



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Presentado por:

Pablo García Rodríguez

Tutelado por:

Isabel María de los Mozos y Touya

Valladolid, 4 de Diciembre de 2019

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

1) INTRODUCCIÓN	5
2) CONFIGURACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO	6
2.1) Delimitación del silencio positivo.....	6
2.2) La finalidad de la universalización del sentido positivo.....	9
2.3) Los valores constitucionales y el silencio positivo	11
2.4) El derecho de la Unión Europea y el silencio administrativo positivo	13
3) EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO:	16
3.1) Ley de Procedimiento Administrativo de 1958	17
3.2) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	18
3.3) Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	21
3.4) La transposición de la Directiva de Servicios.....	24
3.5) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.....	26
3.6) El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.....	27
3.7) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.....	28
4) RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO POSITIVO: EFECTOS Y CONSECUENCIAS	31
4.1) Presupuestos del silencio positivo	31
4.2) Procedimientos iniciados a solicitud del interesado (Art. 24).....	35
4.2.1) <i>Efectos</i>	40
4.2.2) <i>Consecuencias</i>	41
5) CRISIS DEL SILENCIO POSITIVO: ¿REGLA GENERAL ANTE LA FALTA DE RESOLUCIÓN EXPRESA?	43
5.1) Crisis en los Tribunales	43
5.2) Crisis en la legislación sectorial: el reducto del urbanismo.....	49
5.3) Crisis en el Derecho de la Unión Europea.....	50
5.3.1) <i>La inaplicación del silencio administrativo al medio ambiente</i>	51
5.3.2) <i>La eliminación de la autorización como técnica normal de intervención administrativa</i>	54
6) UN SECTOR EMBLEMÁTICO: LA LEY DEL SUELO	57

6.1) El silencio administrativo como canon de seguridad jurídica.....	57
6.2) Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.....	60
6.3) El Tribunal Constitucional y la cuestión urbanística	63
6.4) Valoración en la doctrina	68
7) CONCLUSIONES.....	70
8) BIBLIOGRAFÍA	72
9) JURISPRUDENCIA	76
10) RELACIÓN DE ABREVIATURAS.....	77

RESUMEN

Una de las obligaciones de la Administración consiste en la resolución de manera expresa de procedimientos administrativos. La continua falta de respuesta por parte de la Administración hizo necesaria la creación de una figura que protegiese los intereses de los particulares, y en este contexto, es donde surge el silencio administrativo. Un análisis histórico de esta figura ayuda a entender la razón de ser del silencio positivo como regla general.

PALABRAS CLAVE

Silencio administrativo. Silencio positivo. Acto administrativo. Procedimiento iniciado a solicitud de interesado. Ley del Suelo.

ABSTRACT

Resolve administrative procedures is one of the obligations of the Administration. The continuous lack of answer by the Administration has had required the creation of a figure, that protects individual interest, and at this juncture, is where the administrative silence arises. A historical analysis of that figure helps to understand the reason for being of positive silence as a general rule.

KEY WORDS

Administrative silence. Positive silence. Administrative act. Procedure initiated by a request of an interested. Soil law.

1) INTRODUCCIÓN

La Administración tiene que dictar una resolución expresa en cualquier procedimiento administrativo, ya se haya iniciado de oficio o a instancia de parte. El incumplimiento de este deber por parte de la Administración genera una grave anomalía en los particulares, ya que estos quedan en la incertidumbre sobre cuando se dictara una resolución, y cuál será su contenido. Con el objetivo de proteger a estos, ofrecer seguridad jurídica y abrir las vías impugnatorias contra la inactividad de la Administración surge la figura del silencio administrativo, que otorga efectos estimatorios o desestimatorios a la falta de resolución expresa de la Administración.

El silencio surgió como una garantía del administrado frente a la inactividad y pasividad de la Administración, cada vez más frecuentes. Las causas del silencio pueden ser muy variadas. Entender el silencio como una garantía, explica la regulación de esta figura en nuestro ordenamiento.

Para abordar esta cuestión, y entender por qué el silencio positivo es la regla general, conviene partir de una evolución legislativa del régimen del silencio administrativo, desde su nacimiento hasta la normalización de los actos presuntos positivos.

La técnica del silencio goza de importancia en nuestro ordenamiento desde sus orígenes, y ha cobrado importancia recientemente debido a sentencias del Tribunal Supremo, sentando doctrina sobre diversas cuestiones controvertidas y también ha influido en esta evolución la transposición de Directivas de la Unión Europea, ya que las aspiraciones, tanto de la Unión Europea como de la Administración española, consisten en no ser un obstáculo y en luchar para evitar trabas al ejercicio de actividades de servicios.

En el trabajo que se expone a continuación se pretende un análisis de esta figura del silencio administrativo positivo, delimitando, estableciendo fundamentos y analizando la situación actual de la figura, haciendo mención a la crisis que produce esta figura.

También dejar constancia de la importancia de la legislación urbanística en esta materia, con un último Real Decreto-Ley 8/2011, clave, para asimilar esta figura.

2) CONFIGURACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

2.1) Delimitación del silencio positivo

El silencio administrativo es aquel acto administrativo presunto en virtud del cual, ante la ausencia de resolución expresa por parte de la Administración, se tiene por estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo), teniendo una indudable importancia en el ámbito del Derecho Administrativo. Es presupuesto del silencio el transcurso del plazo sin que se dicte la resolución.

En cuanto a su consideración o no como acto administrativo, es ilustrativa la tesis de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO¹:

A pesar de lo que parece decir, -pero no dice- el artículo 24.2 LPAC, ni el silencio positivo ni el negativo hacen emerger un acto, sino una mera ficción de acto, un como si hubiera habido acto.

Y es que, una cosa es que el silencio positivo tenga a todos los efectos – incluso a los de su posible revisión de oficio- la consideración de acto y otra que lo sea en realidad. También al feto, que luego llega a nacer, se le tiene por nacido a todos los efectos (art. 29, Código Civil) y nadie en su sano juicio sostendría que ese feto es ya un nacido, eso que -en lenguaje coloquial- llamamos un “bebé”. Más: si se lee con atención ese número 2 del artículo 24 se advertirá que no dice que se haya producido el nacimiento de un acto administrativo, sino que *“tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo”*.

Pues bien, esa expresión de “tener la consideración de” es análoga a la que utiliza el legislador cuando opera con ficciones.

La declaración que hace la Exposición de motivos de la Ley 4/1999 de que el silencio administrativo, cuando tiene sentido positivo, produce un verdadero acto administrativo es una pura fábula, una fantasía, algo que no es verdad y que es contrario a la naturaleza de las cosas. No hay tal acto, sino una ficción del acto. Igual que sucede cuando el silencio tiene un sentido negativo.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Thomson Civitas. Cuarta Edición.

Lo que llamamos silencio administrativo tiene un fundamento distinto según que estemos ante un caso de silencio negativo o ante un supuesto de silencio positivo.

El silencio negativo, es el encargado de facilitar al interesado el acceso a una vía revisora ulterior -la judicial, en último término- evitando que la combinación del privilegio administrativo del acto previo con la inactividad formal de la Administración volatilice su derecho a una tutela judicial efectiva.

El fundamento del silencio positivo es muy diferente. Según MARTÍN MATEO, esta forma de silencio opera en el ámbito de las intervenciones policiales o de tutela, facilitando la obtención de autorizaciones o aprobaciones administrativas previas. En cierto modo, dice el autor, viene a ser una sustitución de la técnica de la autorización o aprobación previas por la carga de la comunicación del proyecto a la Administración con facultad de ésta de dictar una orden prohibitiva durante un plazo².

Ramón PARADA VÁZQUEZ, en base al silencio administrativo, acepta una distinción entre actos presuntos y actos expesos. Para este autor el silencio de la Administración no es un acto, sino un hecho jurídico, pues falta la declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, como es propio de los actos expesos. El silencio es el comportamiento del que no manifiesta ninguna voluntad; *“qui tacet neque negat, neque utique facetur”*.³

El silencio es, en sí mismo considerado, un simple hecho jurídico, porque es la norma la que confiere efectos a ese simple hecho real sin intervención de voluntad alguna. En el ámbito administrativo, merced a la declaración que se hace por el propio Legislador, constituye un auténtico acto administrativo que produce la misma eficacia que el acto dictado expresamente. Pese a ello, se considera que es un supuesto anormal de acto porque la ausencia de declaración expresa no deja de ofrecer serios problemas, incluso para determinar, no ya el contenido del acto que no tiene concreción, sino incluso su misma existencia porque es difícil acreditar lo que no existe, la resolución expresa. Esas dificultades que comportan el silencio o acto presunto son las que aconsejan establecer la necesidad de que la Administración deba, en todo caso, dictar la resolución expresa, sin perjuicio de que, en garantías del ciudadano, pueda anticiparse el efecto del silencio⁴.

² MARTÍN MATEO, R. Silencio positivo y actividad autorizante, “RAP”, núm. 48, 1965.

³ PARADA VÁZQUEZ, R. Derecho Administrativo II, Régimen Jurídico de la actividad Administrativa. Editorial Open Ediciones Universitarias, S.L. Madrid. 2014. Pág. 43.

⁴ <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/> - Silencio Administrativo.

Germán FERNÁNDEZ FARRERES precisaba que la técnica del silencio administrativo no es más que un paliativo al incumplimiento de la Administración que, deja sin resolver, los asuntos que le corresponden. Y es que, ante tal inactividad, es por lo que se ha tenido que establecer una ficción. Concretamente, la ficción de que transcurrido el plazo previsto sin que se haya adoptado ninguna decisión, se entiende que la Administración ha resuelto de manera presunta, ya sea en sentido positivo o por el contrario, en sentido negativo. Así, surge la posibilidad de que, tanto los jueces y tribunales puedan pronunciarse definitivamente sobre la correspondiente cuestión⁵, como también la Administración pueda resolver de forma expresa posteriormente.

La importancia de esta figura es inmensa, ya que, debido a la constante falta de respuesta por parte de la Administración, se hizo necesario la creación de un mecanismo capaz de otorgar protección a los indefensos particulares.

No podemos dejar de citar al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que en su obra “*sobre silencio administrativo y recurso contencioso*”, transcribe el razonamiento relativo a la naturaleza del silencio administrativo que realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de abril de 1933, cuyo razonamiento bien merece el honor de una transcripción:

“Hay que tomar como base la naturaleza que el silencio administrativo tiene de ser una presunción establecida precisamente en favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes quiso favorecer, como sucedería si, no obstante la existencia de un acuerdo administrativo, como sucede en este caso, mediante el que resuelve de un modo expreso cierta reclamación (reputándola con ello viva), para los efectos de librar a quien resuelve de sus consecuencias, se considerase inexactamente que había guardado silencio, privando así a los interesados del consiguiente derecho ante un acto de la Administración y negando a ésta una facultad tan interesante a sus funciones como es la de purgar sus propios actos de la deficiente tramitación de que adoleciesen al dejar incontestado lo que pudo y debió racionalmente contestarse”.

⁵ FERNANDEZ FARRERES, G. Sistema de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas. Pamplona. 2018. Pág. 712.

2.2) La finalidad de la universalización del sentido positivo

La doctrina suele esgrimir dos finalidades en la universalización del silencio positivo como fórmula general de superación de la inactividad jurídica de la Administración: servir de estímulo a la Administración para que resuelva en tiempo y forma, y evitar que los ciudadanos se vean perjudicados en el desarrollo de sus libertades y derechos como consecuencia de la inactividad de la Administración. La Exposición de motivos de la Ley 4/1999 lo corrobora: *«No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración -siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas.»*

El legislador considera que la falta de resolución expresa en el plazo máximo establecido es una **grave anomalía**. Sin duda lo es. El Tribunal Constitucional reitera que el deber de resolver expresamente «entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.), así como con los valores que proclaman los arts. 24.1 y 106.1 C.E.

Pero la cuestión es si la universalización del silencio positivo es la respuesta adecuada para prevenir o para remediar esa anomalía. Es evidente que no la remedia: no se garantiza el cumplimiento de la obligación de resolver de la Administración, sino que las consecuencias negativas que a priori tiene la inactividad jurídica de la Administración para el interés privado se desplazan ex lege al interés general, desde cuya perspectiva ya no se puede valorar la conformidad del ejercicio de la facultad o de la actividad privada mediante un pronunciamiento expreso. Pero que la Administración ya no pueda proceder a valorar el ejercicio de la facultad o de la actividad privada desde la perspectiva del interés general no significa necesariamente que la facultad o la actividad privada sean conformes con el interés general, ni que sean conformes con el ordenamiento jurídico. De hecho, la obligación de resolver se extingue pero surge la obligación de revisar de oficio los actos administrativos obtenidos por silencio que infringen radicalmente el ordenamiento jurídico [art. 106 en conexión con el art. 47.1 f) LPAC].

El mejor ejemplo del carácter «sancionador» para la Administración -por el incumplimiento de su obligación de resolver- que tiene la universalización del silencio positivo se encuentra en los arts. 24.3 y 122.2 LPAC: la falta de resolución expresa de un

recurso de alzada interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud conlleva la estimación de dicha solicitud, pero ello no evitará en el plano práctico la necesidad de nuevos procedimientos y la generación de controversias. Resulta paradójico que lo que en origen solo era una ficción procesal a los únicos efectos de interponer el recurso procedente (el silencio administrativo negativo) se transforme de esta forma en un acto administrativo a todos los efectos con la consiguiente presunción de legitimidad. Debe subrayarse que la norma no constituye un simple supuesto legal de silencio positivo, sino una regla general e indisponible, porque por el transcurso de un breve plazo de tiempo adicional (tres meses) la inactividad de la Administración convierte en positivo cualquier silencio administrativo negativo con independencia de la materia.

Las causas del silencio pueden ser variadas, y ninguna técnica jurídica inflexible puede adecuarse a todas. No es lo mismo un simple retraso que la renuencia de la Administración a dictar una determinada resolución. La universalización del silencio positivo como fórmula general de superación de la inactividad jurídica de la Administración hace tabla rasa de las diversas razones que pueden subyacer a la falta de resolución expresa en cada una de las Administraciones públicas.

El legislador de la Ley 30/1992 solo en un momento parece intuir o tener en cuenta las causas profundas de la inactividad administrativa, buscando soluciones distintas de las puramente procesales (silencio administrativo) o represivas (responsabilidad disciplinaria del funcionario): cuando añade a la posibilidad, ya tradicional, de ampliar los plazos, la potestad de suspender el transcurso del plazo máximo para resolver y para notificar en una serie de supuestos tasados (actual, art. 21.5 LPAC), así como la posibilidad de decidir que se habiliten los medios personales y materiales para tramitar adecuadamente y en el plazo debido las solicitudes (actual, art. 21.6 LPAC).

Lo que no debe hacerse es confundir, la regulación de los efectos del silencio con un problema de agilización de los procedimientos o de la actuación de las Administraciones Públicas. El establecimiento del silencio positivo no debe contemplarse como un instrumento de agilización o de simplificación administrativa, como por ejemplo, la utilización intensiva de las nuevas tecnologías, la supresión de trámites innecesarios o la reducción de la documentación requerida a los ciudadanos.

El silencio positivo no elimina la carga administrativa de reunir la documentación requerida, completar y presentar la solicitud y esperar a la respuesta de la Administración.

2.3) Los valores constitucionales y el silencio positivo

Ya, la Exposición de motivos de la Ley 4/1999, reveló una clara toma de postura: el establecimiento del silencio positivo persigue equilibrar los intereses en presencia, y hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas.

En términos similares, el Tribunal Constitucional se refirió al silencio positivo como⁶ “*una garantía mínima que redunde en un beneficio para los administrados*”, y añadió que la naturaleza «común» de dicho aspecto del procedimiento administrativo en el sentido querido por el art. 149.1.18 de la Constitución, se justifica en la necesidad de que esa garantía mínima juegue por igual para todos los españoles que dirigen sus peticiones idénticas a la Administración.

En realidad, la aceptación acrítica de la universalización del silencio positivo «subvierte, gracias al desvío por la obligación subjetiva de tempestiva resolución expresa, la economía constitucional de la relación entre el interés general y el particular, gobernada por la subordinación incondicional del segundo al primero»⁷.

La prevalencia *ope legis* del interés particular sobre el general, expresado en la estimación automática de la solicitud dirigida a la Administración por el mero transcurso del plazo máximo para resolver y notificar, no puede aceptarse sin más cuando se incide sobre valores constitucionalmente consagrados, como la asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE), la protección de la salud (art. 43 CE), la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE), la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 CE), la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores o usuarios (art. 51.1 CE) o la protección de los bienes de dominio público y comunales (art. 132 CE).

