

Un «proceso kafkiano»: las sentencias firmes que confirman la estimación de una solicitud por silencio no impiden su revisión de oficio

El Tribunal Supremo examina si la Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio de una autorización obtenida mediante un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme.

BLANCA LOZANO CUTANDA

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Es sabido que el legislador introdujo la regla general de la estimación de las solicitudes de los particulares por silencio positivo con la finalidad de facilitar el ejercicio de los derechos y libertades por parte de los administrados, dado que el silencio negativo obliga a los ciudadanos a recurrir para hacer efectivos sus derechos y favorece la pasividad de la Administración, que no se preocupa por resolver de forma expresa en la confianza de que el silencio implica la desestimación de lo solicitado.

Sin embargo, hay ocasiones en que el silencio positivo, en vez de resultar favorable, se convierte en una auténtica trampa para el administrado.
2. Así ocurre en los casos, como el que ha dado lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 143/2023, de 7 de febrero (ponente: Eduardo Calvo), en los que, tras haberse producido la estimación por silencio, la Administración notifica al particular una resolución expresa desestimatoria; al hacerlo así, está infringiendo la regla establecida en el artículo 24 de la Ley 39/2015, que dispone que, «en los casos de estimación por silencio, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».
3. Sin embargo, dada la presunción de validez de los actos administrativos, ello sitúa al administrado ante la necesidad de recurrir la resolución dictada, a pesar de que, además

de infringir el citado precepto, está afectada por una causa de nulidad de pleno derecho por haberse dictado prescindiendo del procedimiento establecido: dado que los actos presuntos se equiparan, a todos los efectos, a las resoluciones expresas, la Administración sólo puede eliminarlos, si incurren en alguna ilegalidad, siguiendo las vías de la revisión de oficio previstas en los artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015.

Por consiguiente, por muy nula que sea la resolución dictada, el administrado debe recurrirla para que los tribunales confirmen la adquisición de lo solicitado por silencio positivo.

4. La duda que se suscita entonces es si, una vez declarada por sentencia firme la adquisición de lo solicitado mediante acto presunto, puede luego la Administración tramitar su revisión de oficio por entender que lo otorgado incurre en causa de nulidad de pleno derecho o anulabilidad.
5. La sentencia del Tribunal Supremo estima que sí, al declarar respecto de la cuestión dotada de interés casacional objetivo que «la Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio tendente a declarar la nulidad de pleno derecho de una autorización administrativa obtenida mediante un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme en aquellos casos en los que dicha resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo».

Esta doctrina lleva a la sentencia mencionada a casar la sentencia de instancia que había estimado el recurso contencioso-administrativo de una empresa por considerar que la Administración no podía instar la revisión de

oficio de una autorización de juego que le había sido otorgada por sentencia firme.

6. La argumentación jurídica de la Sentencia del Tribunal Supremo se basa en que, en este supuesto, el efecto positivo de la cosa juzgada, reflejado en el artículo 224.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tal como la ha interpretado la jurisprudencia de la Sala Primera, no impide que la Administración tramite la revisión de oficio de la autorización debido a que «*la resolución judicial únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que había operado el silencio positivo*, por entender cumplidos los requisitos para que se entendiese producido un acto presunto de contenido positivo, sin haber entrado a examinar la sentencia las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización obtenida por silencio». Por ello, entiende la sentencia que no hay «elementos resueltos» —según la expresión del citado artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil— que condicionen la respuesta al segundo proceso.
7. Lo cierto, sin embargo, es que en este caso el fallo de la sentencia firme del primer proceso no estimó la demanda por entender que se había producido el efecto del silencio positivo, sino que reconoció expresamente el «derecho de la entidad recurrente a la instalación de un salón de juegos recreativos», y, si no se pronunció sobre los motivos de fondo, fue porque consideró que «la estimación de la principal de las pretensiones hace innecesario el examen de las demás cuestiones planteadas en la demanda».

8. Esta doctrina sitúa al administrado «beneficiado» por el silencio positivo ante un auténtico «proceso kafkiano» pues, como consecuencia de una resolución administrativa contraria a derecho, se ve abocado a interponer

**El silencio positivo
puede llegar a convertirse
en una trampa
para el administrado**

un recurso contencioso, con los costes correspondientes, para encontrarse con que, tras obtener una sentencia favorable a su pretensión, la Administración inicia un expediente de revisión de oficio que le obliga de nuevo a defender su derecho en vía administrativa y, en su caso, en un nuevo proceso jurisdiccional.

9. Ante lo inicuo de este resultado en el que el presunto silencio «favorable» para el administrado se torna en un proceso laberíntico, no es de extrañar que la doctrina sentada sobre esta misma cuestión por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sea la diametralmente opuesta.

En efecto, en relación con la obtención por silencio positivo de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) que puedan no ajustarse a las previstas en la normativa vigente, numerosas sentencias de esta Sala (véanse, por todas, las sentencias núm. 104/2021, de 27 de enero —ponente: Antonio Sempere—, y núm. 145/2019, de 27 de febrero —ponente: María Luisa Segoviano—) declaran que la sentencia firme fruto del primer proceso constituye un antecedente lógico que impide la posterior revisión y eliminación del acto presunto favorable al particular.

De no entenderse así, añaden estas sentencias, «se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, que exige que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la fir-

meza de las situaciones jurídicas declaradas, entre otras SSTC 190/1999, de 25 de octubre; 58/2000, de 28 [de] febrero; 135/2002, de 3 de junio; 200/2003, de 10 de noviembre y 15/2006, de 16 de enero».

10. La sentencia de la Sala Tercera objeto de comentario, en cambio, no lo estima así, pero matiza que, si no existe el efecto positivo de la cosa juzgada, es porque la sentencia firme no resolvió sobre el fondo, con lo que admite que, en caso de haberlo hecho, ya no cabría la posterior revisión de oficio del acto presunto.
11. Por ello, para lograr que en estos casos la sentencia que resuelva la impugnación de la resolución expresa contraria a lo obtenido por silencio produzca efecto positivo de cosa juzgada y evite una ulterior revisión de oficio, es aconsejable que el recurrente actúe de este modo:
 - a) Que no ciña su pretensión a la declaración de que su solicitud ha sido estimada por silencio, sino que inste también el reconocimiento del derecho derivado del acto presunto y/o la condena de la Administración a la prestación de que se trate.
 - b) Que invoque en la demanda esta doctrina del Tribunal Supremo y la consiguiente necesidad de que el tribunal resuelva sobre el fondo para que asunto quede decidido con fuerza de cosa juzgada en aras de una mejor garantía del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva.