

SILENCIO POSITIVO Y ACCIONES DECLARATIVAS

SUMARIO: I. La técnica del silencio positivo y la tensión interés general/interés particular: 1. La Ley del Suelo de 1956, atentado al interés público. 2. La Ley del Suelo de 1975, sometimiento del silencio positivo al principio de legalidad.—II. El silencio positivo sometido al principio de legalidad: ¿garantía para el administrado o causa de su inseguridad jurídica?—III. Solución a la inseguridad jurídica generada por el silencio positivo: las «acciones declarativas».—IV. La doctrina del Tribunal Constitucional y las acciones declarativas.—V. La regulación del silencio positivo en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: retorno al pasado.

I. LA TÉCNICA DEL SILENCIO POSITIVO Y LA TENSIÓN INTERÉS GENERAL/ INTERÉS PARTICULAR

El artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo (17 de julio de 1958), contempla dos supuestos diferentes de producción del silencio positivo: *a)* el que hace referencia a las relaciones entre la Administración y los administrados, y *b)* el propio de las funciones de fiscalización y tutela encomendadas a unos órganos administrativos y ejercitadas sobre las actividades de otros. De estos últimos prescindiremos aquí ya que constituyen un aspecto que no nos interesa considerar a los efectos de este artículo (1).

Para los primeros supuestos, lo que se espera con la técnica del silencio positivo es que la Administración remueva unos límites que han sido impuestos a los derechos de los particulares y cuyo ejercicio queda condicionado a la constatación de su compatibilidad con el bien común (2).

Para estos casos, la LPA (art. 95) señala que el silencio de la Administración se entenderá positivo en los supuestos en que así venga establecido por «disposición expresa» (3).

(1) La LRJ Cat. (art. 81.1) dispone que el silencio tendrá carácter positivo, además de en los supuestos regulados por el art. 95, LPA, cuando: *a)* se trate de un acto administrativo de naturaleza reglada que habilite al solicitante para el ejercicio de derechos e intereses preexistentes en su patrimonio; *b)* no se transfieran facultades administrativas relativas al dominio público o al servicio público.

(2) R. MARTÍN MATEO, *Silencio positivo y actividad autorizante*, núm. 48, de esta REVISTA (1956), pág. 208.

(3) Si tales disposiciones expresas no previeran un plazo específico para el silencio positivo, éste será de tres meses a contar desde la petición (art. 95, LPA). Por otra parte, el art. 1.3, LPA, aclara que el silencio administrativo que estuviere reconocido en disposiciones especiales se ajustará, en todo caso, a lo previsto en esta Ley.

Entre tales disposiciones que de forma «expresa» articulan el instrumento del silencio positivo se pueden nombrar: el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (D. 2414/1961, de 30 de noviembre, art. 33.4) (4); el Decreto que desarrolla la Ley de 22 de diciembre de 1972, de Protección del Ambiente Atmosférico (D. 833/1975, de 6 de febrero); la Ley del Suelo (19/1975, de 2 de mayo, art. 178.3); el Reglamento de Disciplina Urbanística (RD 2187/1978, de 23 de junio, art. 5.1 y 2); el Real Decreto sobre Liberación Industrial (RD 2135/1980, de 6 de septiembre, art. 2, II); el Real Decreto sobre Liberalización y Nueva Regulación de Industrias Agrarias (RD 2685/1980, de 17 de octubre, art. 7.2); el Real Decreto Ley de Medidas Urgentes Administrativas, Financieras, Fiscales y Laborales (1/1986, de 14 de marzo, art. 1.2, Disposición Transitoria primera y segunda); la Ley de Costas (22/1988, de 4 de julio, art. 15.3); el Decreto sobre Especialidades Farmacéuticas (D. de 16 de febrero de 1990, art. 4), y otras que podríamos señalar. Todas estas disposiciones acogen el instituto jurídico del silencio positivo en su articulado con la finalidad de conseguir una mayor eficacia administrativa y la plenitud de las garantías para los particulares, evitando así los perjuicios derivados de la inactividad formal de la Administración (5).

Efectivamente, con esta técnica de los «actos presuntos» (6) el particular no ve paralizada su actividad más allá de un cierto tiempo a partir del cual entiende que puede desarrollarla.

La regulación de este instrumento administrativo ha tenido un carácter «zigzagueante», carácter que ha quedado especialmente reflejado en la trayectoria histórica de nuestra legislación urbanística y que tiene su razón de ser en la continua tensión existente entre el interés general y el interés particular; dado que el legislador, al ponderar estos intereses en presencia, ha tendido a favorecer a uno o a otro sin lograr un correcto punto de equilibrio entre ambos, según veremos a continuación.

1. *La Ley del Suelo de 1956: atentado al interés público*

La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, en su artículo 165.2 se remitía al artículo 9 del Reglamento de

(4) Modificado por el D. 3494/1964, de 5 de noviembre y desarrollado por Orden del Ministerio de la Gobernación, de 15 de marzo de 1963, que aprobó la Instrucción para la ampliación del Reglamento.