El legislador del procedimiento administrativo común solo ha reconocido expresamente el dominio público, el servicio público, el medio ambiente y la responsabilidad patrimonial de las AA.PP como ámbitos en los que no es posible la adquisición de facultades por silencio administrativo (art. 24.1 LPAC 2015).

⁶ Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1993, de 21 de enero.

⁷ PAREJO ALFONSO, L. El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación. 2011. Pág. 22.

Otros autores, como José Ramón PARADA VÁZQUEZ entiende que⁸, la técnica del silencio positivo supone un riesgo evidente al posibilitar sin el debido control el otorgamiento de autorizaciones o licencias u otros derechos contrarios a los intereses generales o de terceros afectados, que ni se enteran de la presunta resolución y que, como actos declaratorios de derechos, no pueden ser revocados a posteriori sin seguir los complejos procedimientos establecidos.

Es cierto que fuera de los ámbitos del dominio público, el servicio público, el medio ambiente y la responsabilidad patrimonial de las AA.PP, la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el art. 47.1 f) LPAC proporciona un límite a la adquisición de facultades que nunca deben pasar a la esfera privada sin un examen objetivo. Pero ello supone una inversión de los términos de la relación entre el ciudadano emprendedor y la Administración como gestor del interés general, pues por el mero transcurso de un plazo de tiempo se blindan los intereses particulares que pueden comenzar a gozarse desde el momento de la estimación y se impone a la Administración, poco sobrada de recursos personales y materiales, la carga de revisar o impugnar jurisdiccionalmente el acto contrario al ordenamiento obtenido por silencio positivo, en su caso previa declaración de lesividad para el interés general.

La realidad jurídica en los ámbitos del urbanismo y del medio ambiente se muestra reacia a una estimación indiscriminada de pretensiones particulares que no tengan acomodo en la legalidad vigente.

La razón, no son resistencias particulares de ámbitos sectoriales sino de fondo: el mecanismo del silencio positivo como fórmula general de superación de la inactividad jurídica de la Administración, tal y como está configurado, puede significar la renuncia a tutelar adecuadamente valores constitucionales en juego. Los valores constitucionales antes referidos fundamentan la atribución a los poderes públicos de funciones públicas orientadas exclusivamente a la satisfacción de los intereses generales.

Pues bien, si toda función pública trae causa en último término de valores constitucionales y está orientada exclusivamente a la satisfacción de los intereses generales y si, además, la Constitución establece el principio de objetividad de la actividad administrativa (art. 103.2 CE), el interrogante es, cómo puede ser compatible con la

⁸ PARADA VÁZQUEZ, J.R. Derecho administrativo I. Parte general. Madrid. 12ª edición. Página 116.

Constitución con carácter general la constitución *ope legis* de actos estimatorios por el mero transcurso del plazo máximo para resolver.

La inversión de la regla general de los efectos del silencio llevada a cabo en el ámbito de la contratación pública por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, resulta sumamente elocuente: la combinación de la falta de resolución expresa con la regla general del silencio positivo no puede acarrear la estimación de pretensiones particulares contrarias al interés general por falta de previsión de una regla específica que establezca lo contrario. Sin duda aquí, de nuevo, el deseo del legislador del procedimiento administrativo común de ampliar derechos se topó con la tozuda realidad jurídica de que la Hacienda Pública no puede soportar cualesquiera pretensiones de contenido económico, por mucho que la Administración no resuelva en el plazo previsto, las peticiones que a este efecto le dirijan los particulares.

Cabe resaltar, además, que, con la explícita previsión del sentido negativo del silencio en materia de contratación pública, el legislador refrenda de forma técnica la voluntariosa conclusión de la exclusión de la regla general del silencio positivo a la que había llegado por su cuenta el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de febrero de 2007, que negó que se pudiera obtener por silencio administrativo el cobro de unos intereses devengados por retraso en el pago de un contrato.

Las exigencias derivadas del mandato constitucional de asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE), no quedan necesariamente garantizadas mediante la universalización del silencio positivo. La aplicación del silencio positivo impide una correcta valoración y una equitativa asignación de recursos caso por caso.

2.4) El derecho de la Unión Europea y el silencio administrativo positivo

Ya con la reforma de 1999 el legislador del procedimiento administrativo común buscó acomodar el Derecho de la Unión Europea en el modelo generalizado de silencio administrativo positivo, al prever expresamente que dicho ordenamiento podía derogar la regla general del silencio positivo. Sin duda dicha norma era técnicamente innecesaria, pues la primacía del Derecho de la Unión desplaza automáticamente cualquier norma interna incompatible y no necesita cláusulas específicas que lo recuerden para cada regulación o ámbito sectorial.

El legislador español se limitó a prever en 1999 que el Derecho de la Unión Europea podía regular también el sentido del silencio, pero no tuvo en cuenta que dicho ordenamiento puede excluir simple y llanamente el juego del silencio administrativo tal y como está configurado en el actual art. 43 LPC (hoy art. 24 LPAC de 2015)⁹.

Este es el caso, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el ámbito cubierto por determinadas Directivas: las solicitudes de autorización o de evaluación ambiental no pueden ser resueltas mediante estimaciones o desestimaciones tácitas. El mismo razonamiento se puede extender a otras Directivas que exigen que la resolución del correspondiente procedimiento administrativo se haga por acto expreso.

A la vista de esa jurisprudencia europea debe entenderse que, en las materias reguladas por normas de la Unión, la institución del silencio no es aplicable cuando la norma europea reguladora de la materia lo haya excluido expresa o implícitamente.

Si la norma europea, no exige un acto expreso finalizador del procedimiento, habrá que entender que existe una remisión a la autonomía procedimental de los Estados miembros y que serán plenamente aplicables la institución del silencio administrativo y su régimen jurídico previstos por el ordenamiento jurídico interno.

En general, el Derecho de la Unión no resulta proclive a autorizar a los Estados miembros a recurrir a técnicas de resolución o denegación tácita como mecanismo de superación de la inactividad jurídica de la Administración.

Como excepción, es cierto que en el ámbito de la Directiva de Servicios se ha admitido expresamente el juego del silencio administrativo (tanto positivo como negativo) en relación con la ya excepcional técnica de la autorización administrativa, en el marco de una estrategia liberalizadora de las barreras a la libre prestación de servicios. Lo que ya es más discutible es la interpretación, de que el legislador europeo haya pretendido fomentar

⁹ En cambio, AGUADO I CUDOLÀ en el Silencio administrativo e inactividad, cit., p. 382, sostiene que la mención a «norma de Derecho comunitario» ya supone la aplicación de la doctrina del TJCE contraria a las autorizaciones tácitas. Argumenta que la modificación se introdujo a instancia del dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de ley de modificación de la Ley 30/1992. Efectivamente, éste señaló lo siguiente: «Asimismo han de tenerse en cuenta, para delimitar el ámbito en el que ha de operar el silencio positivo, los procedimientos que requieran una resolución expresa por exigencia del Derecho comunitario. Ha de recordarse que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de febrero de 1991 estimó que una determinada Directiva requería un acto expreso dictado siguiendo un procedimiento preciso de modo que no bastaba una autorización provisional tácita» (expediente núm. 5356/1997). Aunque esa hubiera sido la intención del Consejo de Estado, lo cierto es que el art. 43.1 LPC 1999 no dice eso.

el silencio positivo o adoptarlo de forma generalizada. Aunque la estructura de la disposición contenida en el art. 13.4 de la Directiva de Servicios parece establecer una regla general a favor del silencio positivo, un examen del contenido normativo de la disposición permite concluir lo contrario¹⁰.

Sin embargo, el legislador español se ha valido del proceso de adaptación de la Directiva de Servicios para potenciar el silencio positivo. En efecto, no se ha limitado a consagrar por ley la discutible regla del silencio positivo en el ámbito de las actividades de servicios sujetas a autorización y cubiertas por la Directiva 2006/123/CE, sino que la ha generalizado al procedimiento administrativo común (hoy, art. 24.1 LPAC).

¹⁰ Por ejemplo, la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE. En todo caso, debe adoptarse una decisión de concesión o denegación de autorización de iniciar la actividad de entidad de crédito (art. 15).

3) EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO:

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1889 no vinculó consecuencia jurídica alguna a los casos de pasividad de la Administración en orden a resolver los procedimientos. Tampoco la Ley de lo Contencioso de 1888 previó que la falta de resolución fuera susceptible de impugnación contencioso-administrativa. Por tanto, el interesado se enfrentaba a una absoluta indefensión, ya que frente al silencio de la Administración nada cabía hacer. Solo esperar a que ésta, si lo estimaba oportuno, se decidiese a hablar¹¹. La situación de indefensión a la que se enfrentaban los interesados era total, ya que si la Administración no le interesaba otorgar al solicitante lo pedido, ya que consideraba que tenía derecho, pues a la Administración le bastaba con no resolver.

La doctrina del silencio administrativo aparece por primera vez en nuestra legislación positiva, con caracteres de generalidad aunque limitados al ámbito de la Administración Local, en los Estatutos Municipal y Provincial de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, respectivamente (esencialmente en los arts. 255 y 268 del primero y 174 del segundo), como imitación a la Ley Francesa de 17 de Julio de 1900. Es necesario acudir al Derecho francés para entender el origen del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico español, ya que existen dos cuestiones que caracterizaban al ordenamiento jurídico:

- Oposición de la Administración a resolver todos los procedimientos
- Las manifestaciones del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es en este Estatuto Municipal de 1924 en donde surge por primera vez la expresión de “silencio administrativo”

La Ley Municipal de 1935 conservó la institución que fue recogida, igualmente, en la Ley de Régimen Local de 1955, aunque el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de ese mismo año, dispuso el silencio positivo para algunos casos de solicitud de licencias.

¹¹ FERNANDEZ FARRERES, G. Sistema de Derecho Administrativo I. Pamplona. Civitas. 2018. Pág. 712.

3.1) Ley de Procedimiento Administrativo de 1958

Esta regulación sustantiva limitada al ámbito del régimen local dio paso a una primera formulación general plasmada en el art. 38 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956¹², que acogió de manera general el silencio administrativo negativo con una disposición orientada exclusivamente al régimen de impugnación contra la falta de resolución de las peticiones dirigidas a la Administración.

Poco después se adoptó el primer texto legal español que previó con carácter general la figura del llamado silencio administrativo: la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Esta Ley reguló el llamado silencio negativo o desestimatorio (art. 94) y el silencio positivo o estimatorio (art.95), siendo la regla general el silencio negativo y la excepción el silencio positivo. El silencio negativo constituía entonces una técnica de mera apertura de la vía judicial. En cambio, el silencio positivo producía un acto administrativo que sustituía al que debía haber dictado la Administración dentro del plazo. El silencio positivo tenía un carácter residual. Solo se admitía cuando así lo estableciera una disposición expresa o en el ámbito de las relaciones interorgánicas de fiscalización o tutela de órganos superiores sobre los inferiores.

SANTAMARÍA PASTOR entendía que para la recuperación del silencio positivo, esto no pasaba por el reforzamiento del acto administrativo surgido por silencio administrativo, sino por su erradicación de la teoría del acto administrativo: Si quiere hacerse viable al silencio positivo, hay que dejar de considerarlo dogmáticamente como un tipo de acto autorizatorio tácito. Hay que invertir el planteamiento y configurar el ámbito material del silencio como un tipo de actividad privada libre sometida a una carga de comunicación previa y susceptible de ser sujeta a un condicionamiento posterior¹³.

La regulación de ambas normas va a estar influida por dos consideraciones:

¹² Cfr. Cuando se formule alguna petición ante la Administración y ésta no notifique su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de, dictar una resolución expresa, debidamente fundada.

¹³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. Documentación administrativa. Número 208. 1986. Página 116.

- El silencio únicamente se producía en los procedimientos iniciados a instancia de parte, en los iniciados de oficio que la Administración no respondiese, no tenía efecto alguno.
- La preclusión del plazo no casaba en absoluto con la consideración de ficción legal del silencio.

Tanto la LJCA y la LPA se van a ver completadas con regulaciones sectoriales, las cuales les ofrecían otras características respecto del silencio. La más importante viene a ser la RSCL y posteriormente el TRLS de 1976.

Antes de la promulgación de la Ley 30/1992 conviene hacer referencia al peso que tuvo la Constitución Española de 1978 en la regulación del silencio administrativo, y es que cada vez que la Administración no resuelva una petición, se percibe la figura del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24.1 de la CE.

El resurgir del silencio positivo se va imponiendo paulatinamente, como consecuencia de las exigencias que se desprenden de Europa.

3.2) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Las garantías que la doctrina y la jurisprudencia van forjando en torno al acto administrativo se quisieron trasladar a determinados ámbitos de la inactividad administrativa, mediante la figura del silencio positivo¹⁴.

Con la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), durante el proceso de gestación interna del proyecto de Ley en el seno de la Administración central del Estado, fue la regulación del silencio, la que suscitó más resistencias y generó mayores retrasos en la culminación final del texto. Esta Ley lo que pretendía era superar la regulación del silencio administrativo. Regulación, que no se entiende como una reforma de su naturaleza jurídica, sino que únicamente se cambia su dinámica. Tantos cambios, provocaban un sentimiento de que no tenía sentido este nuevo ordenamiento administrativo. Se veía como un esfuerzo por solucionar problemáticas surgidas en otras regulaciones, aunque como un esfuerzo ineficaz. Publicada la Ley, la

¹⁴ TORNOS MAS, J. Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la ley 30/1992. Bosch Casa Editorial SA. Barcelona. 1994.

regulación del silencio adquirió la condición de tema estrella. Se invierte el principio del silencio negativo y la regla general pasará a ser el silencio positivo aun cuando el régimen transitorio permitió mantener el sentido negativo del silencio con una gran amplitud por las excepciones previstas por la propia Ley y por otras leyes. De este modo se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó, de no tener más finalidad que la de servir de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración¹⁵. Diferenciándose de otras leyes, ésta introdujo una forma de cómputo de los presupuestos de silencio positivo, frente a las excepciones del silencio negativo. Hay que reconocer que el primer impulso de la figura del silencio administrativo positivo viene de la mano de esta Ley.

Cuando regula los efectos estimatorios del silencio administrativo el legislador es consciente de la posibilidad de que lo solicitado y, consiguientemente, lo estimado por silencio rebasen el marco establecido en el ordenamiento jurídico. Por ello establece la consecuencia jurídica de la nulidad absoluta en relación con determinados actos -expresos o surgidos por silencio administrativo-: los contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Esta nulidad prevista en la LRJPAC ha introducido novedades respecto a la antigua regulación. Así, el artículo 62, aparte de distinguir entre causas de nulidad de los actos administrativos y los reglamentos, añade algunas causas específicas, como por ejemplo, la protección de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

La LRJPAC al introducir en el artículo 62.1.f) un nuevo supuesto de nulidad radical referido a actos presuntos, situó el tema no tanto en si produce o no silencio administrativo cuando se solicita algo contrario a la legalidad, sino simplemente en establecer que el silencio positivo despliega sus efectos incluso "*contra legem*", si bien tales actos surgidos de silencio pueden ser nulos de pleno derecho.

La posible suspensión por la Administración del acto presunto habría de interpretarse de forma restringida para evitar un uso abusivo de esta técnica cuando el particular obtiene la estimación de su solicitud mediante silencio administrativo¹⁶.

¹⁵ GALLARDO CASTILLO, M. J., Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Tecnos. Madrid. 2010.

¹⁶ TORNOS MAS, J., Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992. Bosch Casa Editorial SA. Barcelona. 1994.

Analizando el artículo 43 de la LRJPAC, se fija el alcance y consideración que gozan el silencio positivo y el negativo. El primero de ellos tiene la consideración a todos los efectos de acto finalizador del procedimiento, esto es, se considera una resolución en toda regla, aunque esto no equivale a que lo sea. El silencio negativo solo tiene efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte conveniente. Según palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁷, en este caso no se trata de una resolución, sino que la sustituye a efectos procesales, para impedir que la inactividad de la Administración, impida que el ciudadano reaccione contra la denegación de lo solicitado¹⁸.

Para que se diesen estos efectos, era necesario que transcurriesen los plazos previstos para que la Administración resolviese sin que lo realizase y que se acredite dicha situación. Esta situación podía acreditarse a través de “la certificación expedida por el órgano competente que debió resolver expresamente”¹⁹ o a través de la presentación de la petición de la certificación²⁰. Esta certificación de los actos presuntos es la novedad más llamativa de la Ley 30/1992. Con esta certificación parece que se equipara este novedoso tipo de certificación a la notificación del acto administrativo.

Este instrumento derivado de la Ley supuso más problemas en su interpretación de los que se hubiera previsto, ya que producía grietas en la seguridad jurídica, sobre todo en los casos en la que la resolución posterior de la Administración era contraria al efecto producido por el silencio positivo.

La relación del silencio administrativo con la certificación causó un caos en el ámbito práctico debido a que lo normal era que el efecto del silencio se produjese de manera automática, simplemente con el transcurso del tiempo y que la certificación fuese un simple complemento, y no, que la certificación se le entienda como un requisito necesario para la producción de efectos. Algo que surge como un remedio, o una solución para la seguridad jurídica, acaba convirtiéndose en el problema.

En cuanto al sujeto encargado de dictar la certificación, se establece que el órgano competente para dictar la resolución expresa, será el encargado de dictar la certificación, sin

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de derecho administrativo. op. cit., p 552.

¹⁸ GALLARDO CASTILLO, M.J., Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992. Tecnos. Madrid. 2010.

¹⁹ Vid. Artículo 44.2 de la Ley 30/1992

²⁰ *Ibíd.* Artículo 44.3

que pueda delegar esa competencia. Para aportar más imparcialidad, lo mejor hubiera sido otorgarle la competencia a un órgano especializado. En los órganos colegiados, la Ley establece que tiene que expedirlas un secretario del mismo. La LRJPAC señala que es el secretario quien emite la certificación, no el órgano. En definitiva, cabe advertir que la subordinación de la eficacia del silencio a la expedición expresa o presunta de la certificación implica que se configure más como una carga que como una garantía para el particular. Se viene a distorsionar la finalidad de la certificación que es la de acreditar hechos²¹. Para muchos autores la regulación adoptada no soluciona el problema de base.

Debido a esto, surgen muchas dudas referidas al origen de los actos presuntos, convirtiendo esta situación en un caldo de cultivo para la creación de una reforma que modificase esta Ley 30/1992.

3.3) Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

El fracaso de la Ley 30/1992 es evidente en cuanto se produce la aprobación de la Ley 4/1999, la cual modifica supuestos problemáticos de la antigua Ley. En esta reforma se entiende que el silencio es la única vía para solucionar problemas de procedimiento relativos a la actividad de la Administración.

La nueva regulación del silencio vuelve a un régimen muy similar al establecido en la LPA, recuperando la naturaleza que aquella norma atribuía a cada tipo de silencio²²

La regulación del silencio administrativo constituye uno de los aspectos centrales de la reforma introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Antes de entrar en el estudio de la reforma, hay que resaltar los siguientes puntos de la misma:

- Lo fundamental es la seguridad jurídica de los ciudadanos

²¹ TORNOS MAS, J., Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992. Bosch Casa Editorial SA. Barcelona. 1994.

²² SAÉZ HIDALGO, I., La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero. Junta de Castilla y León. 1999.

- La Administración debe contestar siempre a las peticiones de los mismos
- Si no lo hace en el plazo máximo de seis meses, se da por hecho que ha respondido afirmativamente a sus peticiones²³

La distribución de supuestos entre el silencio positivo y el silencio negativo se realiza ahora con unas reglas algo más sencillas, aunque sin alterar en principio el reparto previsto en la Ley 30/1992. El efecto de acto administrativo verdadero que se le otorga al silencio positivo se contrapone con el efecto de simple ficción jurídica que se le otorga ahora al silencio negativo en procedimientos iniciados a instancia del interesado. La principal novedad en este punto estriba precisamente en el reforzamiento del silencio positivo. La Ley 4/1999 culmina la conversión del silencio positivo en regla general a secas, pues las excepciones a la regla general sólo podrán ser establecidas mediante una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario (art. 43.1, hoy art. 24.1 de la Ley 39/2015). Por tanto, ya no podrán introducirse por reglamento supuestos de silencio negativo. Con ello se quiso atender a las críticas vertidas contra lo que, bajo la versión originaria de la Ley 30/1992, era una mera regla supletoria o residual de silencio positivo²⁴.

Con todo, una de las más importantes consecuencias que se derivan de la elevación del rango de la norma necesaria para establecer regímenes de silencio negativo es la marginación de las Administraciones Locales para establecer, dentro de su ámbito de competencias, regímenes de silencio negativo.

Junto a la regla general, se instituye un supuesto peculiar de silencio positivo: la falta de resolución expresa de un recurso de alzada interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud.

La Ley 4/1999 otorga a la estimación por silencio administrativo la consideración, a todos los efectos, de acto finalizador del procedimiento (art. 43.3, hoy art. 24.2 Ley 39/2015). En consecuencia, le es aplicable la teoría general del acto administrativo. El acto producido por silencio administrativo tiene efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo máximo para resolver y para notificar. Este es el único momento a tener en cuenta, porque desde 1999 la nueva regulación prescinde de la necesidad de la solicitud de certificación para que se produzca efectivamente el silencio positivo. Con posterioridad al

²³ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ DE VELASCO, J. Efectos del silencio administrativo positivo por parte de la Administración del Estado (Manual práctico para la consecución de lo concedido en virtud de dicho silencio administrativo positivo). Madrid. Dykinson. 2003.

²⁴ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X. La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

vencimiento del plazo máximo para resolver y para notificar ya sólo puede dictarse una resolución expresa que sea confirmatoria del acto producido por silencio administrativo [expresamente art. 43.4 a), hoy art. 24.3,a) de la ley 39/2015]. El reconocimiento de los efectos producidos por el acto presunto va a permitir un mejor entendimiento de las resoluciones tardías. Esto evita que la Administración pueda seguir realizando la tendencia a denegar de forma expresa posteriormente, lo concedido mediante acto presunto. Esta tendencia era una forma de revisar los actos estimatorios para las pretensiones del interesado sin seguir los procedimientos de revisión pertinentes.

También se modifica el mecanismo de prueba del acto administrativo producido por silencio administrativo. En cuanto a la certificación a que se refiere esta nueva Ley, no tiene nada que ver con la anterior certificación de los actos presuntos, por lo tanto, la compleja y controvertida regulación de la certificación de actos presuntos del art. 44 LPA de 1992 es eliminada. Pero, aunque desaparece la carga de solicitar la correspondiente certificación, se mantiene la figura del «certificado acreditativo» como uno de los medios de prueba al que pueden acudir los interesados. Frente a la farragosa regulación anterior, que incluía la consideración de la no emisión de la certificación como falta muy grave, la nueva regulación se limita a indicar sobriamente que el certificado deberá emitirse en el plazo máximo de quince días desde la solicitud. Esta nueva regulación percibe esta certificación como un medio de documentación básico, el cual no condiciona a la estimación surgida en el acto presunto.

Simultáneamente se producen otras dos modificaciones colaterales que refuerzan la institución del silencio positivo. Una se encuentra en la propia Ley de Procedimiento Administrativo: la desaparición de la revisión de oficio de actos anulables declarativos de derechos que infringieran gravemente normas de rango legal o reglamentario y su sustitución por un mecanismo jurisdiccional previa tramitación de la declaración de lesividad, la Administración apenas tiene margen de maniobra para revisar y anular las posibles solicitudes estimadas por silencio administrativo que infrinjan el ordenamiento jurídico. Aunque el acto surgido por silencio administrativo incurra en la mencionada causa de nulidad o en la causa general de anulabilidad, la Administración autora del acto no puede desconocerlo, sino que, si procede, debe incoar el procedimiento de revisión de oficio o la declaración de lesividad.

La otra modificación relevante con impacto colateral es la inclusión en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de una

nueva pretensión ejercitable mediante el recurso contencioso-administrativo. Hasta entonces la Administración podía desconocer la producción de un acto administrativo estimatorio producido por silencio. Desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, el ciudadano dispone de una acción, como solución contra la falta de actuación de la Administración (art. 29.2 LJCA), que puede utilizarse también para lograr la ejecución de un acto administrativo firme. Como el silencio positivo produce a todos los efectos un acto administrativo, no hay ningún impedimento para utilizar la referida acción procesal con respecto a los actos surgidos por silencio positivo. Incluso puede afirmarse que esta nueva acción procesal, confiere al silencio positivo la viabilidad que no tenía. La viabilidad aportada al silencio positivo se deriva de que el ciudadano tiene un cauce adecuado para obtener la ejecución de la declaración que comporta la resolución surgida por silencio positivo. Conviene aclarar que esta acción no está dirigida a la inactividad de la Administración, sino que se dirige contra la actuación de ejecución. Se establece una acción de condena dirigida contra la Administración para que cumpla lo establecido en el acto presunto.

A partir de 2009 el legislador español parece debatirse entre continuar por la senda de potenciamiento del silencio positivo, por un lado, e introducir excepciones en el sistema para resolver problemas concretos de desajuste sectorial de la figura del silencio positivo (contratación pública, urbanismo), por otro. Podemos destacar:

3.4) La transposición de la Directiva de Servicios.²⁵

Se consideró de vital importancia la eliminación de las barreras jurídicas existentes para la consecución del mercado interior a través de la aprobación de la **Directiva 2006/123/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también llamada Directiva de Servicios o Directiva Bolkestein. Esta Directiva aporta nuevas formas al estudio del silencio administrativo y establece soluciones más cercanas a los tiempos existentes y relacionados con la esperanza de conseguir un mercado libre y competitivo.

El objetivo de la Directiva fue impulsar un mercado interior efectivo en el ámbito de los servicios garantizando mayor seguridad jurídica para los prestadores a la hora de ejercer las libertades fundamentales recogidas por el tratado constitutivo e impone a los

²⁵ Vid SÁNCHEZ, I. La transposición de la directiva de servicios en España.

Estados miembros la obligación de adaptar sus legislaciones en un plazo de tres años, esto es, el proceso de transposición debía finalizar antes del 28 de diciembre de 2009. En relación con los objetivos planteados, la Directiva de Servicios hace referencia al silencio administrativo en su artículo 13 que dice “*A falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros*”²⁶.

En España la transposición se realizó, entre otras, básicamente a través de la **Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**. En materia de Procedimiento Administrativo, significó la introducción de dos nuevas fórmulas de intervención administrativa, la “Declaración Responsable” y la “Comunicación Previa” (a partir de la Ley 39/2015, solo “Comunicación”), destinadas a sustituir en muchos ámbitos a la autorización administrativa. Y en relación a ellas y por lo que atañe al silencio administrativo positivo, la regla general en la Ley 17/2009 es la establecida en el art. 4.1 que dice, *los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley*. Por lo tanto, en la medida en que una actividad privada quede sujeta a las técnicas de declaración responsable y de comunicación previa, que permiten desde su presentación con carácter general el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, ya no tiene cabida la institución del silencio administrativo (ni tampoco, consiguientemente, la regla general del silencio positivo).

Siendo pues, la excepción la autorización administrativa, *la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente...*(art. 5.1), y en relación a ello, la Ley 17/2009 establece que, los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a las que se refiere, deberán respetar las disposiciones de la Ley 30/1992 (entonces vigente), así como «garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general» (art. 6).

En suma, la eliminación de la autorización como técnica normal de intervención administrativa reduce enormemente el ámbito de aplicación del instituto del silencio administrativo y su problemática (sobre todo procesal): si la actuación privada no está por

²⁶ Artículo 13 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre.

lo general supeditada a la obtención de una autorización previa, tampoco es necesario aplicar los efectos de la falta de resolución expresa a unas inexistentes solicitudes de autorización.

3.5) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

El 4 de marzo de 2011 se aprueba la Ley de Economía Sostenible, la cual pretende a través de un conjunto de actividades, basadas en decisiones de la Unión Europea, relacionados con el ámbito financiero enfrentar a la crisis económica y reducir sus consecuencias.

Inasequible al desaliento, el legislador español ha continuado con su programa de impulso decidido del silencio positivo. Esta Ley recupera el afán por limitar el silencio negativo a los supuestos en los que concurren razones imperiosas de interés general. Esta ampliación en el silencio positivo se encuentra regulado en el artículo 40²⁷, dentro del capítulo de “Simplificación Administrativa”.

Paradójicamente, aunque la Ley de Economía Sostenible parece pretender impulsar la implantación del silencio positivo, ello no es óbice para que, a lo largo de su articulado, con ocasión de las diversas modificaciones legales que auspicia, añada nuevos supuestos de silencio negativo en el ámbito de: mediación de seguros y reaseguros privados, de los planes y fondos de pensiones, de contratos del sector público, sector de hidrocarburos y Ley de Propiedad Intelectual.

Debe llamarse la atención en especial sobre la reforma en materia de contratos del sector público²⁸. La reforma consistió en introducir un precepto que dispone que «en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver». Por tanto, la regla general que se ha previsto en el

²⁷ Vid. Artículo 40 de la Ley 2/2011, de 4 de Marzo de 2011.

²⁸ Cfr. La norma se contiene actualmente en la disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

ámbito de la contratación pública para los procedimientos iniciados a instancia del interesado es justamente la inversa a la recogida en el art. 24.1 Ley 39/2015: la regla general, aparentemente inderogable, es el silencio negativo.

3.6) El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio

La conversión de un largo elenco de procedimientos en los que regía el silencio negativo en procedimientos de silencio positivo no vino finalmente de la mano de un proyecto de ley tal como preveía el art. 40 de la Ley de Economía Sostenible²⁹, sino del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

La atracción de más de cien procedimientos administrativos hacia el ámbito del silencio positivo refuerza sin duda la regla general, pues la persistencia de numerosas normas legales que establecían la excepción del silencio negativo debilitaba la fortaleza de la regla general. Este sentido positivo del silencio se encuentra previsto en el artículo 26³⁰. Sin embargo, ello no altera la naturaleza y el régimen del silencio administrativo regulado en el entonces art. 43 LPC (hoy 24.1 Ley 39/2015).

Desde el punto de vista de la concepción legislativa sobre el silencio administrativo resulta muy relevante la regulación establecida en el art. 23 del citado Real Decreto-Ley 8/2011. Dicho precepto establece la regla del «acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación territorial y urbanística» para determinados actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo³¹.

²⁹ Cfr. El art. 40.1 de la Ley de economía sostenible («Ampliación del ámbito del silencio positivo») establecía que, para agilizar la actuación de las Administraciones públicas, en el plazo de tres meses se remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con el art. 43.1 LPC (hoy 24.1 Ley 39/2015). El apartado segundo del mismo precepto conmina también a las Comunidades Autónomas a realizar una evaluación idéntica en el plazo de un año y a impulsar la adecuación normativa oportuna.

³⁰ Vid. Artículo 26 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.

³¹ Cfr. a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación; b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva

El tono resulta distinto al del art. 43.1 LPC (hoy 24.1 Ley 39/2015). Ya no hay resignación al incumplimiento de la obligación de resolver dentro del plazo máximo para resolver y notificar, sino insistencia en que la regla es la del «acto expreso». Para los actos de mayor trascendencia en relación con el uso del suelo ha quedado «vedada la posibilidad de que la legislación urbanística prevea otra forma de control que no sea un acto expreso y ex ante de conformidad, sea en forma de autorización o licencia».

Es el primer replanteamiento, aunque fragmentario y no plenamente explicitado, de la concepción general imperante desde la promulgación de la Ley 30/1992, si bien en un ámbito tradicionalmente reacio a aceptar la concepción del acto estimatorio por silencio administrativo en los términos establecidos en el art. 43.1 de dicha Ley.³²

3.7) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ha traído escasas novedades en esta materia, no variando sustancialmente el régimen del silencio establecido por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado la regla general es la del silencio positivo; así, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados para entender estimada su solicitud por silencio

planta; c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes; d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje; y e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior.

³² Cfr. Con todo, la Exposición de motivos del Real Decreto Ley 8/2011 señala que «se confirma la regla, ya contenida en la Ley estatal de Suelo, de la imposible adquisición por silencio administrativo, de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, y que culminan determinando la nulidad de pleno derecho de estos actos. La sentencia de 28 de enero de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha fijado como doctrina legal que el artículo 8.1,b) de la citada Ley de Suelo constituye una norma con rango de ley básica estatal, con los mencionados efectos. Para ello, nada mejor que explicitar el carácter negativo del silencio en los procedimientos más relevantes de declaración de conformidad, aprobación o autorización administrativa en dichos ámbitos, lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo.» (énfasis añadido). Por tanto, se trata de algo más que de una confirmación de una regla preexistente: la explicitación del carácter negativo del silencio en los procedimientos más relevantes.

administrativo. En cuanto a que el silencio tendrá efecto desestimatorio, se añaden nuevos supuestos, los procedimientos que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente, los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados (art. 24.1 Ley 39/2015).

Esta nueva Ley apenas ha supuesto una novedad en lo que se refiere a la revisión de oficio *strictu sensu*. Esta reforma podría haber aclarado los cauces de revisión posibles y su relación con la revocación. Para la profesora DE LOS MOZOS Y TOUYA, respecto de los cauces de revisión, en vez de suprimir el recurso de revisión, como se ha defendido en la doctrina, se podría incluir dentro de la categoría de recurso administrativo extraordinario, y junto a este, la llamada acción de nulidad. Respecto a la comparación con la revocación, esta misma autora comprende que la revisión de oficio, a cargo de la Administración, tiene sentido para declarar la invalidez o anular sus actos radicalmente inválidos, mientras que la revocación debe servir para que la propia Administración pueda dejar sin efectos, los actos anulables que sean de gravamen para sus destinatarios. En resumen, lo que quiere decir es que se tiene derecho a que se eliminen los efectos del acto desfavorable nulo de pleno derecho, a través de la acción de nulidad también, sin embargo, no viene previsto para los supuestos de mera revocación³³.

En relación al certificado acreditativo del silencio que sirve para acreditar un acto administrativo no se trata de ninguna novedad, ya que aparece por primera vez en la Ley 30/1992, como una condición de eficacia del acto producido por silencio administrativo. Posteriormente en la Ley 4/1999 se establece la regulación definitiva, que la convierte en un medio más para probar la existencia del acto producido por el silencio. La Ley 39/2015 hace referencia al certificado del acto presunto de la misma forma que la Ley 30/1992, pero lo que si modifica es su emisión, pues se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de 15 días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento. Este certificado se convierte en una obligación de la Administración competente para resolver.

³³ LAGUNA DE PAZ, J.C., SANZ RUBIALES, Í., y DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., (coords.). Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz. Tomo II. El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad. Editorial REUS. Madrid. 2017.

Respecto a los supuestos de nulidad radical, se encuentran previstos en el artículo 47 de la Ley 39/2015. En cuanto al alcance de la acción de nulidad frente a los actos presuntos, deben de tratarse de actos que incurran en alguno de los supuestos de nulidad radical prevista en el artículo establecido con anterioridad, frente a los cuales los interesados pueden utilizar la acción de nulidad, como vía de recurso extraordinario y excepcional. Existen dos supuestos que puedan darse en los actos presuntos, en primer lugar, cabrán actos presuntos negativos cuando la Administración no resuelva expresamente recursos ordinarios contra los actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. En segundo lugar, cabra actos presuntos positivos radicalmente nulos, cuando por silencio se otorguen facultades o derechos a sus destinatarios, si estos carecen de los requisitos esenciales para su adquisición³⁴

³⁴ LAGUNA DE PAZ, J.C., SANZ RUBIALES, Í. y DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., (coords.). Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz. Tomo II. El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad. Editorial REUS. Madrid. 2017.

4) RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO POSITIVO: EFECTOS Y CONSECUENCIAS

4.1) Presupuestos del silencio positivo

Es obligatorio comenzar en el régimen jurídico del silencio, con las reglas básicas de esta materia, que no son otras que, la obligación de resolver, el plazo máximo de duración de los procedimientos, la información sobre actualización de éstos, así como otras reglas como el posible incumplimiento del plazo para resolver si se da el caso de un elevado número de solicitudes presentadas o personas afectadas, o una breve referencia a la responsabilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas en relación con el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar. Las obligaciones de la Administración apenas han sido modificadas por la Ley 39/2015, respecto de la Ley 30/1992, y dentro de estos cambios cabe destacar la incorporación de nuevas condiciones precisas para que surja el silencio.

Otra de las modificaciones planteadas por esta última reforma, consiste en reforzar el sentido positivo del silencio, a través de la obligación de argumentar con razones de interés general el sentido negativo del silencio, cuando la petición tenga por finalidad acceder a ciertas actividades o su ejercicio.

Respecto a la obligación de resolver, la Administración está siempre obligada a **dictar resolución expresa** en todos los procedimientos y a **notificarla**, cualquiera que sea su forma de iniciación. Así las cosas, el silencio es una presunción legal que sustituye la ausencia de pronunciamiento expreso por parte de la Administración.

Se establece pues, con carácter general, la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación.

En la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se hacía referencia en la Exposición de Motivos a esta obligación de la Administración a resolver, ya que se establece como el verdadero objetivo de la ley. Se señalaba *“El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan*

en el plazo establecido”³⁵. Este deber de la Administración, en la ya derogada Ley 30/1992, no solo aparecía en la Exposición de Motivos, sino que también se hacía referencia a esta obligación en el artículo 42.1 que manifestaba *“La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”*³⁶.

La obligación de resolver de manera expresa de la Administración se encuentra actualmente regulada en el artículo 21.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que expone³⁷: *“La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, se haya iniciado de oficio o a instancia de parte”*.

Asimismo se incluyen en esta obligación, los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, que en la anterior redacción de este artículo estaban exceptuados.

En concreto, se establece que la resolución en estos supuestos consistirá en la declaración de a circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Esta obligación de resolver se enlaza con el hecho de que, el silencio no es una alternativa a la resolución administrativa y por ello, **no es una forma de terminación del procedimiento**³⁸. No aparece referenciada como tal en el art. 84 LPAC 2015 que enunciando aquellas, dice, *“pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad, también producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas”*.

Resulta muy útil destacar la opinión de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR respecto a la obligación de la Administración para resolver, basada en que en cuanto al plazo que tiene que cumplir la Administración para resolver el asunto, en una sociedad capitalista avanzada, una Administración severamente interventora no puede permitirse el

³⁵ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁶ Vid. Artículo 42.1 de la Ley 30/1992

³⁷ Vid. Artículo 21.1 de la Ley 39/2015.

³⁸ ARZOZ SANTISTEBAN, X. La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo. Madrid. Manuel Pons. 2001.

lujo de consumir el tiempo de los ciudadanos privados, que es hoy su activo más valioso y apreciado, ni enervar sus iniciativas con procedimientos limitativos de tramitación eterna. De esta forma, fijar la duración máxima de tales procedimientos se convirtió en el objetivo fundamental³⁹.

En relación con el plazo máximo de duración de los procedimientos, debe tenerse en cuenta una novedad de la LPAC de 2015, la regularización anterior sólo se refería al plazo para resolver, mientras que la nueva incluye dentro del plazo máximo, tanto el de la resolución como el de notificación, es decir, se computan también en dicho plazo máximo, los diez días fijados legalmente en cursar la notificación.

De esta manera, se establece que el plazo máximo será: como **norma general**, el fijado en la respectiva norma reguladora del procedimiento (como máximo 6 meses), salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea. **A falta de norma expresa**, el plazo general supletorio será de tres meses. Por consiguiente, se mantiene el casuismo establecido por la Ley 30/1992, pero a menor escala.

En relación con el **cómputo de este plazo**, la regulación anterior no fijaba expresamente el momento a partir del cual se iniciaba el cómputo. La actual LPAC de 2015, establece que en los procedimientos iniciados de oficio, será desde la fecha del acuerdo de iniciación, y en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Por tanto adquieren especial importancia no sólo el tiempo señalado por el Legislador, sino el momento inicial y final. En cuanto al **momento inicial**, que será aquel en que se inicia el procedimiento, se dispone en el artículo 21.4 Ley 39/2015 que: *"En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Dicha mención se incluirá en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en la comunicación que se dirigirá al efecto al interesado dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud iniciadora del procedimiento en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente."* Se

³⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. Principios de Derecho Administrativo General II. Madrid. Iustel. 2018. Pág. 93.

pretende que el interesado conozca ya desde el inicio del procedimiento los efectos del silencio y cuando se produce.

En relación al **momento final**, el mencionado artículo 24.1 establece que el plazo señalado para la duración del procedimiento ha de concluir antes de la notificación de la resolución expresa. Es decir, no es suficiente con que se dicte en plazo la resolución, sino que se notifique al interesado. La regla es consecuente con la necesidad de notificación de los actos que es presupuesto de su eficacia, como se establece en el artículo 39 de la Ley 39/2015. Pese a esa lógica referencia a la notificación, no ha dejado el Legislador de atenerse a las reglas generales sobre las notificaciones, sino que se establece una regla especial en el artículo 40.4 Ley 39/2015, dirigida expresamente a evitar el silencio. En efecto, se dispone que: "*a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado*".

Pero ese efecto del silencio, sólo tiene sentido y justificación en los procedimientos iniciados por los interesados, porque siendo el silencio una garantía a favor de los derechos reclamados por los ciudadanos a la Administración, sólo con relación a ellos tiene justificación la institución y en los procedimientos instados con esa finalidad, ha de asignarse los efectos de la falta de resolución. Y así se dispone en el artículo 24.1 Ley 39/2015, que hace presupuesto del régimen que establece que se trate de "*procedimientos iniciados a solicitud del interesado*". Para los procedimientos iniciados de oficio por la misma Administración, se establece en el artículo 25 de la Ley 39/2015 que los efectos de la ausencia de resolución, van a ser de silencio negativo en los casos en los que se pueda derivar reconocimiento y producirá efectos de caducidad, en los procedimientos en los que la Administración ejerza potestades sancionadoras.

Se impone a las Administraciones Públicas la obligación de publicar y mantener actualizadas a efectos informativos, las relaciones de procedimientos. Si bien en la práctica esto se venía haciendo ya anteriormente, no existía una previsión legal expresa en este sentido, que sí ha codificado la Ley 39/2015.

Así mismo, la Administraciones Públicas, tienen la obligación de comunicar a los interesados, tanto en relación con las solicitudes presentadas ante el órgano competente para tramitar y resolver, como con las que se presenten ante otros registros posibles, los siguientes extremos: el plazo máximo establecido para la resolución y notificación del procedimiento en cuestión y en su caso, los efectos del silencio administrativo.

En los procedimientos iniciados de oficio esta obligación quedará cumplida con la mención a los extremos citados en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación.

En los procedimientos iniciados a instancia de parte, la comunicación mencionada deberá efectuarse dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para tramitar, indicando asimismo, la fecha en que este órgano ha recibido la solicitud.

Cuando el elevado número de solicitudes presentadas o las personas afectadas **puedan suponer el incumplimiento del plazo máximo para resolver y notificar**, podrán llevarse a cabo las siguientes actuaciones: habilitación de los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo. Y excepcionalmente, y solo cuando se hayan agotado todos los medios a disposición posibles, mediante motivación de las circunstancias que concurran, se podrá acordar la ampliación del plazo máximo. Esta ampliación de plazo máximo nunca podrá ser superior al plazo establecido para la tramitación de cada procedimiento.

En ambos casos, estas medidas serán adoptadas por el órgano competente para resolver, a propuesta del órgano instructor o por el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de este sin que quepa recurso alguno contra este acuerdo.

Se realiza una referencia explícita a la responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones Públicas en relación con el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar en los plazos establecidos, si bien se ha omitido, en relación con la regulación anterior, la relativa a la remoción del puesto de trabajo.

4.2) Procedimientos iniciados a solicitud del interesado (Art. 24)

En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, la regla es el silencio administrativo positivo.

El objeto de estudio de este trabajo es el silencio positivo, pero para comprender todo su seguimiento es necesario una pequeña comparación con el silencio negativo, por lo que a través de las excepciones, acabar delimitando la regla general. Lo que llama la atención de las excepciones a tal silencio positivo, es que son tantas, que pareciera que la excepción se acaba convirtiendo en regla.

El Tribunal Supremo va a reconocer fuerza y valor al silencio positivo en numerosas sentencias. Una de ellas es la Sentencia de 19 de marzo de 2018 en la que deja claro que una vez producido el silencio positivo, se tiene que tener como equivalente a un acto declarativo de derechos y no se puede no ejecutarlo o dejarlo sin efectos⁴⁰.

Por tanto, la excepción consiste en que el silencio tenga efectos negativos o desestimatorios. La regla general del silencio positivo queda delimitada a través de sus excepciones previstas en el artículo 24.1 de la Ley 39/2105, la mayoría de la cuales ya estaban previstas en antiguos preceptos, pero hay otras que surgen con la reforma del 2015.

Antes de entrar en las excepciones, conviene tener en cuenta que para que pueda prosperar el silencio positivo, éste tiene que estar en el procedimiento específico regulado, no se va a admitir a cualquier petición.

La primera excepción es aquella que hace referencia a los procedimientos relacionados al ejercicio del derecho constitucional de petición, establecido en el artículo 29 de la Constitución.

Es necesario tener bien claro la diferencia entre el derecho de petición previsto en la Constitución y las peticiones que tienen derecho al silencio administrativo positivo. Según DÍEZ-PICAZO, las peticiones, las cuales se refiere el artículo 29 de la Constitución, son “aquellas que no pueden obtenerse por otros procedimientos (administrativos, judiciales)”, mientras que las otras peticiones, son aquellas que si se habrían podido alcanzar a través de dichos procedimientos⁴¹.

Conviene tener en cuenta, una sentencia del Tribunal Constitucional, la cual nos va a servir de ayuda para delimitar en que consiste este derecho. La sentencia que conviene comentar es la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/1988, de 20 de septiembre de 1988 en la que se establece *“reconoce un derecho “uti cives” del que disfrutaban por igual todos los españoles, en su condición de tales, que les permite dirigir, con arreglo a la Ley a que se remite la Constitución, peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado”*⁴².

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2018.

⁴¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ DE VELASCO, J. Efectos del Silencio Administrativo Positivo por parte de la Administración del Estado. Madrid. Dykinson. 2003. Pág. 35, 36.

⁴² Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de septiembre de 1988.

Esta nueva ley 39/2015 va a mantener la mayoría de las excepciones previstas en leyes anteriores, situaciones a las que la lógica impone tal desestimación como por ejemplo la excepción a la regla del silencio positivo en aquellos supuestos en que una norma con rango de ley o norma de la Unión Europea o de Derecho Internacional aplicable en España establezca lo contrario. En estos casos, cuando una norma con rango de ley establezca lo contrario y ordene que el silencio es negativo, imperativamente se impondrá este efecto desestimatorio, aunque no sea habitual⁴³.

Más aún, cuando lo que pretenda el administrado sea acceder a una actividad o ejercitar una actividad, se exige que la Ley que pretenda desestimar dicha petición, esté fundada en la concurrencia de imperiosas razones de interés general⁴⁴.

Otra de las excepciones, anteriormente previstas eran sobre los procedimientos cuya estimación tuviera como efecto que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público. Estas excepciones son las más frecuentes y uno de los ejemplos más repetidos, es la solicitud para la ocupación de terreno público para la realización de una actividad particular, la cual, no obtiene respuesta de la Administración y al tratarse de facultades de dominio público, entonces el efecto del silencio es desestimatorio.

Los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. Es en esta excepción, en la que se muestra todo el sentido del silencio administrativo negativo. No obstante, cuando el **recurso de alzada** se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, **se entenderá estimado el mismo** si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado” (esto es, las materias antes indicadas como excepciones).

⁴³ Como ejemplo encontramos la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2011 (RJCA 2011/950), en la que se resuelve en unidad de doctrina que «en el procedimiento de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios no rige el silencio positivo, siendo una de las excepciones previstas en el art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al estar encuadrado en la disposición adicional 29.2, Anexo 2, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ya que se está en presencia de una acreditación académica.

⁴⁴ La progresiva liberalización del mercado de servicios impulsada por la Directiva Bolkestein exige minimizar los obstáculos administrativos que se han impuesto históricamente para la realización el acceso a distintas actividades. En este sentido, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio -conocida como Ley Omnibus-, amplió la regla general del silencio positivo; no bastando para darle sentido negativo al silencio con una norma con rango de ley que así lo prevea, sino que, además, la decisión del legislador ha de estar justificada por razones de imperioso interés general.

Ha de hacerse una especial mención a esta excepción sui generis, que se conoce con el nombre de **“doble silencio”**, y que ya se regulaba en el régimen anterior, con el siguiente comentario extractado de la Sentencia de 8 de enero de 2013 del Tribunal Supremo que dice, *“Esta contra excepción no debe regir en los casos de derecho de petición o de facultades relativas al dominio público, pero rige sin duda en los casos exceptuados del silencio positivo en el primer párrafo del artículo 43.2 de la Ley 30/92. La lógica así lo impone: si el supuesto es de un recurso de alzada contra una desestimación presunta, de suyo va que se refiere a materia en la que, por excepción, no rige la norma general del silencio positivo, sino el negativo. En conclusión, la Ley 30/92 quiere que en los casos de desestimación presunta de un recurso de alzada interpuesto contra una desestimación presunta, el silencio sea positivo aunque en vía de petición rija, por otra Ley, el silencio negativo. Por lo tanto, producido el silencio (y por doble vez) la Administración no podía dictar resolución en sentido contrario”*. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, al igual que hacía la anterior, también incorpora esta previsión del Tribunal Supremo.

Son dos, las innovaciones que incorpora esta ley 39/2015 respecto a anteriores normas relativas a las excepciones al silencio positivo. En primer lugar tenemos los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es decir, en supuestos en los que el interesado tenga que ser indemnizado por la Administración debido a que el daño sufrido ha sido como consecuencia del ejercicio de los servicios públicos. Si no hay resolución expresa, se entiende desestimada la solicitud de indemnización.

A su vez, esta nueva ley va a incorporar una nueva excepción al efecto estimatorio del silencio como son el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente. Esta excepción lo que viene es a reforzar una cuestión que ya existía mediante la transposición de la Directiva de Servicios, mediante la Ley 25/2019 aunque no se hubiese guardado en el derecho interno. En esta Directiva de Servicios se consideraba a la protección del medio ambiente como una de las razones de interés general que permiten establecer el sentido negativo del silencio. La jurisprudencia se ha pronunciado entendiendo que se puede entender esta protección al medio ambiente como razón imperiosa de carácter general. Como ejemplo de esta jurisprudencia, tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de Junio de 2018 en la que se deduce que la regla prevista en la Ley 39/2015 de silencio negativo va a predominar sobre la normativa autonómica.⁴⁵

⁴⁵ Sentencia de 21 de Junio de 2018 del Tribunal Constitucional.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el sentido del silencio, positivo o negativo, es objeto de polémica y en ocasiones de judicialización, debido a la resistencia que plantea la Administración para considerar estimada la solicitud del interesado como consecuencia de la ausencia de respuesta.

Los Jueces y Tribunales, cada vez más a menudo, van delimitando los hechos en los que se produce silencio administrativo positivo en los procedimientos iniciados por solicitud del interesado.

Como por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 226/2016, de 13 de abril de 2016 se establece una serie de supuestos en los que el silencio positivo se encuentra excluido⁴⁶.

El primer supuesto al que hace referencia esta sentencia es la exclusión de cualquier petición que se encuentre fuera de un procedimiento predeterminado o reglado. Esto tiene como finalidad evitar que el silencio positivo apoye peticiones desafortunadas. Este supuesto quiere evitar abusos y malicias por parte de los interesados.

El legislador pretendía con esto, aplicar el régimen de silencio administrativo positivo a una petición que se encuentre dentro de un determinado procedimiento administrativo, es decir, no a cualquier pretensión. La LPAC establecía como regla, aplicar el silencio a procedimientos predeterminados.

Un segundo supuesto, consiste en la oposición a la potestad de organización, basada en la sentencia del TS de 25 de Junio de 2014 en la que se expone: *“se pretende obtener de la inactividad de la Administración ante lo pedido un efecto de silencio positivo que resulta improcedente, a la vista de que la petición formulada afecta con carácter general a la potestad de organización de un servicio público y por eso exceptuada de aquel efecto”*.⁴⁷

Esta sentencia se basa en la potestad de organización como elemento para eliminar el impacto del silencio positivo.

El tercer supuesto, frena el silencio positivo si existe un requisito imprescindible, para frenar el silencio positivo tienen que existir razones de interés general.

El cuarto supuesto, resalta la presencia de terceros como problema para que el silencio positivo manifieste sus efectos, y más concretamente, el derecho de audiencia. La

⁴⁶ Fundamento Jurídico de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 226/2016, de 13 de abril de 2016.

⁴⁷ Sentencia del 25 de Junio de 2014 del Tribunal Supremo.

audiencia al interesado es un principio fundamental, darles la oportunidad de que se puedan defender, lo que significa que en el momento de establecer los efectos del silencio positivo, no puede pasarse por alto si las personas afectadas han podido expresarse.

4.2.1) Efectos

En cuanto a los efectos el párrafo 4º del art. 24 declara que tiene efectos erga omnes⁴⁸: *“los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada”*.

La producción de efectos comienza desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido.

Con todo, los efectos son distintos en función del carácter del silencio. El Legislador ha discriminado en los efectos del acto presunto, según se trate de silencio positivo o negativo. Esa diferencia se vincula a la necesidad de dictar el acto expreso. La estimación tiene la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Aunque se considera una forma anormal de terminación del procedimiento, porque la falta de resolución expresa produce serios problemas. En cambio, la desestimación por silencio, tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso que resulte procedente.

En efecto, se establece en el párrafo 2 del mismo artículo, que si el sentido del silencio es positivo, el acto presunto *“tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”* y ya hemos dicho que en el apartado 4 se establece que *“se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada.”* Dichos efectos se entienden producidos *“desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido”*.

Régimen bien distinto tiene el silencio cuando el efecto es negativo, porque el Legislador ha querido favorecer al ciudadano en perjuicio de la Administración, que incumple la obligación de resolver. En este sentido, el acto presunto no tiene más efectos que el considerar el interesado desestimada su petición, pero a *“los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”* (párrafo 2, in fine).

⁴⁸ Vid. Artículo 24.4 de la Ley 39/2015

4.2.2 Consecuencias

Respecto a las consecuencias, el silencio administrativo **no puede dar lugar a actos consentidos**.

Como el problema del silencio positivo es la posibilidad de probar su existencia por la dificultad que entraña probar lo que no existe, se dispone en artículo 24.4 que "*su existencia puede ser acreditada **por cualquier medio de prueba** admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido.*" El referido certificado acreditativo deberá ser expedido de oficio por el órgano competente para resolver, en el plazo de quince días. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento.

El régimen del silencio **no excluye a la Administración del deber de dictar resolución expresa** (art. 24.1 in initio, puesto en relación con el art. 24.3), lo que en puridad de principios permitiría al ciudadano estar a la espera de que la misma se dicte, con el añadido de que esa obligación de la Administración no tiene plazo. En efecto, si bien el procedimiento ha de concluir en los plazos señalados por el Legislador, no es menos cierto que la obligación ineludible de dictar la resolución expresa permite que pueda dictarse después de dichos plazos y ya producido el silencio.

La problemática de las autorizaciones presuntas es la compatibilidad que esa resolución expresa extemporánea, una vez producido el silencio, se ha de acomodar a los efectos que ya vimos produce este, como se establece en el párrafo, al disponer que si esa resolución ulterior se ha de dictar en procedimientos en que el silencio -ya producido- es positivo, **sólo puede ser estimatoria** de las peticiones del interesados, efectos que ya se han producido por el acto presunto. Ello tiene su fundamento en que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

Así lo afirma la STS de 15 de Marzo de 2011⁴⁹ "*Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son 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, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación*

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 2011, rec. 3347/2009.

1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102 (actual artículo 106), o instar la declaración de lesividad. “

Por su parte, en caso de silencio desestimatorio, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo, se adoptará por la Administración **sin vinculación alguna al sentido del silencio**. En todo caso, el interesado puede acudir a los medios de revisión contra el acto presunto o esperar a que la Administración resuelva expresamente. A diferencia del silencio positivo, en este caso, el silencio desestimatorio no implica un acto administrativo en sentido estricto, sino que tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Por tanto, es el silencio administrativo negativo el que responde a lo que la doctrina consideró al propio fundamento del silencio; el de permitir el acceso de los interesados a la jurisdicción.

Los efectos que produce el silencio administrativo no se refieren únicamente a los sujetos, sino que tendrá influencia tanto en relación con la Administración, como en las relaciones con terceros, y su derecho de audiencia frente a los actos presuntos.

En efecto, el silencio administrativo ha de concebirse siempre como una presunción legal en beneficio de los administrados. Por ello, la nueva Ley introduce como novedad que el plazo para **la interposición de los recursos en caso de ausencia de resolución expresa, quede abierto**. Esta novedad no es sino un reflejo de la posición adoptada por la jurisprudencia y que fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm.14/2006, al afirmar que la inactividad de la propia Administración no puede ser causante de una inadmisión del recurso en vía administrativa o contencioso administrativa, pues ello provocará una lesión al derecho fundamental consagrado en el art 24 CE.

5) CRISIS DEL SILENCIO POSITIVO: ¿REGLA GENERAL ANTE LA FALTA DE RESOLUCIÓN EXPRESA?

Ya hemos dicho en este trabajo, que la figura del silencio administrativo positivo se generaliza con la legislación reguladora del procedimiento administrativo común de la democracia, hasta convertirlo en lo que algunos autores denominan “un instituto general de nuestro Derecho administrativo dotado de vida y dinámica propias” tal y como establecía Luciano PAREJO ALFONSO. Y que la Ley 30/1992, invirtió la regla establecida en la LPA de 1958, esto es, la regla general será el silencio positivo, y la excepción el silencio negativo. El reforzamiento de la regulación del silencio positivo vino de la mano de la Ley 4/1999, situación que se ha mantenido con la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Sin embargo frente a este ascenso de la institución del silencio administrativo positivo en la legislación procedimental común, se ha de hablar de crisis del silencio positivo, lo que desarrollaremos en los siguientes apartados:

5.1) Crisis en los Tribunales

Dado el carácter taxativo del régimen jurídico del silencio positivo generalizado a partir de 1992, la interpretación más correcta parecía ser la de que las líneas jurisprudenciales desarrolladas con anterioridad a la Ley 30/1992 que supeditaban la eficacia del silencio positivo (de carácter excepcional entonces) a la legalidad de lo solicitado debían considerarse derogadas. En realidad, la aplicación de la regulación del silencio positivo por los Tribunales de justicia no parece confirmar dichas expectativas.

Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ⁵⁰, ha analizado en el periodo 2000-2009, 240 sentencias del Tribunal Supremo relativas al silencio positivo. Sólo un 6,5% de las sentencias (15 de 240) han declarado la existencia de un supuesto de silencio positivo. En los Tribunales Superiores de Justicia la proporción es algo mayor: el 18,7% de las 865 sentencias estudiadas en el mismo periodo.

Sin duda estos datos deben tomarse con cautela como referencia de la actitud de los tribunales respecto a la estimación de solicitudes por silencio administrativo. Por un

⁵⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios. Madrid. Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons. 2009. Página 313 a 328.

lado, a los tribunales solo accede la conflictividad: puede haber actos administrativos producidos por silencio positivo que no hayan sido objeto de impugnación. Por otro lado, una parte relevante de las desestimaciones de los recursos contencioso-administrativos presentados se fundamentan en normas sectoriales, como las urbanísticas, y no solo o no necesariamente en una actitud jurisdiccional reticente a la estimación de solicitudes por silencio positivo.

A la vista de la altísima tasa de casos en los que el Tribunal Supremo excluye la existencia del silencio positivo, BETANCOR RODRÍGUEZ considera que la práctica del Tribunal Supremo no contribuye a estimular el cumplimiento de la obligación de resolver por la Administración. Al Tribunal Supremo le reprocha desactivar el incentivo previsto en la Ley para que la Administración cumpla con la obligación de resolver, y ello por afán de proteger la legalidad. El autor pone de relieve que el Tribunal Supremo solo admite el silencio positivo en procedimientos y autorizaciones «sencillos». En cambio, el Tribunal lo excluye cuando entiende que lo solicitado por el particular es contrario a la legislación. La apreciación de la existencia o no del silencio positivo no se fundamenta en previsiones normativas generales, sino en el análisis del contenido de lo solicitado.

Con estos datos es difícil demostrar de forma concluyente que exista una actitud jurisdiccional generalizada reticente a la estimación de solicitudes por silencio positivo. Pero a la luz de los datos disponibles esa interpretación es cuando menos posible. Para proporcionar una estimación fiable habría que examinar en detalle la jurisprudencia contenciosa e indagar en las razones y el contexto normativo de cada una de las sentencias que rechazan la aplicación de la regla del silencio positivo.

En todo caso, sí que podemos resumir ésta posición a través de tres sentencias del Tribunal Supremo que, por razones distintas, revelan una prevención jurisprudencial en contra de la extensión legal de la institución del silencio positivo.

En la primera, la Sentencia de 28 de febrero de 2007⁵¹, el Tribunal Supremo negó que se pudiera obtener por silencio administrativo el reconocimiento del derecho al cobro de los intereses de demora devengados por el retraso en el pago de un contrato ya ejecutado, al entender que no existía un procedimiento específico aplicable a esa pretensión y que «la ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato», procedimiento que, como es sabido, se inicia de oficio. Esta sentencia ha sido objeto de importantes críticas doctrinales.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, rec. 302/2004.

En la segunda, la Sentencia de 8 de enero de 2013⁵², el Tribunal Supremo establece una excepción a la regla aplicable al doble silencio sucesivo, en vía de solicitud y en posterior recurso de alzada. El inciso segundo del párrafo segundo del apartado 1 del art. 43 LPC establece taxativamente la regla del efecto estimatorio en los supuestos de doble silencio sucesivo. Sin embargo, en la citada Sentencia el Tribunal Supremo señala que dicha regla *«no debe regir en los casos de derecho de petición o de facultades relativas al dominio público, pero rige sin duda en los casos exceptuados del silencio positivo en el primer párrafo del art. 43.2 de la Ley 30/92»*. No se aporta justificación alguna (ni jurisprudencia previa) para una excepción tan importante de la regla incondicional y absoluta que prevé la Ley. Recuérdese que, en la estructura del apartado 1 del art. 43 LPC, la llamada «contraexcepción» (los efectos del doble silencio sucesivo) aparece en el mismo párrafo segundo a continuación de la «excepción» (los efectos desestimatorios del silencio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, y los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones) y precedido por la partícula «no obstante».

Una posible explicación del criterio de la Sección Tercera de la Sala Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo podría ser esta: el órgano judicial entendería que la misma limitación legal debe regir para el legislador sectorial y para el conjunto de las Administraciones públicas. Si el legislador sectorial (estatal o autonómico) no puede alterar los efectos desestimatorios del silencio en los supuestos indicados (derecho de petición, facultades relativas al dominio o servicios públicos), no sería razonable que una Administración pública, por su mera inactividad, es decir, por el expediente de no resolver una solicitud y el posterior recurso de alzada interpuesto contra la desestimación presunta, pudiese provocar la producción de los efectos estimatorios en virtud de la regla consagrada en el art. 43.1, párrafo segundo, inciso segundo. En otras palabras, la actuación administrativa, ni por activa ni por pasiva, podría conseguir lo que no está en la mano del legislador sectorial. No obstante, con la nueva redacción del art. 43.1 LPC introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cabe preguntarse si la misma razón de tutela del interés general que justificaría el «blindaje» jurisprudencial del efecto desestimatorio en los supuestos indicados no existe también cuando el legislador sectorial (estatal, autonómico o

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2013, rec. 3558/2010.

europeo) determina el efecto desestimatorio de la falta de notificación de una resolución expresa.

La tercera Sentencia es la de 13 marzo de 2013⁵³ del Tribunal Supremo, para cuya comprensión debemos exponer brevemente los hechos. Un Secretario de Justicia, condenado a varias penas de prisión por apropiarse de cantidades de la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado, había sido separado del cargo y causado baja definitiva por una decisión administrativa. El afectado solicitó después la rehabilitación con arreglo al art. 59.2 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que obtuvo por silencio positivo, por el mero transcurso del plazo de seis meses sin que se dictara resolución expresa, pese a la existencia de dos informes desfavorables a su solicitud (del Consejo del Secretariado y del Consejo General del Poder Judicial). Posteriormente, se incoó el procedimiento de declaración de lesividad de la resolución de rehabilitación mediante Orden del Ministerio de Justicia. Por acuerdo del Consejo de Ministros se declaró la lesividad para los intereses públicos y el Abogado del Estado lo impugnó en la vía contencioso-administrativa.

La Audiencia Nacional no puso en duda que la rehabilitación fuera lesiva para los intereses públicos, pero consideró que ello no bastaba para la anulación, pues, con arreglo a lo dispuesto en el art. 103 LPC, el acto recurrido debe incurrir además en una infracción del ordenamiento jurídico. Señaló que «no puede avalarse que el acto administrativo recurrido sea anulable por no haber hecho la Administración lo que debió hacer en su plazo debido, lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido positivo entendiendo que en todos los casos que el mismo se produzca ya concurriría una infracción del ordenamiento jurídico. El carácter imperativo del silencio positivo es tal que el mismo se produce por el mero vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa». Sin embargo, el Tribunal Supremo adoptará una perspectiva distinta: «la rehabilitación funcional no es una potestad libre de la Administración, pues su válido ejercicio requiere inexcusablemente tomar en consideración los criterios normativamente previstos para dicha rehabilitación (aquí en ese artículo del citado Reglamento) y justificar motivadamente que las circunstancias no individualizan, o lo hacen en muy escasa medida, esos criterios que son enunciados como expresivos de factores o valores que son contraproducentes para el buen desempeño funcional». Para el Tribunal Supremo, el acto recurrido sí incurría en

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2013, rec. 4737/2011.

infracción del ordenamiento, la infracción del art. 59.2 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales y, por ello, es causa de anulabilidad.

El enfoque del Tribunal Supremo en la sentencia citada contribuye al debilitamiento de la institución del silencio positivo en el ámbito de las potestades discrecionales (que es precisamente el ámbito en el que, supuestamente, mayor garantía y seguridad jurídica debía derivarse de la propia institución) a través de la degradación automática del acto administrativo estimatorio resultante en acto administrativo ilegal, pues la falta de resolución expresa suele implicar que no se ha efectuado a tiempo la ponderación de las circunstancias contempladas por la norma habilitante: la falta de resolución expresa en el debido plazo hace surgir ipso lege un acto administrativo estimatorio, pero, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo, esa misma falta de ejercicio en plazo de la potestad discrecional de que se trate implica per se una infracción del ordenamiento, la infracción de la norma habilitante de la potestad correspondiente, y acarrea la anulabilidad ab initio del acto estimatorio.

Ante este resultado cabe preguntarse: ¿era eso lo que pretendía el legislador del procedimiento administrativo común con la generalización del silencio positivo?

En un plano más actual, tenemos una sentencia de noviembre de 2018 a la que José Ramón CHAVES GARCÍA, califica como, “Supremo tijeretazo al silencio administrativo positivo”.

La reciente sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2018⁵⁴ confirma los límites del silencio administrativo positivo en una doble vertiente, más allá de lo dispuesto explícitamente en la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, pero bajo impecable sentido común.

Por un lado, recuerda que no hay solicitud que pueda prosperar con el silencio o falta de respuesta si no cuenta con un procedimiento específico regulado. O sea, citando la STS de 28 de febrero de 2007⁵⁵, consideró que el silencio positivo del art.43 LPAC [...]

No se refiere a solicitudes sino a procedimientos. (...) Claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado

⁵⁴ Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2018, rec. 1763/2017.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, rec. 302/2004.

procedimiento administrativo. (...) El escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados.

Por tanto, nada de pretender obtener por silencio la solicitud presentada en el registro municipal o de otra administración, de una ayuda para viajar a Jamaica (si no hay procedimiento alguno para canalizarlas), ni solicitar que la cabalgata de Reyes Magos salga el 1 de Febrero, ni que se haga ondear la bandera los días impares... No. Tiene que haber un procedimiento predeterminado para que pueda etiquetarse de positivo el silencio. O lo que es lo mismo, que el silencio positivo no está para amparar tonterías ni picaresca ni abusos.

Pero además la Sentencia deja claro que los procedimientos selectivos así como los procedimientos encuadrados en el reclutamiento de personal no admiten silencio positivo porque son **procedimientos de oficio**. Así, razona el Supremo, con ocasión del procedimiento para reclutamiento de militares, con doctrina propia para todo procedimiento selectivo, y añadimos, **para todo procedimiento de provisión de puestos de trabajo**:

“que tal procedimiento deba conceptuarse como uno de los que han de iniciarse de oficio; b) que las solicitudes anteriores a ese inicio que lleguen a deducir los interesados sólo puedan tener por objeto o ir encaminadas a instar a la Administración para que lo inicie; y c) que una solicitud anterior en la que se pida directamente la atribución de aquella condición no pueda surtir efecto jurídico alguno, por su oposición frontal al procedimiento requerido por las normas legales y reglamentarias relativas al modo de obtener lo que se solicita.”

En consecuencia, el caso de una solicitud encaminada a pedir la obtención de una plaza o puesto de funcionario, so pretexto de la falta de finalización del procedimiento en plazo o de la falta de respuesta de la administración está abocado al fracaso pues

“no queda regida por lo dispuesto en el art. 43 de la Ley 30/1992, referido al silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y sí por lo previsto en el art. 44 de la misma Ley, en el que se regula la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio y en el que se dispone, en su núm. 1, que en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.”

Conviene tomar buena nota de estas importantes limitaciones a la funcionalidad del silencio positivo, que por lo dicho, quedan circunscritas a casos en que existe un procedimiento predeterminado y además que se trate de procedimientos iniciados a solicitud de parte (no de oficio). A lo que se suman las limitaciones generales, o sea, que no desemboque en reconocer una facultad de servicio público o dominio público⁵⁶. Con ello queda claro que la administración no siempre que calla, otorga.

5.2) Crisis en la legislación sectorial: el reducto del urbanismo

Desde el punto de vista normativo, a partir de la entrada en vigor de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 únicamente podía defenderse la aplicación de reglas distintas a las del art. 43 LPC (hoy art. 24 de la Ley 39/2015), sobre una base legal que, aprobada con anterioridad o con posterioridad, excluyera como *lex specialis* el régimen del silencio positivo establecido con carácter general.

La Ley 4/1999 conserva el principio dispositivo que inspiraba la regulación del silencio administrativo en la versión inicial de la Ley 30/1992. Permite expresamente que normas con rango de Ley, previas o futuras, establezcan el sentido desestimatorio del silencio.

El problema se plantea especialmente con el régimen del silencio administrativo en materia de las licencias urbanísticas, en la cual tradicionalmente se confiere un mayor peso al principio de legalidad que al de seguridad jurídica. Así, el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, señalaba lo siguiente: *«En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico»*. El legislador sectorial reiteró su criterio en el art. 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto-Ley 2/2008, de 20 de junio, TRLS 2008): *«En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística»*⁵⁷.

La discusión se trasladó a los tribunales. A partir de la regulación de la Ley 30/1992, las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia

⁵⁶ Por ejemplo solicitud de autorización para instalar una cabaña en el parque público o en la Plaza Mayor, o solicitud de concesión del servicio de ITV.

⁵⁷ Con igual redacción el actual art. 11.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

de diversas Comunidades Autónomas entendieron que debía prevalecer el derecho de los interesados a obtener la licencia urbanística por silencio positivo, con independencia de lo dispuesto en las normas sustantivas de planeamiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 2009⁵⁸, pronunciada en recurso de casación en interés de ley, reiteró su jurisprudencia tradicional, según la cual el silencio positivo no puede jugar contra las determinaciones del planeamiento. El Tribunal subraya que la posición contraria, defendida por la sentencia de instancia, «es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística»⁵⁹.

A partir de la doctrina legal del Tribunal Supremo fijada en la Sentencia de 28 de enero de 2009, la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 29 de junio de 2012⁶⁰ declaró que, en el ámbito registral, no puede entenderse aplicable de forma general e incondicionada la Ley 30/1992, pues la regla general en la legislación hipotecaria es no admitir consentimientos tácitos ni presuntos y rige, además, el principio de la titulación auténtica, principios incompatibles con la admisión del silencio administrativo acreditado mediante cualquier medio de prueba en derecho como título material y formal inscribible.

5.3) Crisis en el Derecho de la Unión Europea

Aunque la incorporación de España a las Comunidades Europeas motivó una primera regulación interna del silencio positivo como instrumento de agilización administrativa, en la creación, instalación, traslado y ampliación de empresas y de adecuación del entorno institucional para maximizar las oportunidades competitivas abiertas a las empresas españolas, lo cierto es que el Derecho de la Unión no siempre es favorable a la terminación de los procedimientos administrativos con ficciones legales estimatorias o desestimatorias vinculadas al mero transcurso del tiempo.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, rec. 45/2007.

⁵⁹ JIMÉNEZ BLANCO, A. Silencio administrativo y justicia civil: Todo puede empeorar. Coordinadores GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R., en *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial*. Civitas, Madrid, 2012, p. 2548. Este mismo autor dice que esta posición representa el “verdadero rejón de muerte al carácter positivo del silencio administrativo.”

⁶⁰ BOE de 18 de septiembre de 2012.

5.3.1) *La inaplicación del silencio administrativo al medio ambiente*

En la actualidad, en nuestro país, está recogida en el art. 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regla que lógicamente tiene un marcado origen comunitario, que es lo que ahora nos interesa.

Los conceptos de medio ambiente y daño medioambiental son conceptos jurídicos indeterminados que han de interpretarse al albur de la nueva regulación conforme a la jurisprudencia y en particular, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Desde un punto de vista constitucional, hemos de partir del artículo 45 de nuestra Carta Magna, que consagra dentro “*De los principios rectores de la política social y económica*” el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. La relación de los ciudadanos con el medio ambiente se configura como un “derecho-deber”, si bien no llega a configurar un derecho constitucional susceptible de recurso de amparo.

El concepto de medio ambiente es calificado por el Tribunal Constitucional como concepto jurídico indeterminado como “*la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales, de las personas y de las sociedades*”⁶¹.

Ya desde los años noventa del s. XX, varias sentencias el Tribunal de Justicia habían descartado la aplicación del silencio administrativo en materia ambiental o lo habían neutralizado. En dos sentencias de 28 de febrero de 1991, el Tribunal de Justicia señaló que la Directiva 80/68/CEE del Consejo, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas establecía que «la denegación, la concesión o la revocación de las autorizaciones deben deducirse de un acto expreso y conforme a unas normas precisas de procedimiento.

⁶¹ Cfr. El Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 102/1995 de 26 junio analiza el concepto y la dificultad de definirlo, y su relación con el Título VIII de la Constitución española, y la distribución de competencias. La Sentencia declara en cuanto al concepto jurídico indeterminado de medio ambiente que “*Una primera indagación semántica, según el TC lo definen como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano. Siendo tal el significado gramatical, no resulta sin embargo suficiente por sí mismo para perfilar el concepto jurídico que, por el momento, no comprende tantos elementos y excluye, en principio, el componente social.*”.

Por ello, *“una autorización tácita no puede ser compatible con las exigencias de la Directiva, máxime cuando (...) semejante autorización no permite la realización de investigaciones previas ni posteriores, ni de controles”*⁶². Según el Tribunal, *“por la importancia del objeto de la investigación para la protección de las aguas subterráneas, la Directiva siempre exige que se adopte un acto expreso de prohibición o de autorización después de cada investigación y a la vista de sus resultados”*⁶³.

En la Sentencia de 14 de junio de 2001 se aplicó el mismo criterio a las autorizaciones aludidas en las Directivas 75/442, 76/464, 84/360 y 85/337. Respecto a la última Directiva, recordó que su objetivo esencial «es que antes de concederse una autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en los que se refiere a sus repercusiones». Y dedujo que una autorización tácita no puede ser compatible con las exigencias de las mencionadas Directivas, puesto que en ellas se establecen mecanismos de autorización previa, o bien procedimientos de evaluación anteriores a la concesión de la autorización, en el caso de la Directiva 85/337: *“Las autoridades nacionales tienen por tanto la obligación, en virtud de cada una de estas Directivas, de examinar caso por caso todas las solicitudes de autorización presentadas”*⁶⁴.

Una norma interna de transposición de la Directiva sobre acceso a la información ambiental preveía que se producía una decisión denegatoria presunta cuando la Administración guardaba silencio durante los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud. Interrogado por un juez interno sobre la compatibilidad de esa norma interna de transposición con la correspondiente Directiva, el Tribunal de Justicia declaró que, *“si la Directiva 90/313 no se opone, a efectos de la concesión de una tutela judicial efectiva de conformidad con el artículo 4 de la citada Directiva, a la ficción de una decisión denegatoria presunta de una solicitud de acceso a la información tras un silencio de dos meses, el artículo 3, apartado 4, de la mencionada Directiva se opone a que tal decisión no contenga una motivación en el momento de la expiración del plazo de dos meses. En estas circunstancias, la decisión denegatoria presunta constituye ciertamente una “respuesta” en el sentido de esta disposición pero debe considerarse ilegal”*⁶⁵. En otras palabras, la desestimación presunta es admisible como técnica de acceso a la jurisdicción, pero incumple la obligación de motivar la denegación de una solicitud de información expresamente prevista en la Directiva 90/313.

⁶² STJCE de 28 de febrero de 1991, as. C-360/87, Comisión/Italia, p. I-812, apartados 30-31.

⁶³ STJCE de 28 de febrero de 1991, as. C-131/88, Comisión/Alemania, p. I-865, apartado 38.

⁶⁴ STJCE de 14 de junio de 2001, as. C-230/00, Comisión/Bélgica, p. I-4603, apartados 15 y 16.

⁶⁵ STJCE de 21 de abril de 2005, as. C-186/04, Housieaux, p. I-3316, apartado 35.

Desde una óptica más actual, pero en la misma línea, ha de analizarse la reciente **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 1 de junio de 2017 (Asunto C-529/15)**, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el “*Verwaltungsgerichtshof*” (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Austria), sobre la interpretación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DO 2004, L 143, p. 56), en su versión modificada por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DO 2009, L 140, p. 114) (en lo sucesivo, «Directiva 2004/35») y del artículo 4, apartado 7, de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DO 2000, L 327, p. 1).

El interesado, titular de una autorización de pesca interpuso recurso ante el Tribunal austriaco contra la resolución de la Administración austriaca que deniega su solicitud relativa a la existencia de un daño medioambiental. El interesado alegaba que la central hidroeléctrica situada en el río Mürz, en cuyas aguas estaba autorizado para pescar, afectaba gravemente al medio ambiente y pone en peligro la reproducción natural de los peces del río.

Se plantea si el derecho nacional austriaco se opone a la Directiva 2004/35/CE, en la medida en que descarta que las actividades autorizadas, como es el caso de la central hidroeléctrica, puedan causar daños medioambientales en el sentido de la citada Directiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que el artículo 2 de la Directiva 2004/35 no establece que los daños amparados por una autorización constituyan una excepción al concepto de “daños medioambientales”. Es decir, la Directiva 2004/35, en su versión modificada por la Directiva 2009/31, y en particular su artículo 2, apartado 1, letra b), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho Nacional que, con carácter general y automático, descarta que un daño que produce efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo o en el potencial ecológico de las aguas afectadas se califique como «daño medioambiental», por el mero hecho de estar amparado por una autorización concedida con arreglo a ese Derecho.

En el supuesto de que se haya concedido una autorización de acuerdo con las normas nacionales sin examinar el cumplimiento de los requisitos enunciados en el artículo

4, apartado 7, letras a) a d), de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, un tribunal nacional no está obligado a comprobar por sí mismo si se cumplen los requisitos establecidos en ese precepto a fin de determinar la existencia de un daño medioambiental. La autoridad competente para conceder la correspondiente autorización será la encargada de controlar que se cumplen las condiciones del art. 4.7 de la Directiva 2000/60.

Finalmente, regresando al ámbito nacional, ha de destacarse en cuanto a la concreción del concepto daño medioambiental la reciente Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁶ de 24 de abril de 2017. La libre utilización de los bienes demaniales (en este caso, las playas) no debe impedir la existencia de las limitaciones impuestas por la normativa orientadas a proteger el medio ambiente (en el caso analizado de la referida sentencia, se aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, declarando la prevalencia de la normativa medioambiental frente al ordenamiento urbanístico).

En cualquier caso, la jurisprudencia comunitaria es favorable a que en asuntos relativos el medio ambiente, la Administración competente se pronuncie expresamente sobre la solicitud presentada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que, es la Administración competente la que ha de pronunciarse una vez verificados los requisitos de la actividad solicitada en relación con las Directivas comunitarias, no pudiendo los tribunales sustituir a aquélla.

La Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015, como dijimos, mantiene la regla general del silencio administrativo positivo, pero incorpora la excepción ambiental, cuando la actividad pueda producir daños al medio ambiente, en cuyo caso el silencio será negativo. Esta previsión debe aplicarse al régimen de licencias de actividad, regulado de forma heterogénea por las diversas Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional ha confirmado la primacía de esta regulación básica en su sentencia 70/2018.

5.3.2) La eliminación de la autorización como técnica normal de intervención administrativa

El Derecho de la Unión Europea ve con recelo las intervenciones administrativas previas al ejercicio de actividades económicas. Así, la Directiva 2006/123/CE, de 12 de

⁶⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2017, rec. 3369/2015.

diciembre de 2006, de servicios en el mercado interior se dirige a la eliminación de barreras que obstaculicen la realización plena de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios.

