se faculta a los consejos comarcales para intervenir en el trámite de calificación e informe de las actividades clasificadas, modificado por el art. 12 del Decreto catalán 158/1994, de 30 de mayo, por el cual se regulan y adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, procedimientos reglamentarios que afectan a las materias en que interviene el Departamento de Medio Ambiente (DOGC 1920, de 13 de julio de 1994).

silencio negativo. Los supuestos de silencio negativo previstos de acuerdo con la LRJPAC son aquellos establecidos expresamente por la normativa de aplicación, siempre que no estén dentro de los casos de silencio positivo previstos directamente por la LRJPAC, o bien que estén considerados por la misma norma expresamente como silencio negativo. Así, por ejemplo, si la solicitud de una subvención genera un silencio negativo y éste es susceptible de recurso administrativo, la inactividad del órgano superior que debe resolver tal recurso produciría el silencio positivo. Podemos observar, por tanto, que hay supuestos en los que rige el silencio negativo no por imposición de la LRJPAC, sino por establecerlo así la correspondiente normativa de aplicación. Según nuestro entender será en estos casos donde el silencio positivo obtenido en vía de recurso tendrá verdadera aplicación, debiendo en cambio excluirse cuando entran en juego determinados intereses públicos que por exigencia de la LRJPAC y a veces de la propia CE deben quedar excluidos del silencio positivo o del establecimiento de plazos preclusivos para el ejercicio de las correspondientes potestades administrativas <sup>1168</sup>. Sin embargo, a favor de entender la plena aplicabilidad del silencio positivo se ha pronunciado el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR para quien "la ausencia de distinción entre los diversos supuestos de silencio desestimatorio (los que la Ley prevé *per se* y los que habilita para establecer a otras normas) impide excluir el juego de esta excepción en la hipótesis antes indicada <sup>1169</sup>." Tal interpretación si bien perfectamente coherente desde una perspectiva sistemática, creemos sin embargo que debe ceder en atención a la finalidad perseguida por la Ley de excluir estos ámbitos del silencio positivo en atención a los bienes e intereses públicos que son objeto de protección, según ya hemos tenido oportunidad de analizar.

3.- La incidencia del silencio positivo en potestades en las que concurren especiales consideraciones de orden público, seguridad o salud pública u otras de análoga referencia

---

<sup>1168</sup> Recuérdese como anteriormente como la cláusula de exclusión de facultades relativas al dominio público trae causa o se conecta con el principio de imprescriptibilidad que informa *ex Constitutione* el régimen jurídico de este tipo de bienes (art. 132.1 CE).

<sup>1169</sup> *Vid.* de este autor "La actividad de la Administración"... *op. cit.* p. 173.

La cautela de excluir del ámbito de aplicación del silencio positivo las solicitudes que transfieran facultades relativas al dominio público o al servicio público si bien puede considerarse positiva, no agota a nuestro entender los ámbitos en que tal técnica puede considerarse que condiciona gravemente el interés público en juego. Esta posibilidad, no obstante, únicamente puede realizarse a nivel reglamentario en las autorizaciones con elementos de discrecionalidad.

En la Exposición de Motivos del RD 1778/1994, de 5 de agosto, de autorizaciones, señala como regla general la vigencia del silencio positivo en la potestad autorizatoria de la Administración y señala como excepciones las causas legales examinadas en los apartados precedentes (transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público) y excluye también aquellos casos donde concurran especiales consideraciones de orden público, seguridad o salud pública u otras de análoga relevancia. Estos últimos supuestos son introducidos a través de reglamento, por lo que podemos preguntarnos sobre la posibilidad de esta vía de establecer excepciones a los supuestos que regula con carácter general la LRJPAC.

La jurisprudencia había venido interpretando restrictivamente el campo de actuación del silencio positivo en base a ciertos bienes jurídicos requeridos de especial atención <sup>1170</sup>. ¿Ahora bien, tal interpretación restrictiva puede mantenerse todavía con la nueva legislación que ha optado decididamente por una gran generalización del silencio positivo?

El Anteproyecto de Ley básica de régimen jurídico de las Administraciones públicas de 5 de diciembre de 1991, que fue el origen de la vigente LRJPAC, preveía en su disposición adicional tercera un listado de catorce supuestos en los cuales no era de aplicación el silencio positivo, dejando al Gobierno la posibilidad de modificar la citada disposición a través de normas de contenido reglamentario. La actual disposición adicional tercera de la LRJPAC,

---

<sup>1170</sup> Así la STS de 17 de diciembre de 1975 (ref. Ar. 321) advertía "[...] que esta institución ha de entrar en juego con la natural cautela y moderación sin que a su amparo quepa otorgar autorizaciones que supongan atentados graves a aspectos tan importantes para el interés general como es la salubridad [...]."

en cambio, establece un sistema de adecuación de procedimientos con independencia de cual fuera el rango de las normas. Debe señalarse, sin embargo, que adecuación no significa posibilidad de establecer excepciones a los supuestos de silencio positivo previstos directamente por la LRJPAC, sino que la finalidad de la norma es evitar que el silencio del legislador, que era la regla habitual durante el sistema de la LPA, pueda provocar en cualquier caso el juego de la cláusula general establecida por el art. 43.2.c) de la LRJPAC.

Según nuestra opinión, no cabe establecer como supuesto de exclusión del silencio positivo a través de normas de carácter meramente reglamentario, la concurrencia de consideraciones distintas a las previstas para la LRJPAC para el ámbito de las autorizaciones regladas. Cuestión distinta es que en muchas de las autorizaciones en donde concurren situaciones de orden público, seguridad, salud pública u otras análogas, son el resultado del ejercicio de potestades con contenido discrecional que permite excluirlas del ámbito de aplicación del art. 43.2.b) de la LRJPAC. En cualquier caso, dado que la voluntad de la Ley al regular el silencio positivo ha sido darle cierto carácter general, sería conveniente que los reglamentos que optaran por establecer el silencio negativo señalaran los posibles perjuicios que para el interés público causaría la aplicación del silencio positivo.

4.- La incidencia del silencio positivo en potestades de control y autorización establecidas o exigidas por el ordenamiento comunitario

Desde el Derecho comunitario se plantea la compatibilidad de la técnica del silencio positivo con ciertas exigencias que la normativa europea establece a las Administraciones públicas de cada Estado miembro. En este sentido es cada vez más frecuente que los reglamentos y directivas comunitarias establezcan en determinados ámbitos pautas de actuación preventiva para el control de ciertas actividades privadas. Así se exige que el particular obtenga previamente una autorización para el ejercicio de la actividad solicitada. La cuestión está en si el ordenamiento del Estado miembro puede prever el silencio positivo como un mecanismo substitutivo de la autorización administrativa. Recordemos que en el capítulo primero de este trabajo habíamos mencionado una Recomendación del Consejo del año 1990 en la que se

instaba a los Estados a adoptar mecanismos de simplificación como el silencio positivo.

Sobre este particular se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), especialmente a través de la Sentencia de 28 de febrero de 1991 (Asunto Comisión contra Italia). La cuestión se planteó en un recurso de la Comisión europea contra Italia por falta de transposición de una Directiva del Consejo europeo, concretamente la 80/68/CEE, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas<sup>1171</sup>. Los argumentos de la Comisión se centraban en que la República italiana no había adecuado a su ordenamiento interno las exigencias de la mencionada Directiva. La normativa italiana aplicable - concretamente la Ley núm. 319 de 10 de mayo de 1976 para la protección del agua de la contaminación<sup>1172</sup> - se limitaba a establecer, entre otras medidas, una autorización provisional tácita. Según la Comisión, esta autorización tácita comporta un procedimiento que se reduce a una simple inscripción de la solicitud de autorización, sin que se realice por la Administración competente una verificación específica de los límites de aceptabilidad previstos en la Ley, ni sobre todo de las condiciones previstas por los arts. 9 y 10 de la Directiva. En cambio, para la defensa italiana un regla de procedimiento como es la instauración de las autorizaciones tácitas no está excluida por la Directiva, y esta cuestión entra dentro de los poderes de aplicación de cada Estado miembro. Si el hecho de prever una autorización tácita está en contra del objetivo de la Directiva, se podría llegar a la afirmación de que el acuerdo tácito será por naturaleza incompatible con todo procedimiento de control. El TJCE afirmó que la autorización tácita prevista en la legislación italiana no es compatible con los objetivos de la Directiva ya que la autorización ha de resultar de un acto expreso y

---

<sup>1171</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 20/43, de 26 de enero de 1980 (se puede consultar en lengua castellana en la Edición especial tomo 15, volumen 2, pp. 162-166).

<sup>1172</sup> Esta Ley tal y como se recoge en la misma sentencia del TJCE es conocida popularmente como Ley Merli. Esta denominación, como pone de relieve Germán VALENCIA MARTÍN, viene del nombre del Presidente de la Comisión Interparlamentaria que la elaboró. Vid. de este autor "La exigencia de claridad y precisión en la transposición al Derecho interno de las Directivas comunitarias. La Directiva sobre contaminación de las aguas subterráneas (Comentario de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de febrero de 1991, Asuntos Comisión/Italia, C-360/87, y Comisión/Alemania, C-131/88)" en *Noticias CEE* 84, 1992, pp. 111-117.

siguiendo las reglas de procedimiento precisas, las cuales determinan los derechos y las obligaciones de los particulares. De esta forma, se destaca que una autorización concedida de forma tácita no permite la realización de encuestas previas, ni de encuestas posteriores, ni de controles. Consiguientemente la legislación interna no traspone la Directiva con la precisión y claridad exigidas con la finalidad de satisfacer plenamente las exigencias de seguridad jurídica. Por tanto, de esta jurisprudencia comunitaria se desprende la existencia de unos límites concretos al silencio positivo: éste no será de aplicación en aquellos casos en que los Reglamentos y Directivas estén exigiendo un pronunciamiento expreso de la Administración pública.

Estrechamente relacionado con el supuesto que estamos planteando está el tema de la exigencia de la comunicación previa. Es posible que la normativa comunitaria en vez de exigir una intervención administrativa previa, liberalice un determinado sector. ¿Quiere ello decir que se está excluyendo cualquier tipo de control administrativo? En este sentido se ha pronunciado con buen criterio la STJCE C-93/358, de 23 de febrero de 1995 (Procesos penales contra Aldo BORDESSA, Vicente Mari MELLADO y Concepción BARBERO MAESTRE) donde se pone en cuestión la autorización previa para la transferencia de billetes de banco exigida por la normativa del Estado miembro, en este caso el español. El Alto Tribunal considera que la supeditación de la actuación a una intervención administrativa previa va en contra de la Directiva del Consejo 88/361/CEE, de 24 de junio, sobre liberalización de movimiento de capitales. Sin embargo, como acertadamente señala ello no imposibilita la existencia de otros mecanismos de control, a través de los cuales el Estado pueda verificar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos. De esta forma, la exigencia del mecanismo de la comunicación previa, en cuanto no suspende la realización de la actividad sujeta a control, es compatible con los objetivos de la Directiva y del Derecho comunitario<sup>1173</sup>. En definitiva, con ello se pone de relieve la necesidad de potenciar los mecanismos

---

<sup>1173</sup> Según los fundamentos de Derecho de la citada Sentencia: "23 Por consiguiente, es necesario analizar a la luz de estas consideraciones si la exigencia de una autorización o de una declaración previa impuesta por las autoridades de un Estado miembro con ocasión de una transferencia de monedas, billetes de banco o cheques al portador debe considerarse una medida indispensable a efectos del párrafo primero del artículo 4 de la Directiva.<sup>24</sup> En primer lugar, debe señalarse que, como indica el Abogado General en el punto 17 de sus

de comunicación frente a los de autorización en aquellos sectores que así lo permitan, facilitando la realización de la actividad por el ciudadano pero posibilitando al mismo tiempo un control más efectivo.

---

conclusiones, la autorización suspende las exportaciones de divisas y las supedita en cada caso a la aprobación de la Administración, que debe pedirse mediante una solicitud ad hoc. 25 Dicha exigencia equivaldrá a someter el ejercicio de la libre circulación de capitales a la discrecionalidad de la Administración y, por este motivo, podrá hacer que esta libertad fuera ilusoria (véase la sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377, apartado 34). Podrá producir el efecto de obstaculizar los movimientos de capitales efectuados de conformidad con las disposiciones del Derecho comunitario, lo que será contrario al párrafo segundo del artículo 4 de la Directiva. 26 En efecto, conforme a esta última disposición, la aplicación de las medidas y de los procedimientos mencionados en el párrafo primero "no podrá tener por efecto la obstaculización de los movimientos de capitales efectuados de conformidad con lo dispuesto en el Derecho comunitario". 27 *Por el contrario, una declaración previa puede constituir una medida indispensable que los Estados miembros están autorizados a adoptar, ya que, a diferencia de la autorización previa, dicha declaración no suspende la operación de que se trata, permitiendo, no obstante, que las autoridades nacionales realicen un control efectivo para impedir las infracciones a sus Leyes y Reglamentos (la cursiva es nuestra).*"





012  

---

36