(5) E. GARCÍA-TREVUJANO, *El silencio administrativo en el Derecho español*, ed. Cívitas (Madrid, 1990), pág. 175.

(6) La doctrina más generalizada considera que el silencio positivo no es una mera ficción legal a efectos procesales, sino que determina la producción de un acto, administrativo. Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en su obra, *Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso*, núm. 47 de esta REVISTA (mayo-agosto, 1965), pág. 227. También, entre otros, R. GÓMEZ-FERRER, *Resoluciones tardías y conflicto de intereses*, núm. 68 de esta REVISTA (mayo-agosto, 1972), pág. 188; M. MARTÍNEZ BARGUEÑO, *Las medidas urgentes administrativas del Real Decreto Ley 1/1986, de 14 de marzo*, «Actualidad Administrativa», núm. 42 (noviembre, 1986), pág. 2362; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, ed. Cívitas (Madrid, 1991), págs. 760 y 773.

Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, el cual establecía que pasados dos meses desde la presentación de la solicitud de la licencia en el Ayuntamiento sin que se le hubiera notificado resolución expresa, el peticionario podría dirigirse a la Comisión Provincial de Urbanismo y si en el plazo de un mes no le hubiera notificado al interesado el acuerdo expreso, quedaría otorgada la licencia por silencio administrativo (7). Licencia que no podría ser modificada por acto posterior expreso, aplicando el artículo 369 de la Ley de Régimen Local (Decreto de 24 de junio de 1955) (8).

Así, por el simple transcurso de estos plazos legales, automáticamente y sin requisito o control alguno, el peticionario adquiriría su licencia, que, no obstante, podía resultar contraria al ordenamiento jurídico.

Efectivamente, como señaló el profesor GÓMEZ-FERRER, resultaba pues, que el peticionario de la licencia ilegal se encontraba con que ésta le había sido concedida y con que, al amparo de la misma podía iniciar obras ilegales e incumplir su obligación de ajustar el ejercicio de su *ius aedificandi* a los límites derivados del plan (9, 10).

De este modo, el particular titular de una licencia se hallaba en una situación enormemente ventajosa, en claro detrimento del interés público, dado que una vez obtenida la licencia ilegal, al considerarse el silencio positivo como un acto, la Administración no podía dejarlo sin efecto más que por medio de su revisión de oficio (ex art. 172, LS) o previa declaración de lesividad y posterior impugnación en vía contenciosa (11).

El artículo 172 de esta Ley establecía lo siguiente:

1. «Cuando se comprobare que la licencia u orden de ejecución de las obras hubiera sido otorgada erróneamente, la Corporación o Autoridad competente podrá anularlo...».
2. «En este caso deberá indemnizar los daños que se causaren al titular de la autorización o receptor de la orden, y satisfacerlos en el plazo de tres meses a contar desde la adopción del acuerdo de suspensión».

Evidentemente, ante la obligación del Municipio de indemnizar, éste, en numerosas ocasiones, prefería dejar las cosas en su situación de

(7) Vid., al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1990 (Ar. 1324).

(8) Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1962 (Ar. 4482), 18 de marzo de 1953 (Ar. 643), 4 de octubre de 1954 (Ar. 2384), 5 de marzo de 1959 (Ar. 974) y 2 de mayo de 1970 (Ar. 1151).

(9) R. GÓMEZ-FERRER, *Las zonas verdes y los espacios libres como problema jurídico*, ed. Tecnos (Madrid, 1971), pág. 70-71.

(10) Precisamente para evitar estos resultados atentatorios al interés general y favorecedores a los titulares de las licencias, la Ley Italiana, de 6 de agosto de 1957 (art. 10), otorgaba valor negativo al silencio administrativo en materia de licencias.

(11) R. GÓMEZ-FERRER, *Algunos problemas en materia de licencias municipales de edificación*, RDU, núm. 30 (octubre-diciembre, 1972), pág. 70.

ilegalidad, como si nada contrario al ordenamiento hubiese sucedido. De este modo, el que en último término pagaba las consecuencias de estos nefastos efectos derivados del silencio positivo era, obviamente, el interés público.

2. *La Ley del Suelo de 1975: sometimiento del silencio positivo al principio de legalidad*

La Ley del Suelo, de 2 de mayo de 1975, y su Texto Refundido, de 9 de abril de 1976, vinieron a corregir el daño que al interés general estaba causando la técnica del silencio positivo según venía configurada en la Ley del 56.

La nueva normativa urbanística, tras remitirse a las normas de procedimiento del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (12), subordinó el silencio positivo al principio de legalidad (13), al establecer en su artículo 178.3 que:

«En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, de los Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento» (14).

Precepto que se vio completado por el artículo 5.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, el cual dispone que en estos supuestos cuando «... el peticionario de la licencia ejecute las determinaciones del Proyecto, no habrá lugar a indemnización a su favor si se ordenare posteriormente la suspensión de actividades o la demolición de lo realizado».

De este modo, a partir de la Ley de 1975, el transcurso del plazo no provocaba el nacimiento del acto administrativo «automáticamente», sino que previamente lo solicitado debía ajustarse a la legalidad aplicable (15). Así lo subrayó la jurisprudencia al indicar que la técnica del silencio positivo no podía actuar como «esponja lavadora» que pudiera hacer peligrar los intereses comunitarios y particulares (16).

(12) Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1975 (Ar. 3804), estableció que para entender concedida una licencia por silencio positivo habían de cumplirse todas los requisitos del art. 9 RSCL.

(13) R. GÓMEZ-FERRER, «El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional», en la obra colectiva: *Homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, ed. Cívitas (Madrid, 1989), pág. 505.

(14) Vid., el art. 5.1 y 2 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RD 2187/1978, de 23 de junio).

(15) R. GÓMEZ-FERRER, ob. cit., pág. 506.

(16) M. MARTÍNEZ BARGUENO, *Las medidas urgentes administrativas del Real Decreto Ley 1/86, de 14 de marzo*, en la revista «Actualidad Administrativa», núm. 42 (noviembre, 1986), pág. 2366.

A partir de la Ley del Suelo de 1975 y de su Texto Refundido de 1976, fue numerosa la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que insistió en la necesidad de que lo pedido por el administrado se atuviese al ordenamiento jurídico. Así, entre otras, la Sentencia de 7 de mayo de 1980, considerando segundo (Ar. 2782), establecía que:

«... por silencio administrativo no puede entenderse concedido lo que de un modo expreso la Administración no hubiera podido conceder puesto que tal instituto no puede constituir un medio de conseguir lo que manifiestamente está prohibido por la Ley...»

También en la Sentencia, de 26 de abril de 1984, considerando segundo, (Ar. 257), señaló que:

«... así como esta figura ficticia no es una comodidad de la Administración, sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley... dando pues, prioridad a la defensa de la legalidad sobre las conveniencias del tráfico jurídico...»

En la misma línea, la Sentencia, de 28 de octubre de 1988, considerando tercero (Ar. 8297), disponía que:

«para la producción del silencio positivo se exigen unos requisitos... materiales —que el resultado no vulnere el ordenamiento jurídico».

Esta tendencia marcada por la Ley del Suelo de 1975 y por la jurisprudencia posterior, resultó igualmente recogida por otras disposiciones normativas. Así, el Real Decreto-Ley, de 14 de marzo, de Medidas Urgentes Administrativas, Financieras, Fiscales y Laborales, establece, para otorgar licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de Empresas o Centros de trabajo, el condicionamiento de que las peticiones se hallen ajustadas al ordenamiento jurídico (17, 18).

Finalmente, volviendo al ámbito urbanístico estatal, el 25 de julio de 1990, vio la luz la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoracio-

(17) Art. 1 RD-Ley 1/86, de 14 de marzo: «Las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de Empresas o Centros de trabajo se entenderán otorgadas por silencio administrativo positivo, sin necesidad de denuncia de mora, transcurrido el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de presentación de la solicitud, salvo que previamente tuviera establecido un plazo inferior, siempre que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y éstas se ajusten al ordenamiento jurídico...».

(18) Entre la normativa autonómica, la Ley 7/1990, de 28 de junio de Protección de Embalses y Zonas Húmedas de la Comunidad Autónoma de Madrid, en su art. 11, dispone que: «No podrán adquirirse por silencio administrativo facultades contrarias a la presente Ley y su desarrollo reglamentario.»

nes del Suelo, la cual en su Disposición Adicional cuarta, siguiendo la línea marcada por la Ley del 75, dispone que:

«En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento aplicables.»

En definitiva, como vemos, desde los años 70 hasta ahora, la regla general es que el transcurso del plazo exigido para la producción del silencio positivo no hace surgir «automáticamente» (como sucedía con la Ley de 1956) el acto administrativo que otorga lo solicitado, sino que la pretensión del solicitante ha de resultar, en todo caso, conforme con la legalidad aplicable, ya que de lo contrario, las licencias o autorizaciones solicitadas no se entenderán otorgadas.

En palabras de J. GONZÁLEZ PÉREZ, «... el acto no llegará a existir si su contenido puede constituir una infracción del ordenamiento jurídico» (19).

De este modo, el interés público resulta, en principio, favorecido, aunque, como seguidamente veremos, no se obtiene un equilibrio real entre aquel interés y el de los particulares solicitantes, ya que ahora son éstos los que se ven amenazados por la inseguridad jurídica que les supone la exigencia de atenerse en lo solicitado al principio de legalidad.

II. EL SILENCIO POSITIVO SOMETIDO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ¿GARANTÍA PARA EL ADMINISTRADO O CAUSA DE SU INSEGURIDAD JURÍDICA?

