

I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

SILENCIO POSITIVO Y ACTIVIDAD AUTORIZANTE

SUMARIO: I. COMPRESIÓN DEL DENOMINADO SILENCIO POSITIVO.—II. LA INSERCIÓN DEL SILENCIO POSITIVO EN LA TÉCNICA AUTORIZATORIA: 1. *Autorización: su posible contraste con otros conceptos:* a) Aprobación. b) Dispensas. c) Ratificaciones. d) Admisiones. e) Concesión. f) Prohibiciones con plazo de ejercicio limitado. 2. *La autorización como remoción de límites.* 3. *Reconsideración de la tesis tradicional.* 4. *Aplicabilidad de los efectos positivos del silencio al otorgamiento de autorizaciones.*—III. EL SILENCIO POSITIVO EN NUESTRO DERECHO: 1. *En el ámbito de la Administración Central.* 2. *Ámbito local:* a) El silencio positivo en el ejercicio de funciones fiscalizadoras. b) Silencio positivo y licencias municipales.—IV. LA JURISPRUDENCIA: 1. *Silencio positivo y remoción de límites.* 2. *Manifestaciones de silencio positivo.* 3. *Vinculación de la Administración a los efectos positivos del silencio.* 4. *Posibilidades de revisión de licencias concedidas por silencio positivo.* 5. *La sentencia de 24 de diciembre de 1964.*

I.—COMPRESIÓN DEL DENOMINADO SILENCIO POSITIVO.

Si el legislador y la doctrina con la jurisprudencia, y muchas veces pese a ella (1), han logrado resultados relativamente satisfactorios en cuanto a la construcción del sistema de consecuencias vinculadas a los efectos negativos del silencio de la Administración (2), no ha sucedido lo mismo, ex-

(1) La reforma de la Ley de Procedimiento administrativo en 2 de diciembre de 1963 pretendió paladinamente corregir las conclusiones de cierta jurisprudencia que se había producido en torno a la interpretación del artículo 94 de la Ley. «Una vez más —ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA— el legislador ha venido a rectificar una práctica jurisprudencial en esta materia de las garantías del administrado y de la facilitación del ejercicio de sus derechos». «Sería de desear que esta experiencia se repitiese cada vez menos, porque denota una economía insana en la relación entre Ley y jurisprudencia del Derecho administrativo» (*Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso*, en el pasado número de esta REVISTA, pág. 216). Similares críticas se formulan a la jurisprudencia italiana por RODOTTA, *El problema della responsabilità civile*, Milán, 1964, pág. 30, en nota.

(2) Vjd. una amplia nota sobre la bibliografía española en esta materia en GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. III. Madrid, 1963, pág. 82, y en relación con el silencio positivo que aquí nos ocupa, BAENA DEL ALCÁZAR, *Efecto afirmativo del silencio de la Administración*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 121, págs. 321 y siguientes.

plicablemente como se verá, con el pretendido sentido positivo del silencio. En realidad, la propia identidad de los términos empleados, matizados afirmativa o negativamente, incita a considerar que la ausencia de declaración expresa por parte de la Administración puede, con apoyo de una teoría única (3), ser susceptible sin más de una interpretación afirmativa o denegatoria, de acuerdo con las previsiones del legislador.

La propia Ley de Procedimiento administrativo parece reforzar tales consecuencias, recogiendo en dos artículos sucesivos los efectos positivos y negativos del silencio. En realidad, se trata, como se verá, de dos soluciones de fundamentos radicalmente distintos (4), que resulta desaconsejable tratar, como suele hacerse, conjuntamente, y que apenas tienen de común su sentido genéricamente favorable a las posiciones de los administrados o entes públicos personificados sustantivamente, y el venir basadas en interpretaciones convencionales de la ausencia de conductas durante períodos prefijados de tiempo.

La terminología empleada, pues, el mimetismo que favorece la ubicación del silencio positivo en la sistemática de la Ley de Procedimiento y sus aparentes pretensiones de unificar y resolver íntegramente todas las consecuencias de la pasividad formal de la Administración, frente a las peticiones que se la formulen, induce a calificar el silencio positivo, en alguna manera, como la otra faz, más risueña ahora, del silencio denegatorio. Con ello insensiblemente se estimula un tratamiento centralmente común de ambas versiones y la intercambiabilidad de sus técnicas y problemáticas. El silencio positivo viene así investido, veladamente, de la misma condición de acto presunto predicable, en sus consecuencias, al menos, del silencio negativo, indudablemente animado de vocación de acto, pese a todas las protestas de la pura naturaleza fáctica (5) de su juridicidad. De esta forma, una vez calificada positivamente, la pasividad de la Administración, el peticionario se encuentra protegido por el mismo sis-

(3) Vid. BAENA DEL ALCÁZAR, op. y loc. cit.

(4) De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien, tesis que aquí se propugna, el silencio positivo y el negativo son instituciones esencialmente diversas (*Silencio administrativo*, pág. 226). Vid. también GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en esta REVISTA, núm. 16, pág. 86. Más ampliamente, y con validez tanto para el campo del Derecho público como el del Derecho privado, se afirma por TESTA, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Roma, 1932, pág. 47, que una teoría general del silencio se puede racionalmente descartar en la ciencia jurídica. Según GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, 7.ª ed., Madrid, 1957, pág. 285, vol. I, la teoría del silencio administrativo sólo tiene una coincidencia terminológica con las doctrinas sobre el silencio en el Derecho.

(5) El silencio no equivale a una decisión denegatoria, sino que se limita a presumir una decisión, GARRIDO, *La llamada doctrina del silencio*, pág. 95. Para BAENA, es un hecho jurídico, al que, por una ficción legal, se atribuyen consecuencias (*Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», número 121, pág. 17); es un no-acto, Díez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1965, pág. 151; excluye toda manifestación de voluntad, no puede dar vida, por tanto, a un acto jurídico, RESTA, *Il silenzio*, págs. 46 y 84; TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, pág. 448. En realidad, tales cautelas están basadas en la automática equiparación de acto administrativo-declaración de voluntad.

tema de garantías que obran para los actos expresos y la Administración vinculada indefectiblemente por las consecuencias de su inactividad, lo que explica el que, no sin alarma (6), se haya contemplado por algunos autores, las graves trascendencias que para el bien público en definitiva puedan derivarse con el juego de tal automatismo, por la privada desidia de un funcionario o el puro azar del extravío de una documentación. Pese a tan fundadas objeciones, no totalmente desvirtuables por las ventajas obtenibles de un eventual incentivo de la operatividad de la Administración (7), el silencio positivo ha sido conscientemente generalizado, al menos como posibilidad, por el legislador español, que no desconocía sus presuntas desventajas. Tal decisión sólo puede explicarse atendiendo a una particular interpretación de las peculiares características del ámbito en que opera.

El efecto negativo del silencio fué arbitrado, como es sabido, para superar el obstáculo que la inexistencia de un acto anterior suponía, el montaje del aparato jurisdiccional sobre la base revisora de la «decisión prealable». Al servicio de esta particular concepción, por lo demás ni obligado ni inmutable (8), de la fiscalización por los Tribunales de la actividad administrativa, se creó, pues, la técnica del silencio desestimatorio, ficticia construcción del legislador (9), que liberaba a los particulares de las, de otro modo insalvables consecuencias, de la ausencia de pronunciamiento por la Administración. Se partía para ello de la premisa de que la pasivi-

(6) Así, MARTÍNEZ USEROS, *La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 32, pág. 169, donde se contiene una fundada reseña de los inconvenientes de esta técnica; ROYO-VILLANOVA, *El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, en la misma Revista, núm. 48, pág. 826; *Elementos de Derecho administrativo*, vol. I, Valladolid, 1960, pág. 116; GARRIDO, *El silencio administrativo en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en REVL, núm. 91, pág. 53; *La llamada doctrina*, loc. cit., pág. 92; CLAVERO ARÉVALO, *El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955*, en esta REVISTA, núm. 19, pág. 290; BOQUERA, *Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo*, en esta REVISTA, número 30, pág. 91; VIVANCOS, *Comentarios a la Ley de Procedimiento administrativo*, Barcelona 1959, pág. 158; CABAL, *El procedimiento administrativo y sus formularios*, Madrid, 1964, pág. 51.

(7) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, vol. II, Madrid, 1957, página 360, y BAENA DEL ALCÁZAR, *El efecto afirmativo*, pág. 322.

(8) Vid. NIETO, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en esta REVISTA, núm. 37, págs. 88 y 112, especialmente.

(9) Contra, STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954, pág. 84, para quien, aunque la distinción no tenga más que un interés puramente teórico, debe admitirse que la ficción es una situación imaginaria, que en muchos casos se encuentra en contradicción con la realidad, mientras que las presunciones legales son elementos que completan la realidad en cuya virtud se considera como real lo que así es en la mayoría de los casos. «La denegación de la Administración presumida por la Ley es, en general, real, porque la Administración que no responde durante el plazo prescrito no quiere realmente acceder a la pretensión del particular», tesis ésta por lo demás sumamente cuestionable. En otro sentido se afirmaba por FERNÁNDEZ DE VELASCO que la expresión *silencio administrativo* es incorrecta, aunque gráfica, ya que, en puridad, no hay silencio, sino, al contrario, la más elevada expresión de la voluntad administrativa: la de la Ley (*El acto administrativo*, Madrid, 1929, págs. 206-207, en nota).

dad e indecisión administrativa debiera significar el mantenimiento por su parte de la situación creada (10), abriéndose, no obstante, la posibilidad de su ulterior corrección por los Tribunales, caso de estimar las pretensiones de los particulares.

Sin embargo, a un grupo de peticiones se va a dar un tratamiento excepcional y aparentemente distinto. En los supuestos específicamente contemplados por la Ley se entenderá que la Administración accede, frente a la solución anterior, a lo interesado, dando significado positivo a la pasividad de la Administración. Tal diversidad de consecuencias encuentra su fundamento en la específica naturaleza de las decisiones que corresponde adoptar, en tales casos, a la Administración. Lo que se espera de ella es la remoción de unos límites que han sido impuestos a los derechos de los particulares, cuyo ejercicio quedaría condicionado a la constatación de su compatibilidad con el bien común.

Ahora bien, la validez intrínseca de tales derechos, que toman su base en los propios textos constitucionales, haría que sólo condicionalmente deban respetarse tales facultades controladoras de la Administración, en el sentido de que los ciudadanos cumplirían con los deberes que pesan sobre ellos, si dan ocasión a su ejercicio, comunicando sus pretensiones a la Administración y posibilitando a ésta para que se pronuncie.

Se entiende, por tanto, que podría resultar excesiva la indefinida paralización del ejercicio de derechos, por sí legítimos, y que si la Administración durante un período prefijado de tiempo no se pronuncia, son removidos los límites exteriormente impuestos, y los derechos recobran la virtualidad que les fué sustraída. Esta interpretación, sustancialmente vinculada a los postulados del Estado liberal, conduce en definitiva a la admisión, sin mayores escrúpulos, de los efectos positivos del silencio en cuanto que no supondría otra cosa que permitir la utilización de facultades preexistentes (11). Esto explica en parte (12) el que tratándose de autorizaciones para la utilización del dominio público, aunque se trate de un uso para el que con análogos planteamientos habría de admitirse un derecho sometido a limitación, no se aplique en nuestro Derecho municipal el silencio positivo, sino el negativo.

La circunstancia de que sólo en nuestro Ordenamiento se haya institucionalizado plenamente el denominado silencio positivo y el carácter reciente de sus últimas formulaciones, motiva el que no haya sido exami-

(10) Así, MARTÍNEZ USEROS, *La teoría del silencio administrativo*, cit., pág. 170, y ROYO-VILLANOVA, *El Derecho administrativo*, pág. 116.

(11) Partiendo de tales postulados, parecen difícilmente cuestionables las conclusiones en este sentido de ENTRENA, *Las licencias en la legislación local*, REVL, núm. 107, página 668; GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, 1964, página 431, y FRACHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milán, 1957, pág. 29.

(12) Para ENTRENA, *Las licencias en la legislación local*, pág. 669, nuestro Ordenamiento jurídico sólo atribuye un valor positivo al silencio en materia de otorgamiento de autorizaciones demaniales cuando la Administración carece de facultades discrecionales al respecto.

nado con detenimiento e investigado su real sentido y fundamentos. Es mérito de GARCÍA DE ENTERRÍA (13) el haber señalado últimamente que el silencio positivo supone en realidad el no ejercicio de una facultad de veto. En efecto, puede entenderse que la Administración se reserva la posibilidad de prohibir (14), durante un período de tiempo determinado, el ejercicio de unas actividades cuyo desarrollo se pretende según le ha sido comunicado. De no pronunciarse, se estima renuncia a tales facultades, y las posibilidades ínsitas de los derechos previamente poseídos pueden ejercitarse por su titular.

Pero es precisamente esta correcta comprensión del silencio positivo como ausencia de prohibición durante un lapso de tiempo establecido, lo que induce a poner en duda la legitimación de su utilización para la remoción de supuestos límites a derechos subjetivos. Si, como trataremos de demostrar, tales derechos no son siempre perfilables sin el concurso expreso de la Administración, ésta no puede renunciar a sus potestades prohibitorias de conductas ilícitas, puesto que el posible conflicto entre intereses públicos y privados exige en ocasiones un pronunciamiento concreto indeclinable. Las perspectivas cerradamente individualistas del Estado liberal del pasado siglo han sido, por otra parte, sustancialmente corregidas por la comprensión de los fines del Estado de nuestros días.

Las anteriores consideraciones sobre la inadecuación de la inserción del silencio positivo en la mecánica autorizatoria exigen una revisión de su actual concepción, reforzada además por las dificultades que la extensión al mismo de las consecuencias de los actos administrativos, indudablemente acarrea. La jurisprudencia ha salido recientemente al paso de las graves implicaciones encerradas en la artificial cáscara del silencio positivo, con una importante sentencia de 24 de diciembre de 1964, de la que fué ponente el Magistrado señor ARIAS RAMOS y que luego se comentará.

II.—LA INSERCIÓN DEL SILENCIO POSITIVO EN LA TÉCNICA AUTORIZATORIA.

1. *Autorización: su posible contraste con otros conceptos.*

a) *Aprobaciones.*

Suelen definirse como actos producidos por un sujeto distinto que confieren eficacia a otros anteriores válidos. Los actos aprobatorios tienen virtualidad propia y no constituyen, contra lo que en ocasiones se ha admitido, partes integrantes de un acto complejo (15). Normalmente operan

(13) «El silencio positivo viene en rigor a sustituir esta técnica de la autorización o aprobación previas por la de un veto (aunque tenga que presentarse en la forma convencional de denegación del acto requerido) durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado» (*Sobre el silencio administrativo*, página 226).

(14) Si la Administración quiere impedir la actividad del privado deberá forzosa-mente pronunciarse. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952, pág. 44.

(15) Contra esta tesis primeramente, DONATI, *Atto complesso, Autorizzazione, Approvazione*, «Giurisprudenza Italiana», 1903, vol. 71, pág. 73.

en las relaciones de fiscalización de unos entes por otros y condicionan la eficacia *ex post* de los actos aprobados (16), diferenciándose teóricamente de las autorizaciones en cuanto éstas representan controles preventivos que proceden a la producción no sólo de actos, sino también de operaciones materiales. Igualmente se afirma que las aprobaciones condicionan la eficacia (17), mientras las autorizaciones la validez, de los actos (18).

b) *Dispensas.*

Mediante las dispensas, una actividad inicialmente prohibida es permitida a título excepcional. Esta tónica de excepcionalidad de las dispensas, frente a la normalidad de las autorizaciones (19), es utilizada para distinguirlas, haciéndose asimismo hincapié en la ilicitud de la actividad no dispensada (20) frente a la legitimidad de los derechos cuyo ejercicio se autoriza; por ello se ve en la autorización una ampliación de facultades y en la dispensa de derechos (21). La dispensa puede también servir a otras finalidades que aquí no nos interesan tanto como la exoneración de obligaciones (22).

c) *Ratificaciones.*

Las ratificaciones o visados constituyen más bien una modalidad de las aprobaciones; suelen operar en el ámbito del control jerárquico y contraerse al examen de la legitimidad, a diferencia de las aprobaciones, que también pueden contemplar la oportunidad del acto (23).

d) *Admisiones.*

Son actos administrativos por los que, según unos autores, se pasa a formar parte de una determinada colectividad (24), viéndose también supuestos de admisión en las inscripciones en registros profesionales condicionantes para el ejercicio de actividades de esta índole (25), en la participación en concursos u oposiciones para el desempeño de funciones públicas (26) y en el reconocimiento del derecho a la utilización de los servicios

(16) GARRIDO, *Tratado*, vol. I, pág. 434.

(17) ENTRENA, *Las licencias*, pág. 650.

(18) DONATI, *op. cit.*, pág. 82.

(19) FRANCHINI, *op. cit.*, pág. 30; VIRGA, *La potestà di polizia*, Milán, 1954, pág. 128.

(20) ENTRENA, *loc. cit.*, pág. 651.

(21) VIRGA, *La potestà*, pág. 128. Para VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pág. 298, el otorgamiento de la dispensa es siempre discrecional.

(22) GARRIDO, *Tratado*, pág. 434.

(23) RESTA, *op. cit.*, pág. 137.

(24) GARRIDO, *Tratado*, vol. I, pág. 427. Más concretamente, para VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, pág. 305, las llamadas admisiones entran en la categoría de los actos de habilitación al admitir al particular e incluirle en un cierto *status* profesional con la sujeción a la regulación estatutaria.

(25) FRANCHINI, *op. cit.*, pág. 6; contra, VIGNOCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padua, 1944, pág. 23.

(26) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, pág. 200, contempla, por el contrario, la admisión en el nombramiento.

y dominio público (27). Se trata, pues, de una categoría de contenido no unitario, cuya diferenciación con la autorización, en los casos en que pueda haber duda, se ve en el carácter constitutivo (28), no discrecional (29), del acto de admisión.

e) *Concesiones.*

Prima aquí la transferencia de titularidades públicas a los particulares o la constitución, con base a las mismas, de nuevos derechos en esta esfera. En contraste con ellas, se hace hincapié en que con la autorización no se crean ni se transfieren derechos, sino se permite el ejercicio de facultades privadas preexistentes.

f) *Prohibiciones con plazo de ejercicio limitado.*

También se denominan estos supuestos autorizaciones implícitas (30), y consisten en la facultad de la Administración de oponerse durante un plazo determinado a la eficacia de un acto o a la realización de determinadas actividades. Frente a los casos necesitados de la autorización o aprobación, de no oponerse aquí la Administración en el tiempo señalado, puede sin más efectuarse lo proyectado; la Administración no podrá ya intervenir en el futuro, salvo, claro está, que se realicen actividades distintas a las comunicadas. Por ello se habla aquí por algún autor de caducidad (31).

2. *La autorización como remoción de límites.*

Con casi absoluta unanimidad, la doctrina, tanto española como extranjera, a partir de RANELLETI (32), viene considerando las autorizaciones como la remoción, por parte de la Administración, de los obstáculos de Derecho público que se oponían al ejercicio de un derecho o poder propio (33). La titularidad del derecho o facultad preexistente a la declara-

(27) PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1917, vol. I, pág. 188.

(28) DE FRANCESCO, *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milán, 1926, pág. 88, cit. por FRANCHINI, op. cit., pág. 7.

(29) PRESUTTI, *Istituzioni*, pág. 191.

(30) VIRCA, *La potestà di polizia*, pág. 132.

(31) MONTAGNA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, en *Il Consiglio di Stato*, Roma, 1932, vol. II, pág. 393, cit. por RESTA, op. cit., pág. 141. Entre nosotros ha señalado GARRIDO que cuando el ejercicio de la actividad de control de la autoridad superior está sometido a plazo la doctrina entiende que nos encontramos ante un plazo de caducidad (*La llamada doctrina del silencio*, pág. 87).

(32) *Concetto e natura delle autorizzazione e concessioni*, en «Giurisprudenza Italiana», vol. 3, 1894, págs. 7 y sigs.

(33) Vid., *ad exemplum*, RESTA, *Il silenzio*; VIRCA, *La potestà di polizia*; FRANCHINI, *Autorizzazioni*; DE FRANCESCO, *L'ammissione*; VIGNOCHI, *La natura giuridica*; FORTI, *Autorizzazioni*; STASSINOPOULOS, *Actes administratifs*, y entre nosotros, GARRIDO, *Tratado*, I, pág. 430; *Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas*, en esta REVISTA, núm. 28; ENTRENA, *Las licencias*; GONZÁLEZ BERENGUER, *La actividad de policía en la esfera municipal*, y la amplia bibliografía concordante en estas obras citadas. Decididamente en contra, ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, en *Scritti giuridici*

ción administrativa, recobraba así las posibilidades de ejercicio que habían sido previamente limitadas; facultades y derechos éstos plenamente legítimos en cuanto directa o indirectamente vinculados con las libertades tuteladas por el ordenamiento con apoyo en las garantías constitucionales. Estas libertades les serían reintegradas al individuo una vez comprobado que su ejercicio era compatible con el orden y seguridad públicas (34). «La autorización es, según FRANCHINI, sustancialmente el acto que resuelve un hipotético conflicto de intereses entre el derecho del particular que tiende a ser ejercitado, y la autoridad de la Administración pública, que tiende a tutelar un interés público amenazado y quizá presumiblemente lesionado con un incontrolado ejercicio de aquel derecho» (35). La autorización supondría una solución intermedia entre la prohibición absoluta y la libertad absoluta, a través de la cual unos derechos previamente debilitados (36) recobrarían su plena efectividad.

3. Reconsideración de la tesis tradicional.

En primer lugar, interesa adelantar que, por un lado, bajo la rúbrica autorización (37) se incluyen supuestos sensiblemente diferentes que dan lugar en la práctica a intervenciones administrativas de distinto matiz, dirigidas a finalidades escasamente homogéneas. Tal sucede en las denominadas autorizaciones implícitas y en las fiscalizaciones orgánicas, sobre las que luego volveremos. Pero inversamente y aun sin desconocer la existencia de determinadas peculiaridades no sustanciales, se califica distintamente el ejercicio de otras facultades administrativas que pueden reconducirse, sin mayores violencias, a la técnica de la autorización (38). Así, por ejem-

in onore di Santi Romano, Padua, 1940, págs. 249 y sigs. En esta última dirección, BENVENUTI, *I limiti dello jus aedificandi e la natura giuridica della licenza edilizia*, en *Atti del secondo convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie*, San Remo, 1956, para quien este tipo de licencias suponen una concesión.

(34) Así, FRANCHINI, op. cit., págs. 13-14.

(35) Ebenda, pág. 16.

(36) VIRCA, *La potestà*, pág. 142.

(37) Por FRANCHINI, y no sin fundamento, se ha afirmado que esta categoría es una de las que presentan mayor indeterminación en cuanto a los actos que comprende (*Le autorizzazione*, pág. 5); ello explica el que se haya aludido a una crisis de este concepto: SANDULLI *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzative*, «Riv. Trim. Dir. Pubblico», 1957, cit. por VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, pág. 303.

(38) La terminología variada, imprecisa y contradictoria empleada por el legislador ha influido en este confusionismo, que la doctrina, con estériles esfuerzos, ha querido aclarar, asignando concretos caracteres a las distintas expresiones utilizadas. Me parece más acertada la posición de S. MARTÍN-RETORTILLO, quien, sin desconocer las variaciones que puedan existir entre las distintas figuras, llega a la conclusión de que a pesar de tal diversidad existe entre ellas una analogía suficiente para permitir su estructuración unitaria. «Las diferenciaciones y matices que entre las autorizaciones, licencias, aprobaciones, etc., se han señalado, insisten, buscando diferencias siempre en la forma o en el tiempo en que se realizan tales actos administrativos, y pueden aparecer, como se ha indicado recientemente, como un tanto inoperantes desde una perspectiva estructural de tales actos» (*Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias* en esta REVISTA, núm. 24, pág. 150).

plo, y prescindiendo de la licencia cuyo carácter de autorización no es dudoso, las aprobaciones sólo se diferencian de aquéllas por el momento en que tiene lugar la fiscalización (39), pues las consecuencias que ambas producen para los actos a que en definitiva van dirigidas son, desde la vertiente externa de la eficacia, sensiblemente idénticas. Lo mismo cabe decir de las dispensas en que el dato de su presunta excepcionalidad no es suficientemente relevante, a no ser que se acumule, lo que no es admisible, al de su total discrecionalidad, o más bien libre arbitrio. Análogas consideraciones pueden hacerse en relación con determinados actos de admisión que suponen, en la práctica, el condicionamiento para el ejercicio de determinadas actividades y una auténtica licencia.

Centrados en el ámbito del auténtico ejercicio de actividades administrativas autorizatorias, cabe plantearse la cuestionabilidad de la tesis de la remoción de límites en cuanto posibilitadora de admitir que, si así se prevé, el inejercicio de estas potestades por la Administración durante un plazo determinado hará que los derechos constreñidos recobren sus propias virtualidades. Ello sería admisible con un planteamiento rigurosamente liberal de las actividades de los particulares en un Estado en que este, pacífico respetador del libre juego de la regla del *laisser faire*, limite sus intervenciones a la prevención de los más crasos atentados a las condiciones básicas de la convivencia (40). Pero aun así no se comprende plenamente la práctica trascendencia de la insistencia sobre la titularidad previa de unos derechos constitucionalmente garantizados y cuyo sólo ejercicio es limitado por sus eventuales conflictos con el bien común (41). Porque si sólo mediante la decisión y apreciación administrativa es posible determinar la existencia o no de tal conflicto, la titularidad del derecho, o la preexistencia de las facultades de él derivadas, pasan a segundo plano en cuanto carecen de toda virtualidad exterior sin el concurso de la Administración. La invocación a las genéricas declaraciones constitucionales (42) parece, dada su forzosa abstracción, de singular trascendencia. Lo decisivo es el pronunciamiento de la Administración o de los Tribunales que revisen sus actos; sin ello, el derecho podrá quizá existir, cabe admitir que tal suceda, pero no será posible que sus manifestaciones sometidas a control pasen de constituir una mera expectativa. A ello no se opone el que la Administración goce, en más o menos grado, de facultades discrecionales de apreciación, puesto que, prescindiendo de que la autorización

(39) En este sentido, S. MARTÍN-RETORTILLO, loc. cit., pág. 150.

