

TEMAS

El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo

Xabier Arzoz Santisteban

■ LA LEY

TEMAS

■ LA LEY

El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo

Xabier Arzoz Santisteban

© **Xabier Arzoz Santisteban**, 2019

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: mayo 2019

Depósito Legal: M-17914-2019

ISBN versión impresa: 978-84-9020-840-3

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-843-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

derecho —por ejemplo, mediante la simple solicitud de la licencia— como título material y formal inscribible. De todo ello dedujo la necesidad de certificación del secretario del correspondiente Ayuntamiento sobre la aprobación y firmeza del acto administrativo. Arguyó en particular que la legislación autonómica aplicable, que expresamente exigía la certificación del Secretario o escritura pública para elevar a público el contenido íntegro del proyecto de reparcelación, no distinguía entre acto expreso y acto presunto.

3.2.2. *Planes urbanísticos*

La regla del silencio positivo se ha aplicado tradicionalmente también a los procedimientos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, que presentan un carácter bifásico: la primera fase de la tramitación corresponde al municipio (y se compone de aprobación inicial, información pública y aprobación provisional)⁽⁷¹⁷⁾, y la aprobación definitiva corresponde al órgano competente de la comunidad autónoma. Si este último no resuelve en plazo, el plan se entiende aprobado definitivamente. No obstante, tampoco aquí la operatividad del silencio positivo era absoluta o incondicional. Existía una doble condición de acuerdo con los dos apartados del art. 120 TRLS, de elocuente rúbrica («Inaplicación del silencio positivo»).

La primera condición era que el expediente contuviera los documentos requeridos⁽⁷¹⁸⁾. Como señala alguna sentencia, «la jurisprudencia viene exigiendo como condición indispensable para que se pueda entender aprobado por silencio administrativo un Plan que el órgano que ha de resolver definitivamente disponga de la documentación necesaria durante todo el tiempo establecido para adoptar su decisión»⁽⁷¹⁹⁾.

La segunda condición era idéntica a la que regía para la obtención de las licencias urbanísticas por silencio positivo: la conformidad de lo solicitado y otorgado por silencio administrativo⁽⁷²⁰⁾. Sin embargo, esta condición des-

(717) Sobre el silencio administrativo con respecto a los actos de aprobación inicial o provisional vid. el epígrafe 5 del capítulo VIII.

(718) Vid. art. 120.1 TRLS 1993: «No habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo del plan de que se trate».

(719) STS de 3 de junio de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: M. de Oro-Pulido López), rec. 6385/2011.

(720) Vid. el art. 120.2 TRLS 1992: «Tampoco se aplicará el silencio administrativo positivo si el plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a planes de superior jerarquía, o

apareció con la regulación introducida por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (art. 11, apartados 5 y 6) y el posterior Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008 (art. 11, apartados 4 y 5). Hoy se encuentra en el art. 25.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

La peculiaridad de esta regla de silencio positivo con respecto a los demás supuestos de silencio positivo existentes en el ordenamiento jurídico es doble: por un lado, se aplica a procedimientos de aprobación de disposiciones de carácter general⁽⁷²¹⁾; por otro lado, el destinatario y «beneficiario» de la regla de silencio positivo no es un particular, sino, en principio, una Administración, la que ha aprobado el correspondiente proyecto de plan.

En efecto, las Administraciones públicas, por un lado, y los particulares, por otro, reciben un tratamiento legal diferente en relación con la aprobación por silencio positivo de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Si es una Administración pública competente para instruir y elaborar un instrumento de ordenación urbanística quien lo presenta para su aprobación ante la Administración que ha de aprobarlo definitivamente, el planeamiento se entiende aprobado por silencio positivo en el plazo que, al efecto, señale la legislación urbanística autonómica⁽⁷²²⁾. En cambio, si quienes formulan y presentan para su aprobación el instrumento urbanístico son los particulares, estos no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas: la urbanización es un servicio público, y la ordenación territorial y urbanística constituye una potestad

cuando la aprobación del plan esté sometida a requisitos especiales, legal o reglamentariamente establecidos». Tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, eran aplicables los arts. 40 y 41 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976.

(721) VELASCO CABALLERO y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La inactividad de la Administración...», *cit.*, pp. 361-363, se muestran críticos con la posibilidad de que «una norma de la trascendencia de un Plan General de Ordenación Urbana se apruebe por simple omisión del órgano competente para determinar su contenido en último término»: «no se trata sólo de ejercer un control de legalidad sobre decisiones sustantivas que corresponden al Municipio (cuestiones urbanísticas que no afectan a intereses supralocales), sino que al órgano autonómico le corresponde ejercer materialmente competencias propias, decidir sobre la definición sustantiva de aspectos de la planificación que no pueden corresponder a la Administración local (en materia de ordenación del territorio, medio ambiente, patrimonio histórico [...])».