Del sometimiento del instituto del silencio positivo al principio de legalidad se derivan una serie de consecuencias que traen consigo problemas de inseguridad jurídica para el administrado.

En primer lugar, es el particular el que ha de valorar meticulosamente si su petición se ajusta a la legalidad vigente, ya que, de no ser así, nada se le entenderá otorgado por el silencio positivo. Tal valoración no resulta sencilla ni exenta de riesgos para el administrado, dado que el conocimiento exacto de la normativa aplicable a cada supuesto concreto resulta dificultado por la existencia de normas no sólo estatales, sino también autonómicas, locales y, por supuesto, europeas, de complejo entendimiento para la mayoría de los ciudadanos (p. ej., piénsese en la complejidad que encierra un plan de urbanismo para el ajeno a la materia).

De esta manera, el peticionario se hallará en una situación de incertidumbre e inseguridad, consciente de que si entiende otorgado lo pedi-

(19) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El silencio de la Administración*, diario «ABC», 13 de septiembre de 1991, pág. 62.

do, por silencio positivo, y desarrolla la actividad amparada en la «supuesta» autorización administrativa, lo hace a su riesgo, y bajo la amenaza de que la Administración entienda que su pretensión no es conforme con el ordenamiento jurídico y dicte un acto posterior en sentido contrario que prevalecerá sobre el «presunto» y frente al que el interesado no tendrá otra opción más que la de recurrir ante los Tribunales competentes (20).

En definitiva, el particular siempre tendrá el riesgo de que su petición, aunque él lo ignore, suponga una infracción de la legalidad y de que, en consecuencia, se considere que lo solicitado nunca llegó a ser otorgado.

Un segundo inconveniente que se deriva de esta técnica administrativa, es que el particular (al que se supone le ha sido otorgado lo pedido) encontrará serios obstáculos en sus relaciones con terceros, ya que aquél parte de un supuesto derecho «injustificable formalmente», lo que provocará una situación de inseguridad jurídica que hará que los terceros se retraigan a la hora de entablar una relación jurídica con el que se dice favorecido por el silencio administrativo.

Piénsese, por ejemplo, en las dificultades con que se encontrará el peticionario para vender o alquilar un inmueble construido sobre la base de una licencia de edificación «en teoría» obtenida por la técnica del silencio positivo. O los obstáculos que este mismo sujeto habrá de salvar para obtener un crédito con la finalidad de construir, amparado en una licencia «invisible» y sin ningún tipo en absoluto de acreditación formal de su derecho. O, por otra parte, ¿cómo podrán los notarios y registradores de la propiedad conocer que se encuentran ante una licencia urbanística otorgada por silencio administrativo para autorizar e inscribir una declaración de obra nueva? (21).

Ante esta desfavorable situación, la afirmación de que el silencio positivo está pensado en beneficio del administrado y para evitar los perniciosos efectos derivados de la inactividad formal de la Administración en determinados sectores, se transforma en una «ironía» (22).

(20) Si lo pedido se hubiese adaptado al ordenamiento jurídico habría nacido un acto que constituiría un límite a toda actuación administrativa posterior. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la vigencia de la Ley del Suelo de 1956. Este Tribunal, al referirse a la revisión de oficio de los actos nacidos por la técnica del silencio positivo, en su Sentencia, de 23 de noviembre de 1962 (Ar. 4482), dispuso que «... 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, en cuya virtud los derechos subjetivos de aquella dimanantes gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso y categórico...». En la misma línea, la Sentencia, de 3 de noviembre de 1964 (Ar. 4835), afirmaba que «... 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». Vid., también en idéntico sentido, la Sentencia, de 25 de noviembre de 1966 (Ar. 5703).

(21) Vid. J. A. GARCÍA TORTAJADA, *El silencio positivo como forma de licencia y la autorización e inscripción de la obra nueva*, «RDU», núm. 124 (julio-agosto-septiembre, 1991), págs. 42-47.

(22) E. GARCÍA-TREVIJANO, ob. cit., pág. 304.

III. SOLUCIÓN A LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR EL SILENCIO POSITIVO: LAS «ACCIONES DECLARATIVAS»

Dados los problemas que genera el uso del instituto jurídico del silencio positivo, su utilización debe ser la mínima posible y, por lo tanto, debe caracterizarse por su «excepcionalidad» y, en consecuencia, «subsidiariedad» respecto a la propia acción de la Administración (23).

Pero este carácter excepcional que debe primar en su uso no trae consigo la solución a los problemas de inseguridad jurídica que, como hemos visto, padecen los administrados.

Hay quien considera el silencio positivo como un «mal necesario» mientras no se dote a la Administración de los medios precisos para que resuelva expresamente (24); estamos de acuerdo con tal afirmación, pero mientras no se alcance la «mágica» solución que habilite a la Administración para la resolución expresa de todas las solicitudes, el remedio para la inseguridad jurídica en que queda sumido el particular podría venir de la mano de las denominadas «acciones declarativas», es decir, de aquellas acciones en las que el «petitum» consiste simplemente en que se «declare» la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. Estas acciones se caracterizan porque la tutela judicial se agota con la simple «declaración» y la sentencia que acoge una acción declarativa proclama que el derecho del actor existe realmente (25) y que, efectivamente, el transcurso del plazo exigido ha dado lugar al otorgamiento de lo solicitado por medio de la técnica del silencio administrativo positivo.