(40) Vid., para una comprensión de la superación de estos planteamientos, GARRIDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, y *Tratado*, vol. II, páginas 112 y sigs.

(41) «El fundamento actual de las limitaciones —afirma GARCÍA TREVIJANO— hay que buscarlo en el sentido social, que como principio político-constitucional se inserta en casi todos los textos» (*Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1964, pág. 170).

(42) «La concepción clásica de los derechos individuales es inseparable de un profundo optimismo en cuanto a las posibilidades abiertas a la iniciativa personal» (BURDEAU, *Las libertés publiques*, París, 1961, pág. 19). «La liberté-autonomie est une faculté de l'homme seul. Dans une société ou la solitude n'est pas seulement impuissant, mais suspecte, cette liberté ne peut plus être qu'un luxe ou une provocation» (pág. 20).

supone normalmente alguna posibilidad valorativa, aun si sólo se tratase de constatar la concurrencia de determinados requisitos materiales, tal constatación deberá forzosamente ser realizada por la Administración para que tenga relevancia jurídica. Así, por ejemplo, frente a la proposición: derecho de caza (43) limitado por la exigencia de una autorización administrativa, cabe hablar quizá de un derecho de caza cuando se tiene una determinada edad y se ha observado una conducta socialmente no peligrosa. Sólo así puede seguirse aludiendo límites, más bien convencionalmente, a no ser que se tome por tales la expedición material de la licencia, con olvido de que esto no tiene sustantividad propia y únicamente acredita, a solicitud del interesado, que se den las circunstancias previstas para el ejercicio de un derecho. Si no media tal pronunciamiento se desconocerá indefinidamente, en el ejemplo indicado, las posibilidades de ejercicio de actividades venatorias del más prudente de los padres de familia, a quien de nada le valdrá invocar privadamente aquí un pretendido *ius hominis*.

Por ello entendemos por autorización la declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad (44), aun a costa de reconocer la posible equivocidad de tal concepto aplicado a casos extremos. Sin prejuzgar, pues, la preexistencia de un derecho, su ejercicio vendrá supeditado a la correspondiente declaración administrativa sobre su compatibilidad con el bien público, declaración que a estos limitados efectos al menos, puede tener una cierta trascendencia constitutiva (45). El concepto que se propone no excluye el que la apreciación de la Administración verse sobre criterios de oportunidad, ni que el pronunciamiento señale condiciones o modos de ejercicio especiales para la actividad que se autoriza.

Pero si con apoyo en las autorizaciones de policía, entendida ésta en su restringido sentido tradicional (46), pudieran hacerse algunos reparos al planteamiento esbozado, su impugnabilidad es posiblemente más problemática a la vista de la compleja y variada actividad autorizatoria de la Administración contemporánea. Ante muchas de sus manifestaciones es

(43) Curiosamente señala VILLAR PALASÍ cómo precisamente en esta materia la potestad de policía administrativa se montó en el siglo XIX sobre una vieja regalía (op. cit., pág. 92).

(44) Con referencia a la autorización industrial apunta VILLAR PALASÍ que no puede hablarse de un Derecho subjetivo preexistente, sino sólo de una libertad industrial, término radicalmente distinto del Derecho subjetivo (*La intervención*, pág. 316), y que «la doctrina de la revocación de límites peca de ingenuo formalismo» (pág. 319).

(45) En cuanto a la posibilidad de ejercicio de los derechos, pero no en cuanto a creación de derechos nuevos, admite S. MARTÍN-RETORTILLO un aumento de capacidad de los sujetos autorizados (*Acción administrativa sanitaria*, pág. 148). Decididamente, asigna efectos constitutivos a la autorización, ORTOLANI, *Autorizzazione*, loc. cit., páginas 257 y 283. Expresamente se alude por este autor a expectativas de derechos, página 264, que por obra de la autorización se convierten en virtuales (pág. 268).

(46) Vid., críticamente, S. MARTÍN-RETORTILLO, op. cit., pág. 152. Sobre el moderno intervencionismo y la actual crisis del concepto de policía, MONCADA, *Significación técnico-jurídica de la policía administrativa*, en esta REVISTA, núm. 28. págs. 86 y sigs.

difícilmente defendible la tesis de la remoción de límites como explicación de la autorización. La Administración no interviene solamente despejando unos presuntos obstáculos que impiden la libre expansión de los derechos subjetivos, sino que crea precisamente el marco en que éstos se pueden ejercer, si es que no surgen por su obra (47). Las autorizaciones precisan condiciones, establecen imperativamente modalidades de ejercicio, sujetan las actividades futuras a la disciplina administrativa (48), regulan el uso de los bienes de dominio público y realizan aportaciones administrativas indispensables para el desarrollo de las actividades autorizadas. Hasta las más perfiladas construcciones teóricas se tambalean frente a este poderoso movimiento organizador de conformación social; así, los límites del servicio público (49), de la concesión (50), se relativizan y aparecen zonas mixtas de influencia recíproca en las que no es fácil detectar las respectivas posiciones de la Administración y los administrados. Pero, además, aquélla actúa en muchas ocasiones no ya de mero arbitrio entre los intereses del solicitante, del hipotético titular de los dichos subjetivos y los intereses generales, sino que debe ponderar otros intereses singulares contrariados posiblemente con la concesión de la licencia, y que la hacen adoptar una posición cuasi jurisdiccional en cuanto deba realizar una doble operación valorativa. Todo ello nos impide seguir considerando la autorización como el ejercicio de facultades excepcionales, que permiten unas actividades cuya legitimidad intrínseca hunde sus raíces en el sistema de libertades garantizado por las Constituciones liberales.

4. *Aplicabilidad de los efectos positivos del silencio al otorgamiento de autorizaciones.*

Con base a todo lo hasta aquí expuesto, y por supuesto desde un plano teórico, me parece pueden ya extraerse dos conclusiones importantes: 1.ª El silencio positivo sólo puede tener el sentido de inejercicio de potestades prohibitorias durante el período en que se prevé legalmente que pueda utilizarse; 2.ª Las autorizaciones, propiamente dichas, otorgadas

(47) Vid. un cuadro de las distintas posibilidades de ejercicio de potestades administrativas de posible incidencia en la libertad industrial, en VILLAR PALASÍ, op. cit., pág. 96.

(48) Vid. ENTRENA, *El servicio de taxis*, en esta REVISTA, núm. 27, págs. 53 y sigs., y *Las licencias en la legislación local*, loc. cit., págs. 661 y 663.

(49) Surgen los denominados servicios públicos impropios, servicios de interés público. Vid. al respecto GARCÍA TREVILJANO, *Aspectos de la Administración económica*, en esta REVISTA, núm. 12, pág. 27. Ello es aplicable si se observa, como hace notar VILLAR, que la mayor parte de los actualmente considerados servicios públicos fueron en su día actividades sujetas a la policía administrativa. Que estas cuestiones tienen una trascendencia supraacadémica, lo demuestra, por ejemplo, la reciente polémica que ha trascendido a la Prensa madrileña sobre la naturaleza del servicio de taxis.

(50) En la clasificación clásica de las concesiones se intercala como un *tertium genus* la concesión industrial. Vid. al respecto VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en esta REVISTA, núm. 3, págs. 66 y sigs., y del mismo, *Concesiones administrativas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. IV, página 694, aunque el resto de la doctrina se haya resistido a admitir esta figura intermedia.

a los particulares, exigen, por el contrario, inexcusablemente la constatación por la Administración de la concurrencia de las circunstancias precisas para el ejercicio de unas determinadas actividades. Ni la Administración puede renunciar aquí al ejercicio de sus potestades, ni su pasividad puede tener expresividad suficiente para modificar la situación anterior.

Para la ponderación de la compatibilización de los intereses privados con los públicos, pueden seguirse dos sistemas: la apreciación se realiza directamente por los particulares que contrastan sus conductas con los dictados de la Ley, interviniendo tan sólo represivamente la Administración para sancionar las desviaciones (51), o la decisión queda encomendada con carácter previo a la Administración. La actual Ley española de Prensa y el Proyecto elaborado para su sustitución son claros ejemplos de estas dos soluciones. Ahora bien, entre ambas puede adoptarse una posición intermedia: las conductas se entienden permitidas si la Administración no las ha vetado durante el lapso de tiempo de que dispone para ello. Es aquí donde puede operar el llamado silencio positivo, que no es otra cosa que el inejercicio de tales potestades (52), no cabe hablar con respecto a él de acto tácito ni de acto presunto; el silencio de la Administración no es en tales casos más que eso, silencio, renuncia, posiblemente consciente (53), al uso de facultades legítimas; no es necesario recurrir aquí a artulugios defensivos frente a una Administración obligada a pronunciarse, porque, a diferencia del silencio negativo, se la reserva la decisión de manifestarse o no (54).

Por tanto, estas técnicas no son adecuadas para aquellos casos en que la protección del interés público y la propia definición de los derechos particulares determinan una toma expresa de posición por parte de la Administración. Si se ha elegido la solución previa autorizatoria, debe mantenerse la congruencia con sus postulados, que exigen sea la Administración y no los particulares quien decida sobre la legitimidad de ejercicio

(51) Sin desconocer que, como indica VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, pág. 300, los fines de las actividades autorizatorias podrían «hipotéticamente alcanzarse mediante una declaración formal de libertad y una posibilidad posterior de prohibición».

(52) GARRIDO detecta acertadamente para los supuestos de actividades de control sometidos a plazo «los casos en que la doctrina habla de silencio positivo de la Administración» (*La llamada doctrina del silencio administrativo*, pág. 87).

(53) A ello parece referirse STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., pág. 84, cuando alude a los casos en que la Administración no responde, porque realmente no quiere responder. En el silencio negativo, sin embargo, la ausencia de respuesta no es intencional, no hay volición, mientras que aquí puede haberla, no se excluye una adopción reflexiva y significativa de tal actitud. En igual sentido, ROYO-VILLANOVA, *El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, en REVL, núm. 48, pág. 828, que con relación a los supuestos de tutela que, según se intenta demostrar, constituyen el propio campo del silencio positivo, precisa que por el transcurso de unos plazos «se enticnde que se ha renunciado al ejercicio de estas facultades».

(54) Por ello, con propiedad señalan GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pág. 521, y BAENA DEL ALCÁZAR, *Electo afirmativo*, cit., pág. 339, la inaplicabilidad a estos casos del principio general que establece la obligación de dictar una resolución expresa.

y la propia existencia de un derecho. Cabría objetar que pese a la calificación formal del sistema, se puede estar en presencia de la solución prohibitiva intermedia ya esbozada, y que, por tanto, el silencio tiene siempre en el fondo tal sentido. Ello, en efecto, como veremos, puede suceder, pero tal no es el caso de las autorizaciones normales de policía, ni mucho menos de las autorizaciones conformadoras y operativas que se otorgan a los particulares. En tales supuestos, como ha sido indicado, la lógica del sistema determina insalvablemente que la Administración conozca, valore y pondere las condiciones existentes, sin que pueda admitirse teóricamente que aquélla pueda decidir no entrar en examen, o que, de la ausencia del mismo y de la falta de pronunciamiento, deba colegirse la legitimidad de la conducta incontrolada del particular.

Con ello no se obsta el que, atendidas las limitadas implicaciones conflictivas con el interés público de determinadas actuaciones, se opte por la solución vetatoria más arriba indicada, como ha hecho recientemente el Reglamento de la Ley de Asociaciones española (55) en materia de cuestiones y asociaciones de hecho, o sucede en Italia para las reuniones y procesiones religiosas públicas (56). Tampoco se prejuzga qué materias deberán ser objeto de autorización, decisión ésta de carácter político (57), ni se desconoce la injustificación en muchos casos de incluir en este sistema actividades que podrían excluirse de esta técnica fiscalizadora, sometidas a la misma por razones ajenas a sus postulados, como puede ser la recaudación de ingresos para el ente autorizante (58), ni mucho menos se pretende concebir como autorizaciones a simples actos de constancia (59), a efectos administrativos, de la iniciación de actividades directamente permitidas por la Ley sin necesidad de que medie el pronunciamiento de la Administración. Únicamente se quiere hacer hincapié en que las autorizaciones, en cuanto tales, obtenibles por los particulares de la Administración, constituyen normalmente un campo escasamente idóneo para el juego de una interpretación positiva de la pasividad administrativa, directa-

(55) El Decreto de 20 de mayo de 1965 establece en su artículo 19, apartado 1.º, que los promotores de estas iniciativas deberán ponerlas en conocimiento del Ministerio de la Gobernación o Gobernadores civiles con quince días de antelación, y el artículo 20, apartado 2.º, que la Autoridad gubernativa prohibirá las que no se consideren determinadas o lícitas, prohibición que lógicamente hay que entender habrá de pronunciarse dentro de dicho plazo si se quiere que produzca plenos efectos.

(56) Vid. VIRCA, *Potestà di polizia*, pág. 133.

(57) Así, en Francia, mientras para las Asociaciones ordinarias únicamente se exige la comunicación de su constitución si se quiere que tengan capacidad jurídica, con base al artículo 5 de la Ley de 1 de julio de 1901, las Ligas caen bajo el ámbito de la Ley de 10 de enero de 1936, sometiéndose prácticamente al régimen autorizatorio. Vid. BURDEAU, *Les libertés publiques*, págs. 161 y sigs.

(58) Como se ha denunciado por GONZÁLEZ BERENCUER, *La actividad de policía*, página 144.

(59) Vid. VIRCA, op. cit., pág. 132, que diferencia justamente estos supuestos de las autorizaciones implícitas. Vid. una original manifestación de estos actos en el reciente Decreto de 23 de diciembre de 1965, por el que se regula el uso de armas accionadas por aire comprimido, B. O. del 29 de diciembre.

mente influida por las consideraciones que obran para sus efectos negativos.

Donde el silencio afirmativo puede tener mayor virtualidad es precisamente en el sistema de relaciones orgánicas de fiscalización y tutela (60). Al contrario del silencio autorizatorio en materia de licencias de policía, prácticamente desconocido en todos los Ordenamientos, salvo el español (61), los efectos positivos de la ausencia de pronunciamientos expresos por la Administración fiscalizante son expresamente admitidos en el orden de relaciones Administración central-local (62) por los distintos derechos positivos (63). Ello se explica, por el distinto carácter de este tipo de intervenciones, que sólo forzosamente se pueden englobar con las autorizaciones de policía y conformadoras que recaen en las esferas privadas de actividad. A diferencia de lo que con éstas sucede, el control de la Administración local por la central puede perfectamente articularse bajo la forma de las denominadas autorizaciones implícitas (64) o prohibiciones con plazo de ejercicio preclusivo. Es más, parece más conveniente esta modalidad si se pretende hacer justicia a los propios predicados de la autonomía local y se desea evitar, como debe ser el caso, inoportunos requisitos y prolongación de trámites. La autorización, así, funcionaría más bien como una carga de comunicación de proyecto, según la expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA (65), práctica ésta bien conocida por otros Ordenamientos. Resulta innecesario e indeseable la minuciosa y expresa revisión previa de las actividades intentadas por las Corporaciones locales. Los fines de fiscalización pueden mejor cumplirse dando oportunidad de intervención a los órganos de tutela mediante la comunicación a los mismos de los

(60) Teóricamente, la tutela remite al orden de relaciones entre entes distintos, mientras que la fiscalización se actúa por un órgano superior sobre otro inferior, como correctamente indica GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo*, pág. 570. Ambas son, sin embargo, manifestaciones de potestades controladoras, por lo que sus contornos no siempre son diferenciables, y en la práctica se califica de fiscalización, censura, intervención, inspección, etc., sus manifestaciones concretas, sin mayor precisión técnica ni grave trascendencia.

(61) En Italia, controvertidamente, existen también algunas manifestaciones, así en materia de urbanismo (FRANCHINI, op. cit., pág. 29, en nota), y en Alemania para supuestos aislados no siempre identificables con los que contempla nuestro Derecho, por ejemplo, para la transformación de un camino privado en público, tampoco admitidos pacíficamente. Vid. KORMAN, *System der regts-geschaftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910, página 177. Pero nunca con base a una norma general.

(62) La mayoría de los casos de silencio positivo eran en nuestro Derecho anterior, como señala ROYO, *El silencio positivo*, pág. 823, referidos a relaciones de tutela.

(63) Vid. para Italia, RESTA, *Il silenzio*, págs. 140 y sigs.; para Francia, JÈZE, *Essai d'une theorie generale de l'abstention en Droit publique*, en «Revue du Droit Publique», 1902, pág. 764, y GOUTTENOIRE, *Le silence de l'Administration*, París, 1932, y para Alemania, mi libro *El Municipio y el Estado en el Derecho alemán*, Madrid, 1965, páginas 264 y sigs.

(64) Vid. una crítica de las posiciones contrarias a la admisión de estas categorías en VIRGA, op. cit., pág. 132, aunque con argumentos no coincidentes con la línea que aquí se sostiene.

(65) *Sobre el silencio administrativo*, pág. 227, en nota.

necesarios informes. La buena y ordenada Administración, que en definitiva se pretende, debe ser estimulada simplemente adjudicando a los órganos de control la facultad de prohibir (66) y vetar determinadas operaciones, prohibición ésta que, forzosa exigencia de seguridad jurídica y celeridad administrativa, requieren se pronuncie, en su caso, en un breve lapso de tiempo (67). Pero ni es necesario que se fiscalicen todos los actos, ni mucho menos que se subordine su eficacia en cada caso a un previo y expreso pronunciamiento. Es por esto por lo que el efecto positivo del silencio tiene aquí pleno significado y congruencia.

Las serias objeciones formuladas a la aplicación de estas técnicas en las relaciones Administración-administrados se desvanecen totalmente aquí. Los presupuestos son, como vimos, sustancialmente distintos, la fiscalización de los entes locales tiene un sentido bien distinto que las intervenciones de policía. Pero, además, la pervivencia del término tutela (68), no significativo ciertamente ya de la antigua curatela del Estado absoluto sobre los entes locales (69), evoca un cierto sentido protector del propio ente y no sólo de los intereses públicos en general. Por último, el hecho de que los actos susceptibles de no prohibición-autorización están sometidos a la posible revisión jurisdiccional, añade otra importante diferencia en las autorizaciones antes examinadas (70).

Parecerá, sin duda, a lo largo de esta exposición, que se han escamoteado los intereses de un grupo importante de protagonistas: los particulares que solicitan la preceptiva autorización de la Administración (71).

(66) Vid. RESTA, op. cit., pág. 176, y HAURIU, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, París, 1933, pág. 23, quien categóricamente, en el sentido que se propugna, sostiene: «Lorsque l'Administration centrale est amenée a donner son approbation ou son autorisation... elle n'est suivant qu'une locution administrative energique, qu'un simple je n'empêche» (el subrayado es mío).

(67) «La finalidad que se persigue es el favorecer la gestión de las entidades locales» (ROYO, op. cit., pág. 829).

(68) Para ROYO-VILLANOVA, la tutela no es otra cosa que la intervención o injerencia de la Administración del Estado en la gestión de los entes locales (*El silencio*, página 828). En realidad, se trata de un concepto clave para la indagación del sentido de la Administración local de un Estado y momento histórico determinado. Al estudio de este tipo de articulación se dedica sustancialmente mi monografía antes citada. Vid. para este tema, BOQUERA, *La legalidad y su tutela gubernativa en la Administración local*, I, en *Problemas Políticos de la Vida Local*, vol. II, págs. 67 y sigs.; ENTRENA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1960, págs. 224 y sigs., y BAENA, *Relaciones entre Provincia y Estado en el aspecto orgánico*, en REVL, núm. 144, págs. 847 y sigs.

(69) Vid. *El Municipio y el Estado*, cit., especialmente págs. 26 y 275.

(70) Las consecuencias jurídicas de la ausencia de autorización en las actividades sometidas a control de policía y en las que caen bajo el ámbito de fiscalización y tutela, también abonan una diversificación de tratamiento. Vid., en relación con la distinta trascendencia de las actividades materiales o jurídicas no autorizadas, ORTOLANI, *AutORIZAZIONI*, pág. 278, y GARRIDO, *Tratado*, I, pág. 433, en nota.

(71) Porque precisamente no puede desconocerse que, como afirman GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, «la teoría del silencio administrativo ha sido ideada como un medio hábil para evitar que la pasividad de la Administración determine el agravio o desconocimiento de los derechos del particular y a la par la permanencia de situaciones jurídicas confusas» (*Derecho administrativo*, I, pág. 282).

Es indudable que no pueden ser desconocidas sus legítimas aspiraciones a una rápida y eficaz actuación administrativa que, en un sentido u otro, produzca un pronunciamiento. Para ellos resulta singularmente preferible el que la pasividad de la Administración suponga, por obra de la Ley, el asentimiento a sus pretensiones y determine los mismos efectos que un asentimiento expreso. Ciertamente que no se puede paralizar irresponsablemente el desarrollo de la vida social con una despreocupada y desidiosa Administración (72). Los particulares deben ser amparados en tales eventos, arbitrándose soluciones que obvien la indeseada obstaculización de la vitalidad de la sociedad. Pero ello no ha de ser a costa de que la sanción impuesta a la Administración, privándola de las posibilidades de resolver por ella no utilizadas durante un fijado período, redunde en una condena que deba ser sufrida por otros ciudadanos, afectados por su parte negativamente por estas consecuencias (73), y los propios intereses públicos en su generalidad.

Análogos resultados podrían obtenerse sin incidir en tan graves implicaciones, permitiendo provisionalmente el desarrollo de la actividad necesitada de autorización, una vez transcurran determinados plazos sin que recaiga resolución (74), sin que ello comprometa con carácter definitivo la decisión de la Administración. De esta forma se desplazaría hacia el solicitante la decisión de realizar o no las operaciones pretendidas, lo que lógicamente sólo en supuestos de fácil previsión de una resolución posterior coincidente tendría lugar, puesto que la exoneración de la obligación de indemnizar (75), por parte de la Administración, si su pronunciamiento tardío es justificadamente desestimatorio, indudablemente favorecería la mayor cautela y ponderación de la utilización de esta alternativa. Con

(72) El particular necesita —es, por lo demás, una afirmación ociosa— una rápida y eficaz respuesta de la Administración, y ello con mayor motivo cuando se solicitan autorizaciones que, como las industriales y de construcción, vienen a supeditar actividades enormemente importantes para la nación y que exigen por su propio carácter prontas y oportunas decisiones, cuyo retraso puede descoyuntar todos los planes trazados y la misma trascendencia económica de las operaciones proyectadas. Pero el silencio positivo, en su actual configuración, ni basta para soslayar importantes trabas administrativas, ni, como veremos, por las inseguridades jurídicas que conlleva, resulta una panacea plenamente satisfactoria.

(73) Claramente advirtieron en su día de estos posibles inconvenientes, CLAVERO, *El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955*, y GARRIDO, *El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Vid. para este problema en Italia, CASTIGLIONE, *Il «terzo» nel contenzioso edilizio*, en «*Rivista Amministrativa*», noviembre 1965, págs. 673 y sigs., aunque sin específica referencia al tema del silencio.

(74) Más o menos, es la técnica utilizada por la Ley de Minas de 1944; artículo 4.º de Hidrocarburos de 1858; artículo 17 y Reglamento de contratación de las Corporaciones locales de 1953, para sus específicos supuestos, no coincidentes plenamente con los que aquí se examinan. Vjd., con relación a la segunda Ley citada, ENTRENA, *El dominio público de los hidrocarburos*, en esta REVISTA, núm. 29, especialmente págs. 362 y 363.

(75) Bien entendido que tal exoneración se refiere a la no necesidad de retirar la licencia, pero no a la que pueda derivarse de la prolongación indebida de la tramitación a que se alude a continuación.

esto no se intenta tomar posición decididamente por la Administración, con olvido de los perjuicios que su indolencia pueda acarrear, pues tales perjuicios podrían ser evaluados por el juez imponiendo su resarcimiento si (76), injustificadamente, se demora la resolución administrativa más allá de los plazos fijados al efecto (77), sin descartar tampoco la exigencia de las responsabilidades individuales en que eventualmente se hubiere incidido por los titulares de las funciones públicas (78). La solución indemnizatoria será, por lo demás, la única viable en aquellos supuestos en que des sin el previo pronunciamiento de la Administración.

III.—EL SILENCIO POSITIVO EN NUESTRO DERECHO.

1. *En el ámbito de la Administración Central.*

Prescindiendo de algunos supuestos aislados de asignación de efectos favorables para los administrados al mutismo de la Administración, por lo demás más próximos a la solución anteriormente propuesta que a la comprensión habitual del silencio positivo (79), esta técnica es empleada por primera vez con alguna extensión de base (80) por la Administración del Estado (81), en el Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Trabajo de 2 de abril de 1954 (82). Posteriormente, la Ley de 18 de marzo de 1944 (83), la Ley de Expropiación forzosa, la Ley del Suelo (84) y la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 27 de diciembre de 1956, con

(76) Base hay para ello en nuestro Derecho en el artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico y 131 de la de Expropiación forzosa, en cuanto se trata, sin duda, de un funcionamiento anormal de un servicio público, aunque la evaluación del perjuicio es tarea nada fácil. Según M. M. Díez, *El acto*, cit., pág. 155, sólo en el caso de actividad reglada el silencio puede dar origen a responsabilidad.