El art. 9 de la Directiva de servicios elimina las autorizaciones como medio normal de intervención administrativa, y condiciona su mantenimiento a los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad: en concreto, la necesidad de autorización debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general, y el objetivo perseguido no debe poder conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

La Directiva también presta atención a la incidencia negativa que la inactividad jurídica de la Administración puede tener sobre las actividades de servicios. A falta de respuesta en el plazo fijado o, en su caso, ampliado, se considerará que la autorización está concedida, pero “se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros”.

Ciertamente, esta eliminación de la autorización como técnica normal de intervención administrativa tuvo su entrada en nuestro país con motivo de la **transposición de la Directiva de Servicios**, y el legislador básico español no ha aprovechado la ocasión, para repensar la institución del silencio administrativo positivo en relación a este asunto. Se limita a incorporar las novedades indispensables sin modificar el «edificio dogmático». El esquema preexistente se ha conservado en la Ley 39/2015: no se ha alterado el régimen ni la naturaleza del silencio positivo.

Ciertamente se incorpora en esta Ley 39/2015, el artículo 69, que regula las nuevas fórmulas ordinarias de intervención administrativa, la declaración responsable y la comunicación, destinadas a sustituir en muchos ámbitos a la autorización administrativa. En la medida en que una actividad privada quede sujeta a las técnicas de declaración responsable y de comunicación previa, que permiten desde su presentación con carácter general el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, ya no tiene cabida la institución del silencio administrativo (ni tampoco, consiguientemente, la regla general del silencio positivo).

El criterio general de la inexigibilidad de autorización para el acceso o el ejercicio de una actividad de servicio se consagra en el art. 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre,

sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esa misma Ley establece que los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a las que se refiere deberán respetar las disposiciones de la Ley 30/1992, así como *«garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general»*⁶⁷.

Más discutible resulta que esa última condición restrictiva respecto al establecimiento del silencio negativo que la Directiva de Servicios solo impone de manera sectorial (en las autorizaciones que, excepcionalmente, sean exigibles para acceder o ejercer actividades de servicios) se haya convertido también en condición restrictiva del régimen general del silencio negativo regulado en la Ley 30/1992 (ahora Ley 39/2015).

El legislador ha ido más allá de lo que exigía el Derecho de la Unión Europea a la hora de restringir la aplicación del silencio negativo. En efecto, tras la modificación del art. 43.1 LPC (hoy, art. 24.1 LPAC), por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de adaptación a la Ley sobre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, solo podrá adoptarse el silencio negativo, además de cuando así lo establezca el Derecho de la Unión, mediante norma de rango legal *«por razones imperiosas de interés general»*. En otras palabras, desde 2009 el establecimiento del silencio negativo tiene un segundo condicionante: además del formal (rango legal), un condicionante material. Con ello se ha pretendido consolidar aún más el silencio positivo limitando la posibilidad de que el poder legislativo español introduzca supuestos de silencio negativo, yendo más allá de lo que exige la Directiva de servicios, cuya transposición en este punto ya estaba garantizada por el art. 6 de la Ley 17/2009.

En cambio, la única limitación verdaderamente importante que contiene en este punto la Directiva de Servicios, la existencia de *«legítimos intereses de terceros»* como límite a la consagración legal del silencio positivo⁶⁸, no parece haber influido en forma alguna en el legislador español, pues no la recogió expresamente ni en la Ley 17/2009 ni en la Ley 30/1992, esto es, ni de forma sectorial ni de forma transversal u horizontal.

⁶⁷ Vid. Artículo 6 de la Ley 17/2009.

⁶⁸ Vid. Artículo 13.4 de la Directiva de Servicios.

6) UN SECTOR EMBLEMÁTICO: LA LEY DEL SUELO

6.1) El silencio administrativo como canon de seguridad jurídica

La aplicación del silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas, siempre y cuando no fuese contraria a la legislación y el planteamiento, era una cuestión consolidada en España desde el año 1955. Desde entonces, se puede afirmar, que tanto la legislación estatal como las leyes autonómicas, caminaban al unísono y de forma pacífica en el reconocimiento de la cuestión del otorgamiento de licencias urbanísticas por silencio positivo.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) de 17 de junio de 1955 estableció en su artículo 9.1.7º la posibilidad de que, transcurridos dos meses desde la solicitud formal sin obtener respuesta, se pudiera denunciar la mora a la Comisión Provincial de Urbanismo (o a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos en aquellos casos en que la misma se hubiera constituido), y si en el plazo de un mes no se le comunicara al interesado resolución expresa, se consideraría otorgada la licencia solicitada por silencio administrativo positivo. Idéntico procedimiento contemplaba la primera Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en su artículo 165.2, que se remitía al RSCL para lo relacionado con la tramitación y concesión de licencias urbanísticas. La Ley de 27 de diciembre de 1956 de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, confirma este criterio.

Este mismo régimen se mantuvo en el TRLS de 1976 (artículo 178), en el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1979 (artículo 4.1) y en el TRLS de 1992 (por la remisión que su artículo 242.5 hacía a la legislación de régimen local).

La aplicación generalizada del efecto estimatorio del silencio administrativo en materia urbanística, quedó definitivamente establecida en el artículo 43 de la Ley 30/1992⁶⁹.

⁶⁹ Cfr. el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establecía que,
1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.
2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los

A raíz de este claro y manifiesto criterio adoptado por el legislador estatal, la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas de España, instauraron en sus legislaciones urbanísticas sectoriales el silencio administrativo positivo como respuesta a la falta de resolución de la Administración ante una solicitud de licencia urbanística.

Así por ejemplo nos encontramos con el artículo 188.2 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto que dice:

"La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo que establece la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en esta materia se entiende sin perjuicio de lo que dispone el artículo 5.2 y en el marco de lo que establece la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común". El art. 5.2 hace referencia al consabido, "en ningún caso se pueden considerar adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan a esta Ley o al planeamiento urbanístico."

Por otro lado nos encontramos al artículo 172 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que tiene por título, "Procedimiento de Otorgamiento de las Licencias Urbanística", en su párrafo 5º dispone expresamente:

"La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, se considerará otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación".

El artículo 195 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, expone que:

"En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico".

"Transcurrido dicho plazo sin haberse comunicado ningún acto, se entenderá otorgada por silencio administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común."

solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

Por lo tanto, sin excepción, en las normativas autonómicas, cuando se regula el procedimiento de concesión de licencias, el silencio administrativo es positivo, siempre con la salvaguarda (ya contemplada en los textos refundidos de las leyes de suelo del 76 - artículo 178.3- y de 1992 -artículo 242.6-, o en el artículo 36.2 de la Ley de Castilla y León 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental) de la imposibilidad de entender concedidas licencias, facultades, en contra del ordenamiento urbanístico por silencio.

El legislador, al establecer la imposibilidad de adquirir por silencio facultades contrarias al ordenamiento, lo que pretende es proteger el interés general frente a una regla tan expuesta como es la del silencio administrativo positivo. Sin embargo lo hace de una forma disfuncional, que desvirtúa la figura y perjudica a quien está dirigida esta institución: el ciudadano⁷⁰

Con carácter general, toda la normativa autonómica que regula urbanismo ha incluido la precisión acerca de cómo se tramita el procedimiento de concesión de licencias y cuál es el sentido del silencio -en todos los casos, positivo- en los supuestos de inactividad administrativa.

El esquema básico para la aplicación del silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas era el siguiente:

1. Solicitada ante el Ayuntamiento o Gerencia de Urbanismo en cuestión, licencia urbanística, ésta será otorgada por silencio positivo si la Administración no resuelve en el plazo legalmente estipulado -normalmente tres meses, a contar desde que la instancia entra en el registro del órgano competente-. La obra, se insiste, podrá ser iniciada por el administrado con la única obligación de comunicarlo previamente. En relación a la licencia, si esta necesita ir acompañada del proyecto técnico, en los casos en los que sea exigible, hasta que no se presente el proyecto, no se entenderá presentada de manera definitiva la solicitud, como hecho importante para que surja silencio administrativo como consecuencia de haberse superado los plazos.

2. La anterior regla general, tiene una excepción, cual es que no se considerarán otorgadas por silencio positivo aquellas actuaciones que contravengan la ley o el planeamiento urbanístico, juicio de valor éste, que corresponde hacerlo al interesado, sin perjuicio de que con posterioridad sea revisado de oficio por la Administración y, en su caso, por los Tribunales de Justicia.

⁷⁰ LAGUNA DE PAZ, J. C., La autorización administrativa. Civitas-Thomson. Editorial Aranzadi SA. Cizur Menor. 2006.

3. El silencio administrativo positivo opera "de facto" e "ipso iure", sin posibilidad de que la Administración pueda dictar actos posteriores, a excepción de la certificación del acto presunto o, en su defecto, resolución de otorgamiento de la licencia solicitada.

Bien es cierto que no han faltado tampoco voces muy autorizadas en favor de posiciones doctrinales contrarias al silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas y que han abogado abiertamente por la desaparición del silencio administrativo positivo en materia de licencias, silencio estimatorio al que han considerado incluso como una aporía constitucional digna de superación legislativa.

En esta línea de pensamiento nos encontramos con PAREJO ALFONSO quien aboga por la supresión del silencio administrativo positivo pues con ello no se va a ver afectada la seguridad jurídica del particular, debido a la evolución de la configuración del recurso contencioso administrativo. El autor considera que, en la lucha entre seguridad jurídica y legalidad, deber prevalecer siempre la legalidad⁷¹.

6.2) Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.

En 2011, sorprendía la publicación de una norma de naturaleza típicamente urbanística que supone un inesperado giro al tan largamente debatido problema del régimen del silencio administrativo en el ámbito de las licencias urbanísticas, que a partir de ahora, y con carácter general, será siempre negativo.

El fundamento de este Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, parece hallarse tanto en los argumentos de PAREJO ALONSO, vertidos en el punto anterior sobre la supresión del silencio administrativo positivo, como en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo dictada en Unificación de Doctrina, de 28 de enero de 2009. Esta resolución

⁷¹ Vid PAREJO ALFONSO, L, en « El silencio administrativo, especialmente el sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación », en la obra colectiva por él dirigida « El silencio en la actividad de la administración pública », Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2011, páginas 11 siguientes.

En parecidos términos, son precursores de la desaparición del silencio positivo como regla, BAÑO LEÓN, J.Mª., en « Derecho Urbanístico Común », editorial Iustel, Madrid, 2009, página 354; o CASTELAO RODRÍGUEZ, J., en "Las licencias urbanísticas ", en la obra colectiva "Derecho urbanístico y protección del patrimonio", de la que son coordinadores FERNÁNDEZ TORRES y VELA COSSIO, editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, página 646.

judicial vino a establecer que el acto administrativo obtenido por silencio administrativo positivo era válido y eficaz siempre y cuando no incumpliese la normativa urbanística.

La extrañeza por tal decisión se produce en una triple perspectiva. Primero, por razones formales, una cuestión de tan hondo calado como la reforma radical del régimen del silencio administrativo en las licencias urbanísticas no hubiera debido aparecer, así casi de soslayo y por la vía de una urgencia escasamente explicada, en un Real Decreto-Ley cuyo contenido (incluso su título) resulta por entero ajeno al derecho urbanístico. El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa no parece ser el cuerpo normativo idóneo en el que deba regularse casi emboscada una cuestión tan significadamente urbanística como el silencio administrativo en materia de licencias, que poco o nada tiene que ver con el título principal de la ley en que se integra.

En segunda instancia, por razones competenciales, el sentido en el que se pronunció en su momento el Tribunal Constitucional⁷² acerca de la competencia autonómica en materia urbanística hace difícilmente digerible esta imposición legislativa estatal que contraviene aquella doctrina, sobre todo cuando observamos que en la mayoría de las normativas autonómicas ya tenían configurado el régimen del silencio administrativo positivo en materia de concesión de licencias, siempre que, en observancia del principio de legalidad, *sus determinaciones no contravengan la normativa urbanística*.

En tercer lugar, por razones sustantivas, el silencio administrativo positivo en materia de licencias responde a una tendencia pacífica y tradicionalmente asentada, desde al menos el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, en nuestro urbanismo estatal y autonómico. Conferir a la inactividad administrativa, en general, y en materia de licencias, en particular, el carácter positivo del silencio es, además, una tendencia refrendada de manera contundente por la normativa europea, básicamente por la Directiva de Servicios 2006/123/CE.

Pues bien, ninguna de estas razones fue obstáculo para que el legislador, vía Real Decreto-Ley, ofreciera un giro copernicano a esta semblanza. Decía así el artículo 23 del mencionado texto legal:

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo.

“Artículo 23: Silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa.

1.- Los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que se indican a continuación requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística:

a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.

b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.

c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.

d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje.

e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior.

2.- El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo”.

Y así, sin la más mínima sutileza, desapareció del derecho urbanístico español el silencio administrativo positivo en el otorgamiento de las licencias, sin otra justificación que una genérica referencia en la exposición de motivos a la seguridad jurídica, que suponía la universalización del silencio negativo en procedimientos de este tipo.

Aunque sólo sea por cuestiones de ortodoxia legislativa, parece cuando menos impropio de una modificación de tanta jerarquía como la que aborda el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio el que aparezca en un texto de un contenido tan diverso y ecléctico como el que nos ofrece una Ley de Gasto Público.

Sin embargo, como es generalmente admitido, con esa polémica decisión jurisprudencial no desaparece ciertamente el sentido positivo del silencio, como parece expresar la Exposición de Motivos⁷³ del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, sino que

⁷³ La Exposición de Motivos establece que se confirma la regla, ya contenida en la Ley estatal de Suelo, de la imposible adquisición por silencio administrativo, de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, y que culminan determinando la nulidad de pleno derecho de estos actos. La sentencia de 28 de enero de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha fijado como doctrina legal que el artículo 8.1,b) de la citada Ley de Suelo constituye una norma con rango de ley básica estatal, con los mencionados efectos. Para ello, nada mejor que

sólo matiza de forma contundente cuál es el efecto del silencio -que se entenderá negativo- en supuestos de licencias contra legem.

6.3) El Tribunal Constitucional y la cuestión urbanística

Esta contradicción entre la legislación estatal (que configura el silencio como negativo) y la legislación autonómica de Madrid (en la que el sentido del silencio es positivo) ha tenido que ser resuelta por el Tribunal Constitucional, básicamente a través de dos resoluciones judiciales.

La primera de ellas es la **Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2011, de 16 de mayo (RTC 2011/66)**. Esta sentencia reconoce que las normas autonómicas que puedan contravenir normas básicas han de preservar su vigencia y eficacia hasta que sea el propio Tribunal Constitucional quien se pronuncie, asumiendo así el monopolio para la inaplicación de leyes autonómicas y ello porque el artículo 148.1.3ª de la Constitución Española atribuye competencias a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda⁷⁴. Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, había recordado que: *“Las Comunidades Autónomas son titulares, en exclusiva, de las competencias sobre urbanismo. Dicha competencia legislativa permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad y servirse de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas”*⁷⁵.

La segunda es la **Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2017**. El tema de debate tenía por objeto resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido contra determinados preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas en materia de silencio administrativo.

Con carácter previo indicar que los preceptos de la Ley 8/2013 impugnados han pasado a incorporarse ahora al Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Aun cuando la Ley 8/2013 no continúe en vigor, señala el Alto Tribunal que, *“(...) el recurso contra los*

explicitar el carácter negativo del silencio en los procedimientos más relevantes de declaración de conformidad, aprobación o autorización administrativa en dichos ámbitos, lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo.

⁷⁴ Vid. Artículo 148.1.3º de la CE.

⁷⁵ Fundamento jurídico 4º de la STC de 11 de julio, 164/2001.

preceptos de la de la Ley 8/2013 no ha perdido objeto, debiendo proyectarse lo que sobre el mismo se resuelva a los equivalentes preceptos del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, que los reproducen (...)”.

El Tribunal Constitucional da comienzo estableciendo que, *“las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. No obstante, esta competencia autonómica exclusiva en materia de urbanismo ha de coexistir con aquéllas que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1 C.E, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material”*.

A mayor reforzamiento en el examen de la figura del silencio administrativo en relación a esa distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, será necesario tener en cuenta:

- Es competencia del Estado cuando la previsión de los efectos del silencio administrativo **se hace sin referencia a sectores materiales concretos**, *(como lo hacen, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 24. 1 de la Ley 39/2015, en relación con la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público o los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones)*.