Este tipo de acciones no viene contemplado en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (27 de diciembre de 1956) (26), aunque tampoco están expresamente prohibidas.

(23) Sobre el carácter excepcional y subsidiario del silencio positivo, vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1976 (Ar. 4169), 10 de marzo de 1980 (Ar. 2141), 7 de junio de 1984 (Ar. 3450), 24 de mayo de 1985 (Ar. 4773), 8 de marzo de 1986 (Ar. 4081), 23 de junio de 1989 (Ar. 4683) y de 27 de febrero de 1989 (Ar. 1706).

(24) E. GARCÍA-TREVIJANO, ob. cit., pág. 106.

(25) A. DE LA OLIVA y M. A. FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, vol. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 1990), pág. 28.

(26) En el ámbito civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (RD de 3 de febrero de 1981) no contempla de modo explícito la categoría de las acciones declarativas. Se trata de una de las lagunas frecuentes que convendría llenar con rapidez, pues este tipo de tutela, sin ser la más frecuente, cumple una función esencial en el orden civil. No obstante, el Tribunal Supremo, apoyándose en los «praeiudicia romanos» y en las medievales «acciones provocatorias» ha dado carta de naturaleza a las «acciones meramente declarativas». En todo caso, dado que estas acciones se agotan en la mera declaración, se exige al actor que alegue y pruebe la existencia de un interés en que tal declaración sea realizada (A. DE LA OLIVA y M. A. FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 29-30).

En el orden laboral, la Ley de Procedimiento Laboral (RD Legislativo, 521/1990, de 27 de abril), tampoco prevé expresamente este tipo de acciones, pero han sido admitidas por la jurisprudencia laboral, si bien interpretando restrictivamente su ejercicio, al que se fijan límites y condiciones en consonancia con los principios que informan la ordenación del proceso laboral. Esta acción sólo ha sido considerada admisible por el

La LPA, en su artículo 94.1, reconoce al administrado la posibilidad de deducir frente a una «denegación presunta» el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional según proceda, pero nada dice del silencio positivo.

Por otra parte, la LJCA, en su artículo 41, establece la existencia de pretensiones «declarativas» pero sólo destinadas a obtener la «declaración de no ser conforme a derecho, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación...». Ante este vacío normativo, el supuestamente favorecido por el silencio, no puede, en principio, acudir a los Tribunales para que declaren que se le ha otorgado lo solicitado, ya que no puede actuar como demandante para que se confirme un acto presunto (27). Es decir, no está prevista la posibilidad de que el administrado pueda pretender del Tribunal la declaración de ser conforme a Derecho su petición y de haberse producido el silencio positivo.

Realmente la puesta en marcha y la aceptación de las acciones declarativas en el ámbito contencioso-administrativo, a pesar del vacío legal existente, es una exigencia que se deriva del principio de seguridad jurídica e, incluso, del derecho a la tutela judicial efectiva, ambos consagrados constitucionalmente (28).

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS ACCIONES DECLARATIVAS

La posibilidad de entablar este tipo de acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de la laguna legal, viene avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual, en su Sentencia 39/1984, de 29 de marzo, y, más recientemente en la Sentencia 71/1991, de 8 de abril (29), se pronunció sobre el posible ejercicio de esta clase de acciones. En la última Sentencia señalada, el TC insistió en la necesidad de dar viabilidad a estas acciones por imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que si «...el artículo 24.1, CE impone que cualquier interés legítimo obtenga la tutela judicial efectiva, es claro que el citado precepto no puede ser interpretado como excluyente en todo caso de las acciones declarativas, de modo que un interés legítimo quede sin

Tribunal Central de Trabajo, «... cuando el interés del demandante se cumple adecuadamente con tal modalidad de protección jurisdiccional y ello es conforme a la institución» (Sentencia de 24 de septiembre de 1981).

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (14 de septiembre de 1882) tampoco hace referencia expresa a este tipo de acciones.

(27) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de rentabilizar una técnica casi olvidada*, «DA», núm. 208 (1986), pág. 112.

(28) R. GÓMEZ-FERRER, en el prólogo al libro de E. GARCÍA-TREVIJANO, *El silencio administrativo en el derecho español*, ed. Civitas (Madrid, 1990), pág. 14-15.

(29) Ambas sentencias se refieren a acciones declarativas en el procedimiento laboral, pero sus principios son perfectamente extrapolables a cualquier otro procedimiento, ya civil o penal, ya contencioso-administrativo como es el que ahora centra nuestra atención.

tutela judicial...», y continúa diciendo este Tribunal que, «... allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, por lo que habrá de admitirse y resolverse la correspondiente acción al margen de su eventual carácter declarativo».