(77) Plazos, por lo demás, que deben ser breves, aunque factibles. No se debe paralizar más que lo estrictamente necesario la iniciación de unas actividades que el Estado, desde otra perspectiva, trata intencionalmente de fomentar. Si los trámites son complicados y prolijos, hay que podarlos hasta donde sea posible.

(78) Expresamente admitido por TRETIN, *L'atto amministrativo*, cit., pág. 466.

(79) Vid. nota 74.

(80) El Real Decreto de 3 de mayo de 1887 estableció internamente, en materia de apelaciones en cuestiones de competencias, efectos del silencio que guardan alguna relación con su sentido actual. Vid. sobre estos antecedentes CABAL, *El procedimiento administrativo y sus formularios*, Madrid, 1954, págs. 37 y sigs., y GONZÁLEZ RIVERO, *El silencio administrativo en el Derecho español*, en REVL, pág. 358, con gran documentación. Menos claros los antecedentes que cita F. DE VELASCO, *El acto*, pág. 24, que no guarda gran conexión con esta materia.

(81) Su origen está, en sentido negativo, en Francia, Decreto de 2 de noviembre de 1864, art. 7, y Ley de 17 de junio de 1900, art. 3.

(82) Artículo 28. Anteriormente, la Ley de 10 de octubre de 1942, sobre elaboración de Reglamentos Laborales, contenía en su artículo 17 un supuesto de silencio positivo.

(83) Vid. PÉREZ HERNÁNDEZ, *El silencio en la Ley de 18 marzo de 1944*, en esta REVISTA.

(84) Aunque ésta conoce también el efecto afirmativo, como veremos al estudiar su incidencia en el ámbito local.

carácter general, regulan el efecto denegatorio del silencio (85), aunque el que ésta, obviamente por sus propios presupuestos, prescinda de sus posibles efectos afirmativos, como se desprende de su Exposición de Motivos (86), no implica la adopción de posiciones contrarias (87) en relación con estas cuestiones, que caen lógicamente fuera de los objetivos de dicha Ley (88).

La Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 afrontó ya directamente esta materia, dedicando expresamente un artículo al silencio positivo, al que parece encuadrar dentro de una sistemática general del silencio comprensiva de sus manifestaciones afirmativas y denegatorias. El artículo 95 de dicha Ley, cuya redacción proyectada (89) se hacía eco plenamente de la teoría ya expuesta de las remociones de límites a los derechos subjetivos por vía de autorización, contempla en realidad dos grupos de supuestos distintos: los que hacen referencia a las relaciones entre Administración y administrados y los propios de las funciones de fiscalización y tutela encomendadas a unos órganos administrativos y ejercidas sobre las actividades de otros. Para los primeros, cautamente, remite la Ley a las disposiciones que expresamente así lo establezcan, mientras que en los segundos establece sin más el silencio positivo con carácter general. El plazo será el que las respectivas disposiciones determinen, y en ausencia de su precisión, el de tres meses, lo que supone que si se trata de fiscalizaciones orgánicas y nada se ha previsto, transcurridos tres meses se entenderá conseguida la autorización o aprobación, mientras que para que dicho plazo produzca efectos en otro orden de relaciones, se requerirá que la norma que haya establecido para ellas el juego de los efectos afirmativos del silencio haya omitido la precisión del término a cuyo transcurso se entiende producido, supuesto éste más que problemático. Nuestro Ordenamiento cuenta, pues, a diferencia del resto de las legislaciones, con un precepto general regulador del silencio positivo, bien que fuera de los

(85) La primera solución en este sentido adoptada en España venía contenida en el Real Decreto de 23 de marzo de 1886, que regulaba la vía administrativa previa a la judicial, fijando en su artículo 8 el plazo de cuatro meses para la resolución de las peticiones, transcurrido el cual se entendía denegada la solicitud.

(86) En la cual se dice que «el régimen general instituido por la Ley carecerá desde luego de aplicación en aquellos supuestos en que otras disposiciones establezcan que, transcurrido cierto plazo, previa o no denuncia de mora, hayan de entenderse estimadas las pretensiones de los administrados».

(87) BOQUERA, *Algunas dificultades*, cit., págs. 92-94, entendió que esta Ley había venido a suprimir los efectos positivos del silencio. Hoy tal posición no cuenta, como veremos, con el apoyo de la jurisprudencia, ni de la doctrina (GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento*, pág. 505; BAENA, op. cit., pág. 334), aunque sea dudoso que, dado el carácter supletorio de la Ley de Procedimiento en el ámbito local, hayan influido aquí sus nuevas formulaciones.

(88) En este sentido, GONZÁLEZ RIVERO, *El silencio administrativo*, pág. 357.

(89) Curiosamente se ha mantenido, sin embargo, la referencia al mismo texto en la Exposición de Motivos, en la que textualmente se dice: «No obstante, se prevé el silencio positivo... cuando se trate de autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos cuyo otorgamiento no fuese discrecional...».

casos de fiscalización y tutela enunciados tenga escasa trascendencia en la esfera administrativa central.

2. *Ambito local.*

A diferencia de lo que sucede en la Administración directa del Estado, en la Administración local el silencio, como ficción legal, tiene unos antecedentes bien definidos en su aspecto negativo (90) para los administrados y en el positivo en las relaciones de fiscalización y tutela (91), siendo prácticamente sólo aquí donde, más recientemente, se han extendido sus efectos afirmativos a las relaciones autorizatorias.

a) *El silencio positivo en el ejercicio de funciones fiscalizatorias.*

Como ha quedado dicho, se considera este campo el más idóneo para la aplicación de los efectos positivos del silencio, que son en realidad inejercicio de facultades prohibitorias. Por ello, no es de extrañar que ya en el Estatuto municipal de Calvo Sotelo (92) y en la legislación posterior (93) se estableciesen plazos tasados para la expresa concesión por los órganos de control de algunas de las autorizaciones y aprobaciones que por dichas disposiciones se preveían. La Ley de Bases de 1945 (94), la Ley del Suelo (95) y la Ley de Régimen local en vigor, han desarrollado este sistema conteniendo una serie de supuestos para los que se fija unos períodos determinados, que, una vez vencidos sin que se resuelva, producen la automática concesión de la aprobación o autorización interesada. Tal sucede, por ejemplo, en materia de aprobación de Estatutos de Mancomunidades (96), Proyectos municipales (97), suspensión de acuerdos (98), aprobación de Presupuestos ordinarios (99) y extraordina-

(90) Vid. GONZÁLEZ RIVERO, op. cit., págs. 345 y sigs.

(91) GONZÁLEZ PÉREZ, *El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento*, en «Documentación Administrativa», pág. 41, 8-9.

(92) Entre otros, en los artículos 21, 149, 302 y 323.

(93) Las Reales Ordenes de 4 y 6 de junio de 1930 y el Decreto de 2 de abril del mismo año establecieron el plazo máximo de un mes para que el Ministro de Hacienda pudiera pronunciarse en materia de empréstitos municipales. La Ley Municipal de 1935 siguió a este respecto la misma pauta marcada por la legislación de 1924 y posterior. El Decreto de 25 de mayo de 1938 sustituyó el trámite de referéndum previsto por la Ley Municipal republicana para la ratificación de determinados acuerdos, por la aprobación del Ministerio de la Gobernación, que debería producirse en el plazo de un mes. El artículo 4.º del Decreto de 13 de agosto de 1948, sobre convenios de entidades municipales para la repoblación de montes de utilidad pública, también preveía aprobaciones por silencio positivo.

(94) Base 56.

(95) Artículo 32, que fija un plazo preclusivo de seis meses para la aprobación de Planes y Proyectos. La Ley del Area Metropolitana de Madrid de 2 de diciembre de 1963, artículo 16, y su Reglamento de 28 de septiembre de 1964, artículos 40-5 y 45-3, también prevén plazos de silencio positivo.

(96) Artículo 35 de la Ley de Régimen Local.

(97) Artículo 279.

(98) Artículos 362 a 365.

(99) Artículo 685

rios (100), Ordenanzas de exacciones (101) y tarifas (102), y posiblemente, por extensión lógica del criterio, en aquellos otros en que, sin determinarse expresamente que el transcurso del plazo señalado producirá, en ausencia de declaración, los efectos aprobatorios o autorizatorios queridos, se fija la obligación de resolver dentro de un término fijado (103).

En los restantes supuestos en que se somete a fiscalización las actuaciones municipales, sin precisarse plazo para la adopción por los órganos de tutela de las solicitadas resoluciones (104), habrá de entenderse que será de aplicación el artículo 95 de la Ley de Procedimiento, no ya por la supletoriedad de esta Ley en el ámbito local, sino porque tratándose de relaciones directas entre órganos fiscalizadores y tutelados, rige para aquéllos y éstos plenamente este precepto.

b) *Silencio positivo y licencias municipales.*

Llegamos ahora al punto más escabroso del examen de las posibilidades aplicadoras de la técnica del silencio autorizatorio. Tal solución, que cuenta con escasos precedentes en el Derecho comparado (105) y que resta aún prácticamente inestrenada en el ámbito propio de la Administración central, fué introducida en el local por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955. Con arreglo a su artículo 9.º, apartado 5.º: «Las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos, habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el Registro general», añadiéndose en el 7.º: «Si transcurrieran los plazos señalados en el número 5.º, con la prórroga del período de subsanación de deficiencias, en su caso, sin que se hubiere notificado resolución expresa: a) El peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo, donde exis-

(100) Artículo 700.

(101) Artículo 732.

(102) Artículos 65 y 151 del Reglamento de Servicios.

(103) Así, en materia de aprobación de expedientes de municipalización por el Ministerio de la Gobernación, al que se da un plazo de tres meses para resolver (art. 169 de la Ley de Régimen Local); Presupuestos extraordinarios con operación de crédito, noventa días al Ministerio de Hacienda (art. 701); alzadas al mismo en materia de imposición de nuevas exacciones, sesenta días (art. 725).

(104) Así, por ejemplo, en materia de enajenaciones de ciertos bienes (art. 189); aprovechamientos de bienes comunales (art. 192).

(105) Así se entiende en Italia en cuanto a las licencias municipales de construcción por el Consejo de Estado, con base a determinadas Ordenanzas municipales, mientras que el Tribunal de Casación estima que tales normas habrían venido derogadas por el artículo 32 de la Ley de Urbanismo de 17 de agosto de 1936. Vid., al respecto, FRANCHINI, *Le autorizzazioni*, pág. 29.

tiere constituida, o, en su defecto, a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo; b) Si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo; y c) Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo».

La Ley del Suelo, posteriormente, ha venido a sancionar este sistema, remitiendo para la concesión de licencias al procedimiento establecido en el citado Reglamento. La asignación al silencio de la Administración autorizante de los mismos efectos que el acto expreso y el montaje, todo ello sobre las ideas subyacentes de la remoción de límites, aunque, con cierta incongruencia con sus postulados, se vea en el acto autorizatorio la creación de un derecho, ha dado pie a conclusiones que si bien no carentes de apoyo en nuestro Derecho positivo e incluso obligadas con tal base (106), resultan desde otro plano ligeramente paradójicas.

El Reglamento de 30 de noviembre de 1961, regulador de las industrias molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, modificó para este tipo de licencias los plazos de silencio positivo (107).

Para la anulación y revocación de licencias municipales es de aplicación el artículo 16 del Reglamento de Servicios, que dice así: «1. Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación».

(106) Por ello no estimo fundada, de *lege data*, alguna esbozada corriente jurisprudencial, que parece conectar las autorizaciones concedidas por silencio positivo con la concurrencia de las condiciones previstas por las Ordenanzas. Sean o no conformes las actividades autorizadas por esta vía, es lo cierto que una vez obtenidas, *ope legis*, rige para ellas las mismas garantías que amparan las autorizaciones expresas, las cuales no pueden sin más desconocerse por haber sido otorgadas con contravención de las normas en vigor. Habrá que proceder, para su anulación o revocación, a los trámites previstos para ello.

(107) La primera redacción del artículo 33, apartado 2.º, d), de dicho Reglamento decía así: «Transcurridos seis meses desde la fecha de la solicitud sin que hubiese recaído resolución ni se hubiere notificado la misma al interesado, quedará otorgada la licencia por el silencio administrativo, salvo en aquellos supuestos en que los informes de la Comisión hayan sido desfavorables», correspondiendo lo subrayado a la corrección de erratas publicada en 7 de marzo de 1962. Posteriormente, por el Decreto de 5 de noviembre de 1964, dicho apartado, ahora el 4.º, ha quedado como sigue: «Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la solicitud sin que hubiese recaído solución ni se hubiese notificado la misma al interesado, podrá éste denunciar la mora simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y transcurridos dos meses desde la denuncia, podrá considerar otorgada la licencia por silencio administrativo, salvo en aquellos casos en que la Comisión hubiere notificado su acuerdo desfavorable y se hallase éste pendiente de ejecución por parte del Ayuntamiento».

Este precepto, indudablemente progresivo, deberá primar para estos específicos supuestos sobre lo establecido con carácter general por el artículo 369 de la Ley de Régimen Local, en cuanto a la prohibición de volver sobre los actos declarativos de derechos, y el 56 de la Jurisdicción contenciosa, en materia de anulación de actos lesivos (108), ya que tratándose de incumplimiento de condiciones o alteración de circunstancias, habrán desaparecido los propios presupuestos de la licencia (109) y con ello la justificación de su otorgamiento, y en los restantes casos no se trataría de privación de derechos, sino de transformación de los mismos, respetándose sus contenidos económicos (110).

Por ello, y con base al artículo 16 del Reglamento citado, si la licencia ha sido concedida por el efecto positivo del silencio y no se ajusta a las condiciones legalmente requeridas, habremos de recurrir al alambicado y poco riguroso concepto del «acto erróneo presunto», con la peregrina consecuencia de que en tal caso habría obligación de indemnizar para proceder a su anulación, ya que no han desaparecido las circunstancias «que motivaron su otorgamiento», mientras que una licencia expresa y legítimamente concedida que posteriormente fuese afectada por una alteración de circunstancias, puede ser retirada sin compensación alguna (111).

Pero no sólo los intereses de la comunidad (112) pueden venir lesionados por esta peligrosa utilización de la técnica afirmativa del silencio en materia autorizatoria; también determinados particulares podrán individualmente venir afectados en ciertos casos por tales situaciones, con lo que para salvar la pasividad administrativa se sacrificarán unos intereses ajenos en beneficio de otros. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto no inusual de instalación de una industria incómoda o peligrosa en una, hasta

(108) A diferencia de lo que ocurre con los restantes actos administrativos que declaren derechos, dice ENTRENA con relación a este artículo, las Corporaciones locales, cuando anulen licencias por estas razones, «no habrán de seguir los cauces de la lesividad, sino que podrán adoptar directamente el acuerdo de anulación» (*Las licencias*, página 675).

(109) ENTRENA, op. cit., pág. 675, y VILLAR PALASÍ, *La intervención*, pág. 430, califican esta situación de *ilegitimidad sobrevenida*.

(110) Como ha señalado la jurisprudencia que se examina a continuación.

(111) Mientras el primer supuesto, concesión de licencia por silencio positivo sin sujeción a Ordenanza, encajaría en las licencias otorgadas por error del artículo 16, apartado 2, cuya anulación da lugar a indemnización según el apartado 3 del mismo artículo, para el segundo no se prevé esta compensación.

(112) Vid. CLAVERO, *El Reglamento de Servicios*, pág. 290, donde se prevén estos peligros, se exhorta en su evitación a los Ayuntamientos para que revisen sus Ordenanzas, al objeto de impedir a toda costa el silencio administrativo, y se plantean algunos interrogantes aún no resueltos definitivamente, como en materia de los paradójicos «derechos adquiridos de un no-acto», demoliciones, responsabilidades, lesividad, revocación. Prácticamente está allí toda la problemática con que diez años después se enfrenta este trabajo. También GARRIDO, *El silencio en la nueva Ley de la jurisdicción*, pág. 56, señalaba cómo la fiscalización de las condiciones del artículo 22 del Reglamento de Servicios podía quedar «burlada en una licencia obtenida al amparo del mecanismo del silencio administrativo. Se hace así pagar a la comunidad la inercia, la pasividad de los funcionarios y autoridades municipales».

entonces, pacífica vecindad. En el mejor de los casos, si éstos ignoraban previamente la tramitación, habrán de recurrir a prolongados y costosos trámites para eliminar las consecuencias de un acto presunto del que carecerían posiblemente de noticia hasta que produjo sus efectos materiales (113). En tales circunstancias, ni el propio beneficiario del mismo saldría favorecido ante una eventual revisión judicial de su licencia, y los perjuicios que ello le acarrearía, entonces, de difícil reparación. Sobre todo porque su inseguridad podría prolongarse ante la dificultad de fijación del comienzo de los plazos para el ejercicio de las acciones impugnadoras de sus derechos, inseguridad que, por otro orden de razones, se producirá cumulativamente en el caso de las industrias incluidas en el ámbito del Reglamento de 1961 y que son la mayoría (114).

(113) «Puede ocurrir que se lesionen derechos de terceros que no habrán tenido noticia de lo ocurrido y no podrán recurrir» (GARRIDO, op. cit., pág. 53). «El plazo, opina BAENA, debe contarse desde que el recurrente tenga conocimiento de que existe y es firme la situación creada... Por tanto, habrá de entenderse que el plazo empieza a contarse desde el día siguiente al transcurso del tiempo exigido para que la Ley atribuya efectos afirmativos al silencio de la Administración» (*Efecto afirmativo*, pág. 338). La primera proposición me parece correcta, pero la segunda la invalida prácticamente, pues puede suceder, y normalmente así será, que tal conocimiento no se produzca materialmente hasta mucho después de la producción de los efectos autorizatorios del silencio. El particular lógicamente ignorará que se había solicitado una licencia y mucho menos para qué. De hecho, su alcance, en ausencia de toda comunicación oficial, sólo le será revelado cuando comiencen las operaciones así autorizadas, y aun así, la precisión del momento inicial para el cómputo de los plazos está en el aire. Pero además quedan otras importantes incógnitas procesales. Estos plazos, a efectos contenciosos, ¿son los correspondientes al acto expreso o al presunto? ¿Es preceptivo o no el recurso de reposición? Tratándose de un no-acto posiblemente contrario a la voluntad de la Administración y que la vincula, carece de sentido tal trámite. Como se ve, las consecuencias del silencio positivo desbordan las previsiones procedimentales.

(114) Y ello porque, contra lo que se piensa, en el Reglamento de industrias molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, existe un precepto cuyo juego puede prácticamente invalidar los efectos del silencio positivo; me refiero al artículo 34, que dice así: «Obtenida la licencia de instalación de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente, no sólo por la actividad de que se trate, sino también por la naturaleza del daño que pueda causarse». Precepto éste que ha sido desarrollado por el artículo 13 de la Instrucción de 15 de marzo de 1963 como sigue: «Artículo 13, 1. Las inspecciones que se practiquen sobre industrias o actividades objeto de nuevas licencias tendrán la consideración de visitas de comprobación y tenderán, por tanto, a comprobar exclusivamente si se han adoptado o no las medidas correctoras exigidas en las licencias pendientes de concesión definitiva. Las correspondientes visitas deberán girarse en el plazo de dos meses, como máximo, contados a partir de la notificación a los interesados de la concesión de la licencia, si es expresa, o del momento en que deban considerarse otorgadas por el silencio administrativo.—2. En el supuesto de licencias otorgadas tácitamente, los interesados solicitarán del Alcalde respectivo la práctica de la correspondiente inspección, dentro de los quince días siguientes al en que se entiendan aquéllas concedidas, por la aplicación automática de lo dispuesto en el artículo 33, párrafo 2, apartado d), del Reglamento. Los funcionarios inspectores tomarán como punto de referencia las medidas correctoras propuestas por el beneficiario en su solicitud y aceptadas en la fase calificatoria por la Comisión Provincial

Nuestro Derecho positivo, que no desconoce, como en materia de fiscalizaciones y tutela se ha visto, estimables interpretaciones de la inactividad de la Administración, ampara, pues, en otros casos, soluciones que, como la automática equiparación del acto expreso al acto producido por silencio positivo autorizatorio, quizá de *lege ferenda* podría ser oportuno reconsiderar.

IV.—LA JURISPRUDENCIA.

1. *Silencio positivo y remoción de límites.*

La comprensión de las autorizaciones de policía (115), como removeadoras de los obstáculos que interfieren el ejercicio de derechos ya existentes (116) y, por tanto, como ámbito propicio para la utilización de la técnica del silencio afirmativo, ha sido compartida por la jurisprudencia, quien en una reciente sentencia, cuyos Considerandos son aceptados posteriormente por el Tribunal Supremo, inequívocamente se pronuncia en este sentido :

Sentencia del T. S. de 8 de mayo de 1965: «Que lo que justifica la aplicación de la teoría del silencio administrativo positivo, en materia de licencias municipales, es la propia naturaleza de estas autorizaciones administrativas, que al permitir el ejercicio de un derecho, del que ya era titular el autorizado, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio, con relación a la zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar, muestra cómo, mediante la licencia, no se amplía el patrimonio del autorizado, con la adición de un bien o un derecho que antes no tuviera, si bien es cierto que con ella se dilata su esfera jurídica, mediante la eliminación de las cortapisas establecidas previamente por el Ordenamiento, al objeto

de Servicios Técnicos». Pero quizá apurando más matizadamente esta vía se podría consecuentemente llegar a una deseable eliminación de los perjudiciales efectos de la pasividad de la Administración, sin incidir, por el otro lado, en radicales y equívocas soluciones.

(115) Para una más extensa reseña jurisprudencial en esta materia, vid. de GONZÁLEZ BERENGUER *La actividad de policía en la esfera municipal*, Madrid, 1959.

(116) Vid. en este sentido las sentencias de 4 de abril y 19 de junio de 1964, respectivamente, de las Audiencias Territoriales de Las Palmas y Sevilla. La primera de ellas se expresa como sigue: «... lo que equivale a afirmar que no puede imponerse limitación alguna de la actividad privada, ni, consecuentemente, la sujeción del administrado a previa autorización, en tanto en cuanto no se hubieren determinado normativamente, esto es, con carácter de generalidad y por vía legal o reglamentaria, los supuestos concretos en que se restringiere la libertad de los particulares, y se interviniera su actividad por la Administración, siendo de añadir que la licencia no es sino el acto administrativo mediante el que se remueve el obstáculo o traba impuesta por razón de interés público que impide al particular el ejercicio de un derecho en el preexistente...». La de Sevilla, por su parte, afirma: «Que como de todas formas las autorizaciones o licencias no son actos creadores de derecho *ex novo*, sino simplemente remoción de límites de derecho preexistente».

de que el ejercicio de ciertos derechos por el particular no pueda hacerse sin un previo control administrativo, sin que aquella remoción implique la transferencia de derecho alguno del ente autorizante al sujeto autorizado, por lo que nuestro más Alto Tribunal ha declarado que el otorgamiento de una licencia consiste en una autorización a un particular para realizar un acto que está permitido, y se exige para averiguar si se cumplen las condiciones requeridas (sentencia de 17 de diciembre de 1959), lo que da lugar a que la más frecuente utilización de la doctrina del silencio administrativo positivo se produzca precisamente en el campo de las autorizaciones de policía, respecto a las que no repugna la idea de que se interprete la pasividad administrativa en el sentido de aquiescencia, a diferencia de lo que acontece en el campo de las concesiones administrativas».

Sin embargo, y con relación a la calificación del otorgamiento de licencias, el Tribunal Supremo insistentemente le reconoce la naturaleza de to engendrador de derechos subjetivos, no desconocibles *a posteriori* por otorgante, lo que pugna con la tesis de los derechos preexistentes, a no r que los derechos que con la autorización se crean se refieran al ejercicio tan solo.

Sentencia de 15 de febrero de 1950: «Concedida una licencia, se crea un derecho irrevocable para el Ayuntamiento».

Sentencia de 18 de marzo de 1953: «Que el acuerdo adoptado por la Comisión Municipal Permanente, en cuanto concedía la licencia de apertura solicitada, engendró un derecho a favor de la entidad solicitante».

Sentencia de 28 de octubre de 1955: «Que no es posible negar que la concesión de la licencia concede un derecho, puesto que se confiere por ella la facultad de hacer algo que sin la misma no podría hacer y que no puede hacer nadie más que el autorizado».

Sentencia de 4 de febrero de 1965: «Que ello sentado, es aplicable a la esfera de actuaciones propias de las Corporaciones locales el principio general de la irrevocabilidad *per se* de los actos declaratorios o constitutivos de derechos subjetivos compatibles con la excepción referida a las licencias municipales».

2. Manifestaciones del silencio positivo.

La jurisprudencia ha venido conociendo de diversos recursos en que se alegaban efectos positivos del silencio, así en materia de Reglamentos interiores de trabajo (sentencia de 18 de abril de 1951), aplicación del artículo 28 del Reglamento del Ministerio de Trabajo de 1952 (118) (sen-

(117) Vid. ROYO-VILLANOVA, *Problemas de régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, página 133, y la jurisprudencia allí citada, y GONZÁLEZ BERENGUER, *op. cit.*, págs. 55, 57 y 158, de donde tomo las tres siguientes sentencias.