- Si afecta a una materia o sector concreto (en este caso ordenación del territorio y urbanismo), hay que **distinguir** entre la **regla general** y la **regla especial**.

Cuando nos encontremos con una **regla general**, *“predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa”*, **la competencia será del Estado**. Es el caso de la publicación de los acuerdos de aprobación definitiva todos los instrumentos de planeamiento urbanísticos⁷⁶, del régimen del silencio en los procedimientos bifásicos de aprobación de los planes urbanísticos⁷⁷ y del previsto en el actual art. 11.3, párrafo 2º del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) de que *“no podrán adquirirse por silencio administrativo facultades o derechos contrarios a la ordenación territorial y urbanística”*⁷⁸.

⁷⁶ Fundamento Jurídico 25º de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997.

⁷⁷ Fundamento Jurídico 8º de la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2014.

⁷⁸ Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre.

Si por el contrario nos encontramos con una **regla especial** como imponer el silencio negativo para concretos procedimientos administrativos en el ámbito del urbanismo, como hace el art. 11.4 del actual TRLSRU, **la competencia será autonómica** y, a no ser que el Estado tenga otro título competencial para poder regularlo, no podrá hacerlo porque el silencio administrativo es según el TC, *una especialidad procedimental ratione materiae*” y” *de acuerdo con la doctrina expuesta en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre*⁷⁹, *y las resoluciones allí citadas, hay que recordar, sobre la base de la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos ratione materiae, que el texto constitucional no reserva en exclusiva al Estado la regulación de los procedimientos administrativos especiales. Antes al contrario, hay que entender que esta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración*” (...)“**pues de lo contrario, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables al caso**”⁸⁰.

El artículo 9.8 del TRLS de 2008, que concuerda con el vigente artículo 11.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana disponía que⁸¹:

“Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen:

- a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.*
- b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.*
- c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.*

⁷⁹ Fundamento Jurídico 10º de la sentencia del Tribunal Constitucional 175/2003, de 30 de septiembre.

⁸⁰ Fundamento Jurídico 32º de la STC 227/1988, Fundamento Jurídico 6º de la STC 130/2013 y Fundamento Jurídico 23º de la STC 143/2017.

⁸¹ Vid. Artículo 9.8 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

d) *La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público*”.

Al respecto, señala el TC que:

1) En el caso de los movimientos de tierra y explanaciones: la regulación del silencio negativo no es inconstitucional “*al amparo de la competencia básica del Estado en materia de medio ambiente, dada la necesidad de preservar los valores propios del medio rural*” (artículo 11.4 a) TRLS 2015).

2) En los casos de división de fincas, la regulación del silencio negativo es inconstitucional y ello por carecer el Estado de título competencial (artículo 11.4 a) TRLS 2015).

3) En lo que se refiere a las “las obras de edificación”, entendiendo por tales las comprendidas en el ámbito de la LOE (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación), la regulación del silencio negativo es constitucional (artículo 11.4 b) TRLS 2015).

4) Cuando se trata de “construcciones e instalaciones de nueva planta”, procede distinguir:

– Si están fuera del ámbito de aplicación de la LOE: el silencio negativo es inconstitucional cuando se desarrollan en suelo urbano o urbanizable.

– Si, por el contrario, se desarrollan en medio rural cuya transformación urbanística no está prevista o permitida, la regulación del silencio negativo es constitucional (artículo 11.4 b) TRLS 2015).

Afirma el Alto Tribunal que: “*(...) en lo que se refiere a otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación, excluidas, en consecuencia, de la Ley de ordenación de la edificación. En estos casos, cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente. En el caso del suelo rural, además de la verificación de legalidad, concurre la finalidad prevista en la legislación de preservar sus valores medioambientales. Es, por ello, que la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, con base en el título competencial del artículo 149.1.23 CE, en los supuestos de «construcción e implantación de instalaciones» contemplado en el apartado b) pero solamente cuando las*

*actividades y usos urbanísticos cuya autorización se solicita se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida”.*⁸²

5) En lo relativo a la “la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes”, con independencia de la situación del suelo, la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, salvo las que se encuentren en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida (artículo 11.4 c) TRLS 2015).

6) En cuanto a la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva, se ha de distinguir:

– Si se llevan a cabo en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística, en la medida en que se realiza sobre suelos cuya finalidad es convertirse en ciudad, la regulación del silencio negativo es inconstitucional.

– Si la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva deriva de la legislación de protección del dominio público tiene su encaje en la competencia estatal de procedimiento administrativo común, ex artículo 149.1.18 CE, por lo que el silencio negativo es constitucional (artículo 11.4 d) TRLS 2015).

A modo de conclusión, por aplicación de la doctrina que antes hemos citado, el TC declaró en esta sentencia, que son inconstitucionales por invadir competencias exclusivas autonómicas en materia de urbanismo y vivienda la previsión de un silencio administrativo negativo para las “parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación” (letra a) y para la “tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística” (letra d) y aclaró que la previsión del mismo silencio negativo para la “construcción e implantación de instalaciones de nueva planta” (letra c) y para “la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes” sólo serán constitucionales “cuando la ubicación se lleve a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida” por la competencia estatal en materia de medio ambiente⁸³.

⁸² Fundamento Jurídico 23º de la Sentencia 143/2017 del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 2017.

⁸³ Vid. Artículo 149.1.23 de la Constitución Española.

6.4) Valoración en la doctrina

La valoración de esta nueva regulación en materia de licencias urbanísticas por parte de los diferentes sectores de la doctrina presenta ideas antagónicas.

Por un lado nos encontramos con los autores que entienden que la regla del silencio negativo, va a traer consecuencias económicas bastante indeseables. Como por ejemplo, Ignacio ZAMORA SANTA BRÍGIDA, quien entiende que esta nueva regulación elevará el riesgo de perder en agilidad y eficacia, dado que los retrasos en el otorgamiento de licencias supondrán la demora en el inicio y ejecución de los proyectos urbanísticos e inmobiliarios. Escenario que, sin duda, incrementará el coste de la financiación y los supuestos de responsabilidad ante incumplimientos contractuales. Este autor, basándose en la propia doctrina constitucional, considera inadmisibles que la Administración obtenga una posición ventajosa derivada de su propio incumplimiento⁸⁴.

Merece la pena destacar que para estos autores la implantación del silencio administrativo negativo en el ámbito urbanístico no descansa en el imperioso interés general requerido por el art. 24.1 LPAC de 2015. La única razón que el gobierno ofreció, a fin de justificar que el sentido del silencio pasara de positivo a negativo, fue la conveniencia de contribuir a una mayor seguridad jurídica, impidiendo así que la mera pasividad de los ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo⁸⁵. Para esta parte de la doctrina, en consecuencia, la opción por el sentido desestimatorio del silencio resulta del todo improcedente.

La otra parte de la doctrina tiene una opinión contraria a esta opinión, y es que nos encontramos a varios autores que consideran como acertada la reforma planteada en el Real Decreto-Ley 8/2011. Entre estas opiniones podemos hacer referencia a la profesora Isabel DE LOS MOZOS Y TOUYA, quien considera que la supresión del silencio positivo del ámbito urbanístico es un punto muy acertado de la nueva regulación.

Para esta autora, esta regulación aparece como un “intervalo de lucidez”, que acaba por consolidarse, después de que una jurisprudencia abundante haya demostrado los numerosos problemas derivados de la fórmula legal de que el ordenamiento finja que ha habido una decisión estimatoria, ante la falta de decisión expresa de la Administración. Sin embargo, esta prohibición no resulta suficiente por sí sola, para evitar que puedan

⁸⁴ ZAMORA SANTA BRÍGIDA, I. Sobre el silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas. Foro, Nueva época, vol. 19, núm. 1 (2016): 467-485.

⁸⁵ Vid. Capítulo VI del Preámbulo del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.

adquirirse por silencio tales facultades o derechos. Salvo en el ámbito urbanístico y *“aquellos procedimientos cuya estimación implique el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente”*⁸⁶, la evolución legislativa generaliza la estimación por silencio, lo que provoca una notable inseguridad jurídica⁸⁷.

⁸⁶ Cfr., el artículo 24.1.2º de la Ley 39/2015

⁸⁷ DE LOS MOZOS Y TOUYA, I. M. Actos presuntos y revisión de oficio. LAGUNA DE PAZ, J. C., SANZ RUBIALES, Í., DE LOS MOZOS Y TOUYA, I. M., Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz. Tomo II. El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad. Editorial REUS. Madrid. 2017. PP. 866-869.

7) CONCLUSIONES

1) El incumplimiento generalizado de la obligación de resolver y notificar dentro del plazo máximo es sin duda una grave anomalía de las Administraciones públicas. El derecho a una buena administración es un elemento fundamental dentro de las relaciones entre las personas y quien ostenta el poder. Las causas del incumplimiento son, sin embargo, muy variadas (deficiencias o mala utilización de medios materiales y personales, la complejidad material de la legislación aplicable, la abundancia de cargas administrativas que pesan sobre los propios gestores públicos, la reducida dimensión de muchas Administraciones, etc.). Esa grave anomalía presenta una difícil solución, y esta no puede ser la universalización del silencio positivo, esto es, la pre-constitución de actos administrativos favorables por referencia al contenido de las solicitudes que los particulares dirigen a la Administración.

2) La evolución de esta figura en el ordenamiento jurídico tiene una clara tendencia a la generalización del sentido estimatorio del silencio. La universalización del silencio positivo se debe a dos razones principalmente, como son, servir de estímulo para que la Administración resuelva a tiempo y evitar que los ciudadanos se vean perjudicados.

3) Es necesario poner en tela de juicio el sentido positivo del silencio administrativo, ya que promueve la des-administración. Una figura que fue creada para proteger a los ciudadanos, lo que genera es una inseguridad jurídica que va a afectar al interés público. El carácter automático del silencio va a establecer la necesidad de una autoprotección administrativa a través de la revisión de oficio, para los actos radicalmente nulos, o la revocación, para los actos anulables.

4) De acuerdo con los principios que provienen del Derecho de la Unión Europea, solo deben mantenerse las intervenciones administrativas de carácter previo, cuando ello resulte necesario y no existan medidas o formas de intervención menos restrictivas. Ahora bien, cuando existan razones imperiosas de interés general, la necesidad de intervención administrativa exigirá por regla general comprobaciones, investigaciones y delimitación de derechos e intereses privados y que no pueden ser obviadas *ope legis*, por mucho que la Administración incumpla su obligación de resolver en plazo.

5) Ello no implica un rechazo absoluto o categórico de la figura como tal. La técnica del silencio positivo es indudablemente efectiva en los supuestos de la cuestión

urbanística. El Real Decreto-Ley 8/2011 rompe con la tradición e incorpora al ordenamiento jurídico un inesperado giro que parece presentar una solución para los numerosos problemas expuestos por la jurisprudencia, derivados de la concesión de licencias urbanísticas a través de la inactividad.

6) La diferencia básica entre el régimen del silencio positivo con respecto a la declaración responsable o la comunicación estribaría en que, con aquél, la actividad privada no podría iniciarse hasta que no hubiera un acto expreso o, en su defecto, hasta que no transcurriera el plazo máximo para resolver y para notificar.

8) BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. *Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas*. Madrid. Marcial Pons. 2001.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. Regímenes de autorización y medidas de simplificación administrativa: comunicación previa, declaración responsable e inscripción registral, en J. Tornos Mas (coord.). Madrid. Iustel. 2012.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo, análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2001.
- BENÍTEZ OSTOS, Antonio. *El silencio administrativo en las licencias urbanísticas*.
- BOOTELLO FERNANDEZ, Susana. “El silencio administrativo. Últimas modificaciones: especial incidencia en los procedimientos que puedan afectar al medio ambiente”. *Artículos doctrinales*. Noticias Jurídicas. 2018.
- CHOLBI CACHÁ, FRANCISCO Antonio. El régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento. Madrid. Wolters Kluwer. 2018.
- FERNANDEZ FARRERES, Germán. Sistema de derecho administrativo I. Pamplona. Civitas. 2018. 4º Edición.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Tecnos. Madrid. 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. Civitas. Pamplona. 2015.

- GARCÍA-TREVIJANO, Antonio. Los actos administrativos. Madrid. Civitas. 1986.
- GAMERO CASADO, Eduardo. “La simplificación del procedimiento administrativo: better regulation, better administration”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 160. 2013.
- GÓMEZ FERNANDEZ, Diego. Profesor asociado de Derecho Administrativo. (www.derechoadministrativoyurbanismo.es/blog).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Civitas-Thomson. Edición cuarta.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa*. Madrid. Colex. 1996.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. Civitas-Thomson. Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor. 2006.
- DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María. “Actos presuntos y revisión de oficio”. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, SANZ RUBIALES, Íñigo y DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María (coords.). *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz. Tomo II. El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad*. Editorial REUS. Madrid. 2017.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* núm. 24/2011 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor. 2011.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María. “El silencio administrativo como garantía de los derechos particulares”. *Revista de Administración Pública*. Número 149. 1999.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ DE VELASCO, Juan. *Efectos del silencio administrativo positivo por parte de la Administración del Estado* (Manual práctico para la consecución de lo concedido en virtud de dicho silencio administrativo positivo). Madrid. Dykinson. 2003.

- NARBÓN LAINEZ, Edilberto José. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2009.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María y ROJO IGLESIAS, Emma. “Informe enero 2018. Silencio Administrativo”. *Notarios y Registradores.com*.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo II, régimen jurídico de la actividad administrativa*. Madrid. Editorial Open Ediciones Universitarias. 2014. 21º Edición.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2011.
- PÉREZ CASTILLO, Rafael. “La obligación de resolver de forma expresa y el silencio administrativo como efecto de dicho incumplimiento”. Sevilla. *Instituto Andaluz de Administración Pública*. 2004.
- SAÉZ HIDALGO, Ignacio (coord.). *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*. Junta de Castilla y León. 1999.
- SÁNCHEZ, Isabel. “La transposición de la directiva de servicios en España”.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo, parte general*. Editorial Tecnos. Madrid. 2012.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general II*. Madrid. Iustel. 2018. 5º Edición.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”. *Documentación administrativa*. Número 208. 1986.
- TORNOS MAS, Joaquín. *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*. Bosch Casa Editorial SA. Barcelona. 1994.

- ZAMORA SANTA BRÍGIDA, Ignacio. “Sobre el silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas”. *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 1. 2016.
- DE VICENTE DOMINGO, Ricardo. *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes: análisis del artículo 29.2 LJCA*. Navarra. Civitas-Thomson Reuters. 2015.

9) JURISPRUDENCIA

- STS de 27 de abril de 2007, rec. 10133/2003.
- STS de 19 de marzo de 2018, rec. 3388/2015.
- STS de 25 de junio de 2014, rec. 3111/2012.
- STS de 6 de noviembre de 2018, rec. 1763/2017.
- STS de 15 de marzo de 2011, rec. 3347/2009.
- STS de 8 de enero de 2013.
- STC 161/1988, de 20 de septiembre de 1988.
- STC 70/2018, de 21 de junio de 2018.
- STC 66/2011, de 16 de mayo de 2011.
- STC 143/2017, de 14 de diciembre de 2017.
- STC 164/2001, de 11 de julio.
- STC 175/2003, de 30 de septiembre.
- STC 23/1993, de 21 de enero.
- STC 102/1995, de 26 de junio.
- STJCE de 28 de febrero de 1991, as. C-360/87.
- STJCE de 28 de febrero de 1991, as C-131/88.
- STJCE de 14 de junio de 2001, as. C-230/00.
- STJCE de 21 de abril de 2005, as. C-186/04.
- STJCE de 1 de junio de 2017, as. C-529/15.
- STSJ de Galicia de 13 de abril de 2016, rec. 226/2016.

10) RELACIÓN DE ABREVIATURAS

- LPA : Ley de Procedimiento Administrativo
- LJCA : Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- LRJPAC : Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- LPAC : Ley del Procedimiento Administrativo Común
- CE : Constitución Española
- AAPP : Administraciones Públicas
- TJCE : Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- TJUE : Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- UE : Unión Europea
- CE : Comunidad Europea
- CEE : Comunidad Económica Europea
- TS : Tribunal Supremo
- TC : Tribunal Constitucional
- TRLS : Texto Refundido de la Ley del Suelo
- TRLSRU : Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana
- RSCL : Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
- LOE : Ley de Ordenación de la Edificación
- Cfr. : Confróntese
- Vid. : Véase
- Ibíd. : En el mismo lugar, Igual que la referencia anterior