Así pues, con base en esta doctrina constitucional, el administrado puede acudir a los Tribunales Contencioso-Administrativos e interponer la correspondiente acción declarativa, esperando que la Sentencia «declare» que, efectivamente, lo solicitado le ha sido otorgado. No obstante, el TC hace depender la posibilidad de interponer este tipo de acciones de la existencia de un «interés legítimo» por parte del actor (30). Interés legítimo que, respecto al silencio positivo, viene constituido por la necesidad de una declaración expresa que determine la existencia o no de lo solicitado y que tiene la entidad suficiente como para merecer la tutela efectiva a la que se refiere el artículo 24.1, CE.

Como señala el TC, la solicitud de una declaración expresa en la que se agota la tutela judicial, constituye una «causa autónoma» (no indirecta en apoyo de otra principal, ni incidental) cuyo objeto es la «incertidumbre» que sufre el administrado que es susceptible de causarle un «grave perjuicio» (ya comentamos algunos de los inconvenientes que la técnica del silencio positivo, en su regulación actual, puede ocasionar al particular). Y de esta declaración (de la existencia efectiva de lo solicitado) se desprenderá un «importante cúmulo de consecuencias jurídicas». Efectivamente, tales consecuencias jurídicas consistirán, entre otras, principalmente, en el otorgamiento de seguridad jurídica y de estabilidad a la posición del administrado y, en consecuencia, la obtención de mayores garantías en las relaciones del favorecido por el silencio con terceros, ya que ahora puede acreditar formalmente la existencia de aquel derecho que antes de la Sentencia era «indemostrable».

En definitiva, con base en esta jurisprudencia constitucional, las acciones declarativas existen aunque las leyes no las hayan previsto y, por lo tanto, la solución última que tiene el administrado frente a la inseguridad jurídica que se desprende del uso del instituto del silencio positivo, es acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque ésta continúe sin ser una solución «ideal» dada la lentitud que actualmente caracteriza a la vía judicial.

(30) En opinión del profesor GÓMEZ-FERRER, «todo interés individual o social tutelado por el derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como derecho subjetivo, puede calificarse como interés legítimo». En sus obras: «Derecho a la tutela judicial efectiva y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», en la obra colectiva, *Homenaje a J. A. García-Trevijano Fos*, ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros, Instituto de Estudios de la Administración Local (Madrid, 1982), pág. 103, y en «La tutela judicial efectiva como derecho fundamental», en la obra colectiva, *De la Jurisprudencia Constitucional*, Seminario de profesores de la Facultad de Derecho, Institución Fernando el Católico (Zaragoza, 1985), pág. 25.

V. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO EN EL PROYECTO DE LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: RETORNO AL PASADO

El legislador, según hemos visto, no ha logrado aún un punto de equilibrio al regular el silencio positivo en el que favorezca por igual al interés público y al particular, o en el que no dañe a uno de ellos en beneficio del otro.

Un nuevo intento del legislador en búsqueda del equilibrio se encuentra en el Proyecto de Ley que analizamos a continuación.

Con la intención de adaptar a los principios constitucionales vigentes las clásicas leyes administrativas españolas (LPA, de 17 de julio de 1958; LRJAE, de 26 de julio de 1957), el 31 de enero de 1992, se aprobó el «Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», cuya pretensión principal consiste en establecer y regular las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas (ex art. 1, Proyecto).

Este Proyecto dedica parte de su articulado a dar una nueva regulación a la técnica administrativa del silencio positivo. Las variaciones que experimenta este instrumento son diversas y, aunque en sus rasgos tradicionales se mantiene inmutable, supone una vuelta a los años 50, con la merma de garantías que para el interés general implica tal retorno al pasado.

En primer lugar, la razón de ser de este mecanismo administrativo continúa, con la nueva regulación, teniendo su base en el deseo de obtener mayor eficacia administrativa («... una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo...», Exposición de Motivos del Proyecto) y de suponer una garantía para los administrados («... garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado», Exp. de Mot. del Proyecto).

Pero, como ya se ha dicho, la nueva regulación del silencio positivo trae consigo ciertos cambios algunos faltos de la lógica jurídica que sería deseable que acompañase a este instituto administrativo, y otros, que, como indicamos, suponen una clara regresión en lugar de un avance respecto a la situación precedente.

Respecto al principio de legalidad, vimos que tanto la jurisprudencia, como la normativa establecen el principio general de que, en ningún caso, se podrán adquirir por silencio administrativo facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Así, el acto presunto no nace «automáticamente» con el transcurso del plazo sino que al requisito del plazo se le añade el de la conformidad de lo pedido con la legalidad aplicable. De tal manera que, si lo solicitado por el administrado resulta-

se ser opuesto al ordenamiento jurídico, nada se le puede entender otorgado, ningún acto administrativo habrá nacido a pesar de haber transcurrido el plazo exigido para ello.