(118) Vid. también la sentencia de 26 de marzo de 1963, que declaró la subsistencia de este precepto reglamentario para las relaciones jurídicas surgidas a su amparo.

tencias de 25 de noviembre de 1959, 15 de febrero de 1960, 18 de mayo de 1964) y adjudicación tácita de subastas municipales (sentencia de 1 de febrero de 1965), aunque este último caso guarda ciertamente poca homogeneidad con los anteriores. Aquí, sin embargo, siguiendo la sistemática que se viene desarrollando, nos interesan especialmente los casos más numerosos de autorizaciones fiscalizadoras y tuteladoras y licencias concedidas por silencio positivo.

a) *Silencio positivo en materia de fiscalización y tutela.*

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo versan, como es explicable, sobre recursos planteados con motivo de las relaciones, a estos efectos fundadas, entre las Corporaciones locales y los organismos centrales. Así la sentencia de 29 de enero de 1958, que declaró haber recaído aprobación tácita en un proyecto de urbanización elevado a la Comisión Central de Sanidad Local, por el transcurso del término fijado en el artículo 18 de la Ley municipal de 1935. La sentencia de 8 de junio de 1961 reconoció el otorgamiento, por silencio positivo, de la aprobación de un proyecto de alineaciones remitido por un Ayuntamiento a la Comisión Provincial de Urbanismo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley del Suelo.

Pero el fallo más significativo de nuestro más Alto Tribunal, que de clara aprobadas unas tarifas municipales de aguas por silencio positivo con base al artículo 151 del Reglamento de Servicios, es quizá el siguiente:

Sentencia de 11 de febrero de 1965; ponente, señor ARIAS RAMOS: «Que la aplicación de la llamada interpretación histórica, que acude en la labor exegética a los orígenes y precedentes de la norma a interpretar, arroja el mismo resultado; pues el precepto en el que se estableció el silencio administrativo positivo de que se trata el precepto que ha estado vigente en el período aproximado de veintidós años anterior a 1955, es el párrafo 2.º del artículo 142 de la Ley Municipal de 1935, que implantó esta modalidad de declaración administrativa, precisamente —y es interesante hacerlo resaltar— para la aprobación ministerial de tarifas de servicios municipalizados».

Sobre todo me interesa resaltar el segundo Considerando de esta notable sentencia, que ha calado plenamente en la esencia del silencio positivo y que corrobora los argumentos ya expuestos sobre su particular predestinación y aptitud para modular las relaciones de fiscalización y tutela (119). Dice así:

«Que en razón a este planteamiento..., resulta, por el contrario, que si uno de los motivos de la actitud de prevención y recelo que parte de la doctrina administrativa siente por la aplicación del silencio administrativo positivo es el de que la apatía o pasividad de

(119) En relación con las prevenciones a que se alude en el Considerando que se transcribe a continuación, puede citarse la sentencia de 18 de mayo de 1964, que calificó al silencio positivo «de institución peligrosa para los intereses públicos».

uno o varios funcionarios puede determinar el que, en la gestión de la *res publica*, la voluntad de la Administración sea, por ministerio de la Ley, sustituida por la voluntad particular, tal reflexión más parece que pudiera justificar la negativa de aplicación del silencio positivo a la aprobación de tarifas confeccionadas por una empresa o particular concesionarios, que aspiran a un lucro, y no a la aceptación de tarifas procedentes de una entidad de la propia Administración pública en su esfera local, cuyo fin no es el lucro, y que obra, no ya en la zona de su esfera de competencia, sino más bien en la de cumplimiento de una de sus obligaciones legales: la de abastecimiento de aguas al Municipio; por lo que no hay *ratio legis* justificativa de la tesis de la Administración demandada en esta *litis*».

b) *Silencio positivo y concesión de licencias.*

He aquí un campo de aplicación que no ha sido abierto hasta fecha reciente, y concretamente por obra del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955. Anteriormente la jurisprudencia se pronunció contrariamente a su admisión, a falta de disposición expresa que lo autorizase; así la sentencia de 19 de septiembre de 1951, entre otras posteriores,

Sentencia de 9 de mayo de 1958: «Que la doctrina del silencio administrativo como generadora del derecho a tener por concedida una licencia municipal de construcción de un edificio, cuando solicitada no es concedida en plazo breve o prudencial, no encuentra su apoyo en precepto alguno legal vigente...».

La aprobación de la Ley de la Jurisdicción contenciosa hizo surgir dudas sobre la posible derogación del artículo 16 del Reglamento de Servicios, en cuanto a su efecto positivo, lo que trascendía a la propia jurisprudencia. En la actualidad tales dudas parecen totalmente despejadas, como acertadamente señala la sentencia de 8 de mayo de 1965, con arreglo a la cual:

«El artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales atribuye valor positivo —en contra de la regla general— al silencio de la Administración, en casos de petición de licencias de apertura de toda clase de establecimientos, que si transcurriera el plazo de un mes sin que se hubiera notificado resolución expresa, se entenderán otorgadas por silencio administrativo, precepto que si bien a raíz de lo dispuesto en la disposición final 2.ª de la Ley de la Jurisdicción, se ha discutido doctrinalmente acerca de su vigencia, existiendo incluso un pronunciamiento jurisprudencial contrario, en término de posible generalidad, a la subsistencia de los preceptos especiales acerca del silencio positivo (sentencia de 2 de mayo de 1960), debe considerarse vigente en la actualidad, conforme a lo preceptuado en el repetido artículo 95 de la Ley de Procedimiento

administrativo y al reiterado criterio de esta Sala, mantenido, entre otros fallos, en los de 20 de marzo de 1962 y 4 de junio y 31 de octubre de 1963».

3. Vinculación de la Administración a los efectos positivos del silencio.

La asimilación de los efectos del silencio afirmativo en materia de licencias municipales a los producidos por otorgamientos expresos, parece unánimemente admitido, con algunas restricciones excepcionales, por jurisprudencia, que ve en ello, como observamos, la creación consiguiente de derechos, desviándose así de las tesis teóricas de la eliminación de barreras a facultades individuales previas, sin efectos declarativos ni constitutivos. Así, por ejemplo:

Sentencia de 23 de noviembre de 1962: «Al revés de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo, la Administración no puede modificar mediante la emisión de un acto posterior expreso la situación jurídica creada automáticamente por el transcurso del plazo dentro del cual estaba obligada a resolver, y cuya virtud los derechos subjetivos de aquélla dimanantes gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso y categórico».

Sentencia de 3 de octubre de 1963: «En base a lo dispuesto en el artículo 9.º del Reglamento de Servicios y demás concordantes, es posible concluir que la licencia de apertura solicitada fué concedida por acto tácito, ante la pasividad de la Administración, y de dicho acto surgieron en favor del administrado unos derechos que la Administración no puede desconocer dictando un acto posterior —el recurrido— que implica una revisión de oficio de un acto administrativo creador de derechos y protegido por lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley de Régimen Local».

Sentencia esta última que lleva a sus últimas conclusiones este planteamiento descartando la posibilidad de un pronunciamiento posterior expreso de sentido distinto, «aunque admitamos que el acto denegatorio de la licencia está ajustado a la Ordenanza correspondiente», la Administración debe, pues, con arreglo a esta doctrina, por lo demás lógica en su parte de la indicada asimilación, pechar con sus propios errores, sean éstos expresos o presuntos.

Otras sentencias, si bien siguen manteniendo tal equiparación, parecen sin embargo, apuntar el que la producción de iguales efectos para actos presentes y expresos vendrá condicionada al respeto por aquéllos de las condiciones reglamentarias. Así,

Sentencia de 3 de noviembre de 1964: «Que al relacionar tales preceptos con el artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo, que admite por vía de excepción el efecto positivo del silencio en materia de autorizaciones, y con el 369 de la Ley de Régimen

Local, enunciador del principio de irrevocabilidad de los acuerdos municipales declaratorios de derechos subjetivos, se evidencia que, al revés de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo, la Administración no puede en ninguna de sus esferas desconocer, contradecir ni alterar, mediante la emanación de un acto posterior expreso, la situación jurídica consolidada al amparo del tácito originario, ya que el conjunto de facultades que para el administrado derivan de las autorizaciones *ex lege* que el mismo implica, gozan de idénticas garantías de estabilidad y permanencia que si hubieran sido otorgadas de modo explícito, siempre que no se rebasen las normas de Ordenanzas, según enseña la de 31 de octubre de 1963».

Pero, en realidad, ni la sentencia de 31 de diciembre de 1963 (120), ni la transcrita, hacen especial hincapié en tales condiciones, que, por lo demás, no encuentran apoyo en la legalidad vigente, que, como vimos, a igual trato a las licencias expresas o presuntas, debiéndose mantener hasta tanto no se anulen o revoquen por la vía procedente.

4. Posibilidades de revisión de licencias concedidas por silencio positivo.

A la vista de la sustancial identidad que se ha venido predicando entre las licencias concedidas por actos expresos y las presumidas por el transcurso de determinados plazos, parece que para resolver estas incógnitas habría que acudir a la teoría general de las autorizaciones administrativas y de los medios disponibles para su invalidación. En materia de autorizaciones de policía, no ha escapado a la jurisprudencia la forzosa recisión de prescindir de alguna manera del estrecho dogmatismo que ompele inexorablemente al mantenimiento indefinido de las situaciones readas y los derechos reconocidos por la Administración. Es claro, y así ha visto también la jurisprudencia, que el mantenimiento al menos, de la seguridad pública exige una actividad constante posiblemente revivora de lo ya actuado, a tenor de las variantes circunstancias, incompatible con el respeto cuidadoso de los postulados de dos grandes teorías m ticas: la de los derechos adquiridos y la de los actos propios.

Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1950 y las de 13 de diciembre de 1957, 25 de junio de 1958 y 30 de mayo de 1964, mantienen no sólo el derecho, sino también el deber de los Ayuntamientos de «velar por la observancia de las medidas impuestas en orden a la policía de la seguridad industrial y vecinal», por lo que la clasificación de las industrias incómodas o peligrosas no puede considerarse como

(120) En realidad, esta sentencia, si bien afirma que «no cabe entender concedido por la tácita lo que era ilegal otorgar expresamente», viene implícitamente a admitir la recisión de pasar por estas situaciones una vez producidas, a no ser que se anulen en forma, por cuanto se pronuncia expresamente en el sentido de la anulabilidad parcial del acuerdo municipal impugnado por lesivo.

inmutable y exige en todo caso una cuidadosa vigilancia sobre su funcionamiento, no limitada al momento de apertura (121).

Más ampliamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1950, cuya doctrina ha sido recogida recientemente por la de 19 de junio de 1964, de la Audiencia de Sevilla (122), sostenía la ausencia de obligación de mantener indefinidamente una autorización, puesto que con ello se podría llegar a paralizar la gestión pública por obra del respeto, pese al cambio de las circunstancias, de una situación de carácter administrativo a favor de un particular: «Doctrina ésta insostenible por absurda y que está en contradicción con aquel otro principio básico del Derecho público, con arreglo al cual el interés privado tiene necesariamente que supeditarse y ceder ante razones que son de mayor estimación y por afectar al bienestar general de la sociedad».

Pero en todo caso, si la revocación de la licencia está motivada por cambio de criterio, con base al artículo 16 del Reglamento de Servicios, deberá mediar la correspondiente indemnización (123). Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ve aquí un supuesto similar al expropiatorio, y por alguna sentencia de las Audiencias Territoriales, que excesivamente y llevando al extremo la equiparación, conceptúan la indemnización como elemento esencial del acto revocatorio. En realidad, se olvida que la expropiación es un procedimiento rigurosamente formal y *sui generis*, fuera del cual se darán los supuestos de responsabilidad administrativa, dentro de los cuales parece tener más fácil acomodo el que contemplamos (124).

(121) Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1963: «Que aunque en tales supuestos, de perfecta normalidad legal de concesión de licencia de instalación de un complejo industrial como el de autos, puede y debe el Ayuntamiento de su razón ejercer sus particulares atribuciones de policía de seguridad sobre la industria de sus administrados».

(122) «... con la concesión u otorgamiento a favor del accionante del derecho al ejercicio de la industria, con la amplitud por él pretendida, ello no privaría a la Administración del deber de vigilar y controlar la forma en que la misma discurre, como facultad inherente al llamado poder de policía, vigente en el moderno Estado de Derecho, aunque, claro está, conformado por los principios de legalidad y de igualdad, en parte desconocidas en el antiguo régimen, especialmente en el conocido por el nombre de Estado policía o Estado absoluto...». Y más adelante: «Por las necesidades de convivencia, aunque el derecho preexista en el que ha recibido la autorización, jamás puede éste ejercitarlo de forma contraria a las conveniencias y necesidades de la comunidad; razón por la que se ha considerado perfectamente lícita la licencia condicional, supeditada a que la realidad demostrara que no se producían molestias, ni quejas del vecindario (sentencia de 28 de junio de 1955), así como la otorgada con la reserva de ejecutar determinadas obras (sentencia de 23 de mayo de 1961), hasta llegar a sentar la concluyente conclusión de que la Administración no está obligada a mantener indefinidamente el permiso que otorgó...».

(123) Así la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 13 de enero de 1964.

(124) Audiencia Territorial de Madrid, sentencia de 11 de febrero de 1964: «Considerando: Que si bien, como hemos afirmado anteriormente, no puede negarse a la Administración un poder revocatorio de las licencias, cuando así lo exige el interés público, es lo cierto que aun en el caso límite (revocación por adopción de nuevos criterios

Queda, por último, por precisar cuáles sean los cauces precisos para evitar a efecto la revocación o anulación de las licencias municipales en general, y en particular las otorgadas por silencio administrativo. Parece, por ahora, problemático, fuera del caso del Municipio de Madrid, el procedimiento de revisión de oficio que prevén los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento administrativo, ante la ausencia de adaptación de estos preceptos al régimen local. Restaría a continuación el proceso de lesividad autorizado por el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, que permitiría romper la prohibición revocatoria del artículo 369 de la Ley de Régimen Local. A tales o parecidas soluciones llegadas, lógicamente, la jurisprudencia anterior al Reglamento de Servicios Municipales de 4 de diciembre de 1951 y 18 de octubre de 1957, entre otras, encontrándose también entre la posterior alguna remisión expresa a estas posibilidades. En este sentido y con referencia expresa al silencio positivo, la sentencia de 3 de octubre de 1963 sostenía que: «Al existir un acuerdo de la misma Corporación —aunque sea tácito— que concedía una licencia, no puede ser revocado por la Corporación más que a través del correspondiente recurso de lesividad» (125).

Parece, sin embargo, que el artículo 16 del Reglamento de Servicios Municipales permite considerar que el proceso de lesividad, aunque constituya una solución no descartable *a priori*, ni es la única ni la más apropiada al supuesto normal de revocación de licencias, pues si inciden alteraciones de circunstancias o incumplimiento de condiciones al haber desaparecido sus presupuestos, la Administración podrá invalidarlas por sí, y si son motivaciones de otra índole las que animan la revisión, aunque a través del procedimiento de lesividad pudiera conseguirse, no se podrían paralizar las pretensiones indemnizatorias sustantivas que el citado artículo legitima, pues de otro modo se llegaría a la poco lógica conclusión que la anulación de un acto, adoptado por error, daría lugar a consecuencias indemnizatorias diversas, según sea la Corporación o los Tribunales quienes las reaccionen.

Estas conclusiones pueden encontrar apoyo en algunos pronunciamien-

de apreciación) los motivos que expliquen y fundamenten una tal declaración han de ser objetivos, congruentes con el fin que se proponga conseguir, y, en todo caso, los medios emplear han de ser proporcionados para evitar un excesivo desequilibrio con la infracción del principio de igualdad ante la Ley. En el caso de autos, la licencia fué revocada porque la Administración adoptó un nuevo criterio de apreciación de circunstancias, movida por un innegable interés público de descongestionar el tráfico en zonas del centro de la ciudad excesivamente congestionadas...».

«... y por esto cabe conceptuar a la declaración de indemnización, como elemento esencial del acto administrativo revocatorio, y que debe actuar, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la licencia de apertura, como presupuesto previo del lanzamiento o cierre administrativo de la industria, ya que, en todos estos supuestos, el derecho de propiedad (y lo es el ejercicio de una industria o comercio) merece una especial protección de las Leyes Fundamentales y de Expropiación forzosa».

«... En el mismo sentido la sentencia de 30 de septiembre».

(125) También la sentencia de 31 de octubre de 1963, que, accediendo a lo pedido, declara la anulabilidad parcial de una licencia tácita impugnada por lesiva.

tos jurisprudenciales (126), y concretamente en un reciente fallo que versa precisamente sobre un supuesto de revocación de una licencia obtenida por silencio positivo. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1965, ponente señor FERNÁNDEZ HERNANDO, dice así:

«Que constituye por ende manifiesta inconsecuencia y palmaria contradicción combatir ahora el fallo apelado, alegando que el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en cuanto faculta a ésta para revocar licencias en caso de adopción de nuevos criterios de apreciación con la obligación de resarcir los daños y perjuicios que a su titular se causaren ha quedado derogado por los artículos 56 de la Ley de la Jurisdicción, relativo al proceso de lesividad, y 37 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, que le niega potestad para anular sus propios actos declarativos de derechos, salvo en el supuesto de excepción que indica; pero, abstracción hecha de tales vicios dialécticos, el argumento carece de toda consistencia jurídica, puesto que tales defectos armonizan con los artículos 369 y 391 de la Ley de Régimen Local vigente, para cuya aplicación y desarrollo se dictó el Reglamento de Servicios mencionado, cuya prevalencia como normativa especialísima dentro de su peculiar esfera administrativa resulta incuestionable».

5. *La sentencia de 24 de diciembre de 1964.*

Para cerrar este comentario vamos a referirnos a otra destacada sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de la que fué ponente el Magistrado señor ARIAS RAMOS. Se trataba de la instalación de un taller de reparación de automóviles, cuya licencia entendió el solicitante, y así fué confirmado por la Audiencia Territorial de Pamplona, había sido concedida por silencio administrativo. El Tribunal Supremo, dando lugar a la apelación entablada por el recurrente y el Ayuntamiento de San Sebastián, revoca, por no conforme a Derecho, la mencionada sentencia del Tribunal de instancia, y en su lugar declara la reposición del expediente administrativo al momento inmediato a la presentación de la solicitud. Dicen así los Considerandos de la sentencia:

(126) En la sentencia, por ejemplo, del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1965 cuyo segundo Considerando comienza así: «Que ello sentado, es aplicable a la esfera de actuación propia de las Corporaciones locales el principio general de la irrevocabilidad *per se* de los actos declaratorios o constitutivos de derechos subjetivos (art. 369 de la Ley de Régimen Local), compatible con la excepción referida a las licencias municipales cuando desaparecieran sus motivos, sobrevinieran nuevas circunstancias o se alteraran los criterios urbanísticos que las determinarían».

Igualmente la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 31 de enero de 1964 afirma: «Que frente a la concesión de la licencia por silencio positivo —al igual que ocurre si se hubiere otorgado por acto expreso—, no cabe duda que el Ayuntamiento puede anularla (hipótesis del art. 16-1 y 2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales y 172 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 o revocarla (supuesto del art. 16-3 del citado Reglamento)...».

«Que, en cuanto a la otra declaración de la sentencia apelada, por la que se desestima el recurso en la parte antes transcrita del suplico de la demanda, es decir, en la que hace relación a la solicitud del hoy actor de 27 de junio de 1962 para apertura de taller de reparación, dotado de esmeril y taladro accionados por motor eléctrico, es de tener en cuenta que uno de los aspectos primordiales de la tarea de revisión de la actividad administrativa, propia de esta jurisdicción contenciosa, es el de examinar y enjuiciar la tramitación administrativa, velando por que ésta transcurra por los cauces señalados para ello en la Ley; y es obvio que, con preferencia a las dificultades de localización exacta del taller, en relación con la división registral del inmueble, en finca de Moraza, núm. 1, y Moraza, número 1 bis, y de su eficacia en el orden urbanístico municipal; así como el dato del estado *sub indice* de una solicitud de apertura de garaje, formulada por el señor J. L. —padre del señor J. F., hoy actor—, debe ser tenida en cuenta la circunstancia de que a la instantancia del señor J. F., de 27 de junio de 1962, debió dársele, y no se le dió, aunque aparezcan en el expediente atinados informes que lo indican, la tramitación señalada en el Decreto de 30 de noviembre de 1961, cuyos artículos 29 a 33 son normas especiales para el caso, complementarias de las establecidas en el artículo 9.º y concordantes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de julio de 1955.

Que la consecuencia obligada de esta inadecuada tramitación del expediente iniciado por la instancia del señor J. F. de 27 de junio de 1962 es la anulación de todo lo actuado en vía gubernativa, con la consiguiente revocación de la sentencia apelada, en cuanto no apreció el esencial defecto de no haberse seguido la tramitación adecuada; debiendo retrotraerse el expediente al momento inmediato siguiente al de la presentación de la instancia, para que se cumpla lo ordenado en los artículos 29 y siguientes del Decreto de 30 de noviembre de 1961.

Que esta conclusión, que implica naturalmente la inaplicabilidad al caso, aunque no exactamente por la motivación recogida en la sentencia apelada, del silencio administrativo positivo señalado en el artículo 9.º, I, 7.º, letra c), del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, no supone tampoco la posibilidad de que, en este caso concreto, pueda estimarse la existencia de la especial modalidad, por nadie aquí aducida, del silencio administrativo de efectos positivos del artículo 33 del Decreto de 30 de noviembre de 1961, porque, en primer lugar, la aplicación de tal norma supone que la instancia inicial, acompañada de los requisitos exigidos por el artículo 29, o, una vez suplidas sus deficiencias, haya sido encauzada en el procedimiento señalado en los artículos siguientes; y en segundo lugar, porque el automatismo de aplicación del silencio administrativo positivo, mero acicate y remedio contra la lentitud y pereza administrativa y medida siempre grave y delicada, debe ceder ante la comprobación de la existencia de vicios esenciales de tra-

mitación anteriores, que incluso, como en este caso, implican una total indefensión para personas afectadas por la actividad de que se trata, como lo serían aquí las que tenían derecho a acudir a la información pública ordenada en la norma a) del número 2 del artículo 30 del Decreto citado; y un impedimento para la resolución municipal, en la hipótesis de que el informe de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos resultase vinculante para la Alcaldía; el reconocimiento de vicios esenciales determinantes de nulidad ha de tener primacía a la aplicación automática del silencio administrativo positivo, que no puede actuar como esponja lavadora de tales defectos esenciales.

Que en el sentido y por las razones indicadas procede dar lugar a la apelación, revocando la sentencia recurrida, y reponer el expediente al momento antes indicado; sin que haya lugar a la apreciación de temeridad o mala fe a efectos de costas».

El Tribunal Supremo, en este notable fallo, toma plena conciencia de las implicaciones que de la concesión de una licencia por efectos positivos del silencio se derivan. Prescindiendo del bagaje doctrinario de la remoción de límites, se abordan los auténticos fundamentos de esta institución, simple arbitrio procesal para defender a los administrados de la pasividad de la Administración, pero sin que este artificial vínculo que el legislador establece para estos casos directamente entre la Ley y el solicitante, pueda ser utilizado cuando la omisión de indeclinables cautelas pueden hacer peligrar los intereses de otros ciudadanos y los superiores de la comunidad (127). Parece, en efecto, que sería extremar las virtualidades de estas técnicas si con su aplicación se sancionasen indefinidamente efectos que, de haber mediado pronunciamientos expresos, hubiesen sido susceptibles de invalidación, lo que sería radicalmente nulo en estos casos, lógicamente debe tener igual calificación cuando la autorización se ha pretendido obtener al amparo de la asignación de consecuencias a la inactividad administrativa. Con ello se viene en definitiva a reconocer, en línea con la tesis que se viene sosteniendo, la intrínseca dificultad de adaptar la solución positiva del silencio a la mecánica autorizatoria, en cuanto la delimitación de los derechos, la ponderación y la valoración de los intereses en conflicto no puede en muchos casos ser soslayada sin incidirse en graves consecuencias. Queda, no obstante, con ello sin resolver cuál sea entonces la solución a adoptar para proteger los también legítimos intereses de quienes instan de la Administración una decisión y no obtienen de la misma la pronta y deseada respuesta, intereses por lo demás comparti-

(127) La sentencia se basa, para descartar los efectos positivos del silencio, en la superior transcendencia de las prescripciones de naturaleza procesal que garantizan los derechos de todos los ciudadanos, siguiendo así una doctrina jurisprudencial que constituye quizá una de las más importantes aportaciones de nuestro Tribunal Supremo. Vid. al respecto las sentencias de 31 de diciembre de 1932, 23 de febrero de 1949, 25 de abril de 1950, 23 de enero y 10 de marzo de 1960, 22, 30 y 31 de enero, 16 y 21 de febrero de 1962, citadas por GONZÁLEZ PÉREZ en *Procedimiento administrativo*, página 73.

dos por toda la sociedad, para quien no puede ser ajeno el que por la Administración se cumpla con las puntuales exigencias de nuestra civilización industrial. Sin perjuicio de las simplificaciones procedimentales que a estos efectos se estimen pertinentes y de las soluciones de *lege ferenda* ya apuntadas, parece que la vía compensatoria y la exigencia de responsabilidades individuales y colectivas, podría ser eficazmente seguida para sacar de su inercia, si fuese necesario, a la Administración. Base suficiente hay para ello en las previsiones de nuestras Leyes de Expropiación forzosa, Régimen Jurídico y Administración Local.

RAMÓN MARTÍN MATEO

Ayudante de Derecho administrativo de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Madrid.