En contra de esta tendencia jurisprudencial y legal, el Proyecto (art. 60.1.f) introduce una novedad ciertamente incoherente cual es declarar «nulos de pleno derecho» los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Con esta afirmación se ignora el principio de legalidad y se aplica el de «automatismo» al silencio positivo, al estilo de la tan criticada Ley del Suelo de 1956, ya que se reconoce que el acto administrativo nace efectivamente a pesar de ser contrario a la legalidad vigente y sólo *a posteriori* se tomarán medidas contra el mismo, declarándolo «nulo de pleno derecho» (31).

Desde el punto de vista del principio de legalidad esto carece de sentido, ya que si lo solicitado no era conforme con el ordenamiento jurídico nada fue otorgado al administrado, dado que ningún acto administrativo pudo nacer de una petición *contra legem*. Entonces, si no hay acto administrativo, ¿qué es lo que se va a declarar nulo?, resulta absurda una declaración de nulidad de un acto «inexistente».

Pero, si como considera el Proyecto, el acto presunto y contrario a la legalidad, nace efectivamente, y luego, en cualquier momento, por iniciativa de la Administración o a solicitud del propio interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, lo declara nulo de pleno derecho (ex, art. 100.1, Proyecto), lógicamente el administrado afectado deberá ser indemnizado (32), siempre, claro está, que no existiera mala fe, culpa o dolo de éste. Así lo prevé el Proyecto (art. 100.3) (33) quizá inspirado en la Ley de Régimen Jurídico Catalana, la cual, en su art. 84.2, dispone lo siguiente:

«La Administración que haya dado lugar al acto obtenido por silencio positivo podrá, si lo considera contrario al ordenamiento jurídico, realizar su revisión de oficio o, si procede, interponer recurso de lesividad, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por daños y perjuicios que ella misma haya podido producir, y exigir si

(31) Sobre los actos administrativos nulos de pleno derecho, vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, ed. Instituto de Estudios Administrativos (Madrid, 1972).

(32) La indemnización será procedente siempre que el daño que se desprende de la declaración de nulidad del acto presunto sea: efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (art. 137.2, Proyecto). Además ha de tratarse de un daño, como es el caso, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (ex. art. 138.1, Proyecto).

(33) De acuerdo con el art. 137.1 del Proyecto, los particulares y las Administraciones Públicas tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (Vid. arts. 121, LEF; art. 40, LRJAE, y art. 106.2, CE).

procede, responsabilidad a los funcionarios causantes de la demora en la adopción de la resolución» (34).

Esta misma Ley Catalana, en el apartado 1 del art. 84, establece que:

«En ningún caso se podrán adquirir por silencio administrativo *facultades* contrarias a las leyes.

Acepta, por lo tanto, esta Ley el nacimiento de un acto administrativo por el mero transcurso del tiempo aunque sea contrario a la legalidad vigente, como hace también el Proyecto, otra cosa es que el administrado adquiera o no las *facultades* que deseaba obtener con la solicitud, dependiendo ésto de que su petición se ajuste o no al ordenamiento jurídico. El Proyecto de Ley, en cambio, en este punto no parece haber tenido demasiado en cuenta esta normativa autonómica.

Es obvio, que en este sentido el Proyecto supone una vuelta al pasado (recordemos la Ley del Suelo de 1956), en el que se hacía caso omiso del principio de legalidad, afectando al interés público que resulta pues, ignorado y desfavorecido.

Otra novedad introducida por el Proyecto de Ley que ahora comentamos, es la referente a la denominada «certificación de actos presuntos» (art. 43.2, Proyecto). Se trata de una técnica elaborada por el legislador estatal con la finalidad de proporcionar al administrado un documento con el que poder acreditar la existencia de un derecho obtenido por el silencio positivo (ya vimos cómo las acciones declarativas cumplen exactamente esta misión).

Efectivamente, el particular puede acudir a la Administración y exigirle tal certificación (la Administración tendrá un plazo de 20 días para otorgarla desde la solicitud) (ex, art. 43.2, Proyecto) que le servirá tanto para aclararle su situación, como para acreditar frente a terceros y frente a la propia Administración que realmente le ha sido otorgado lo que solicitó.

La certificación que se emita deberá ser comprensiva de la solicitud presentada o del objeto del procedimiento seguido, de la fecha de iniciación, del vencimiento del plazo para dictar resolución y de los efectos generados por la ausencia de resolución expresa (art. 43.3, Proyecto). Si esta certificación fuese emitida, la Administración quedaría eximida de resolver expresamente (ex, art. 42.1, párrafo 2, Proyecto). No obstante, dado el detallado contenido que se exige a tal certificación, nos preguntamos si no resultaría incluso más sencillo para la Administración dictar directamente la resolución expresa.

Por otra parte, la solicitud de esta certificación viene configurada en el Proyecto (art. 43.2) a modo de «apercibimiento» a la Administración sobre su retraso en dictar la resolución expresa, que está en todo caso

(34) Se sobreentiende que tal responsabilidad se exigirá sólo si existió dolo, culpa o negligencia.

obligada a emitir (ex., art. 41 y 42.1, Proyecto), ya que en el plazo de 20 días que se le da para otorgar la certificación, la Administración en lugar de emitir ésta puede optar por resolver expresamente (art. 43.2, Proyecto). Si no hiciere ni lo uno (certificación), ni lo otro (resolución expresa), su actitud pasiva será considerada como falta muy grave, con lo que el administrado que nada ha conseguido con su reclamación (ni la certificación, ni la resolución expresa) tendrá que acabar acudiendo a los Tribunales Contencioso-Administrativos para solucionar su situación. Aquí se pone de manifiesto de nuevo la importancia de la acción declarativa; «declarativa» de que se ha producido el «acto» por silencio, de conformidad con lo solicitado por el particular, por ser su petición conforme con el Derecho, pues, no tendría sentido que la pretensión hubiese de circunscribirse a obligar a la Administración a resolver o a otorgar el certificado al que el proyecto se refiere, ya que ésto dejaría al accionante en la misma situación precedente de incertidumbre hasta que la Administración efectivamente actuase en un sentido u otro.

El legislador, consciente de que lo habitual será que la Administración no realice a tiempo ninguna de las dos opciones expuestas, ha previsto, en el art. 43.3, del Proyecto, una medida verdaderamente absurda consistente en lo siguiente:

«Si la certificación no fuese emitida en el plazo establecido... los actos presuntos serán igualmente eficaces y se podrán acreditar mediante la *exhibición de la petición de la certificación* sin que quede por ello desvirtuado el carácter estimatorio o desestimatorio legalmente establecido para el acto presunto.»

Decimos que ésta resulta una medida absurda dado que la «petición de la certificación» sin respuesta por parte de la Administración, de nada le vale al administrado ya que ni tan siquiera asegura frente a terceros (p. ej., establecimientos de crédito) si ha existido o no resolución expresa en el sentido de acceder a lo solicitado.

Resulta a todas luces insostenible, pretender dar el mismo valor a una mera «petición» no resuelta y a una certificación expresa de la Administración.

Muchos son, como vemos, los inconvenientes de este Proyecto de Ley, y escasas las aportaciones que favorecen al administrado, en singular, y al interés público, en general. A lo que ha de añadirse el riesgo de que con este Proyecto resulte favorecida la «corrupción», puesto que la nueva (vieja en realidad dado que se vuelve a los años 50) técnica del silencio positivo es, por su automatismo, un medio adecuado para la concesión de licencias «ilegales» y, en consecuencia, un estímulo para el administrado que intenta burlar la legalidad, pues, lo más probable, es que éste no resulte en modo alguno castigado por su actividad ilegal dado que el Municipio, ante la posibilidad de tener que indemnizar al

anular el acto producido como resultado del silencio, preferirá hacer caso omiso de la inobservancia del ordenamiento jurídico (35).

El uso del silencio positivo debería ir poco a poco desapareciendo a medida que la Administración fuese perfeccionándose. Lo verdaderamente deseable sería que se dotase a la Administración de los medios necesarios para resolver expresamente y dentro de plazo todas las solicitudes, pero, evidentemente, ésta es una visión idealista en exceso. Así pues, mientras no se ofrezca a los administrados una verdadera solución a su inseguridad jurídica, y al interés público una garantía del cumplimiento de la legalidad, el recurso a las acciones declarativas (de construcción jurisprudencial, que no legal) constituye una vía necesaria y útil, aun cuando no puede desconocerse que conduce al administrado a una situación que suele tardar años en resolverse dada la gran cantidad de recursos que habrá que interponer hasta llegar a la resolución final y definitiva del caso. No se trata, por tanto, de una solución «mágica», sino de intentar buscar soluciones equilibradas que permitan asegurar la consecución del interés general y las garantías de los ciudadanos; es evidente, sin embargo, que la eficacia de esta vía será limitada, en tanto no se consiga dotar a la Justicia de los medios procesales y materiales precisos para resolver con la necesaria rapidez los recursos que se le planteen, de otra forma, como sucede con el Proyecto, para evitar el efecto «paralizante» de la falta de capacidad de gestión de la Administración y del «atasco» de la justicia, se busca salida a la eficacia por técnicas que son gravemente preocupantes desde la perspectiva del interés general y del respeto al principio de legalidad; siempre que esta solución —caso de llevarse a la práctica— no conduzca además a desastres medioambientales y urbanísticos como los que se produjeron con la regulación del año 1956, a la que bajo la apariencia de «progreso» se viene a regresar.

María CALVO CHARRO

(35) Se sobreentiende que de mediar dolo o culpa del administrado, la Administración queda exenta de su carga de indemnizar (ex. art. 232, Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 1976). Vid. al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1980 (Ar. 4494).