(722) El art. 25.6 dice así: «Los instrumentos de ordenación urbanística cuyo procedimiento de aprobación se inicie de oficio por la Administración competente para su instrucción, pero cuya aprobación definitiva compete a un órgano de otra Administración, se entenderán definitivamente aprobados en el plazo que señale la legislación urbanística».

pública insustituible, «de manera que no cabe atribuirla, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa»⁽⁷²³⁾. Por tanto, son aplicables las reglas generales del art. 24.1 LPC y, con ello, la excepción del silencio negativo relativa a la transferencia de facultades relativas al servicio público.

Actualmente la regulación aplicable a la aprobación de instrumentos urbanísticos promovidos por los particulares se contiene en el apartado 5 del art. 25 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 (idéntico al del antiguo art. 11.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de suelo):

«Cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable.»

El Auto núm. 13019/2018 del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2018, ha admitido un recurso de casación dirigido a aclarar el significado del precepto transcrito. Según el Auto, el recurso de casación presenta interés casacional para la formación de jurisprudencia que consiste en «determinar si pueden entenderse aprobados por silencio administrativo los proyectos de actuación como instrumentos de gestión y ejecución urbanística y si la jurisprudencia sobre el régimen del silencio administrativo en relación con los instrumentos de planeamiento, según la naturaleza pública o privada de la iniciativa, es extrapolable a la tramitación de los referidos instrumentos de gestión urbanística». Asimismo, precisa que «las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son el art. 11.5 TRLS 2/08 (vigente durante la tramitación del expediente) en relación con el art. 43.2 Ley 30/92»⁽⁷²⁴⁾.

(723) Por todas, SSTs de 15 noviembre 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: R. Fernández Valverde), rec. 3162/2010, y de 26 de junio de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: R. Fernández Valverde), rec. 1741/2011.

(724) A. PALOMAR OLMEDA, «El urbanismo en el marco de las cuestiones pendientes de resolución en casación: los Autos del Tribunal Supremo en la materia», *Diario La Ley*, núm. 9354, Sección Doctrina, 8 de febrero de 2019.

4. LA REACCIÓN DEL LEGISLADOR: EL SILENCIO POSITIVO A LA DERIVA

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

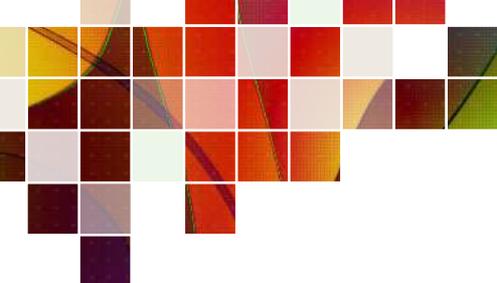
4.1. La transposición de la Directiva de Servicios

El legislador básico español no aprovechó la ocasión de la transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento interno para repensar la institución del silencio administrativo positivo. Se limitó a incorporar las novedades indispensables sin modificar el «edificio dogmático». El esquema preexistente se conservó en la Ley 30/1992, sin alterar el régimen ni la naturaleza del silencio positivo⁽⁷²⁵⁾. Como indicamos en capítulos precedentes, incluso pareció utilizar la Directiva de Servicios para restringir más el ámbito de aplicación del silencio negativo. Recordemos el alcance y los términos de esta restricción.

El criterio general de la inexigibilidad de autorización para el acceso o el ejercicio de una actividad de servicio se consagró 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 estableció que los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a las que se refiere debían 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» (art. 6)⁽⁷²⁶⁾.

(725) Sin embargo, NETTEL BARRERA sostenía que el régimen de nulidad de pleno derecho establecido en el art. 62.1 f) LPC 1999 [actualmente en el art. 47.1 f) LPC 2015] debía ser interpretado a la luz del art. 6 de la Ley 17/2009, de forma que la determinación de los requisitos esenciales para la adquisición de un derecho o la ausencia de ellos determinante de nulidad de pleno derecho deberían basarse en una razón imperiosa de interés general. También que la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo sentada en la Sentencia de 28 de enero de 2009 sobre la producción del silencio positivo *contra legem* debería ser revisada y abandonada a la luz de tales modificaciones legislativas. Vid. A. C. NETTEL BARRERA, «El silencio positivo en la Directiva de Servicios y los límites a su aplicación en la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2011, p. 109.

(726) Como ya se indicó en el apartado 4 del capítulo I, la remisión general a lo que dispone la Ley 30/1992, hoy sustituida por la Ley 39/2015, no constituye una transposición co-



La principal aportación de este libro es la ampliación de la perspectiva de análisis. No solo se ha tenido en cuenta el Derecho administrativo, sino también el Derecho constitucional y el Derecho de la Unión Europea; en consecuencia, se ha considerado ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La influencia de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la institución del silencio administrativo y su régimen jurídico, ha sido considerable, tanto por lo que respecta al plano competencial (art. 149.1 CE) como en lo que se refiere al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

El objeto de estudio es, naturalmente, la regulación vigente del silencio administrativo, pero en varios capítulos la perspectiva adoptada será, por varias razones, diacrónica. Una primera razón es que las regulaciones no se entienden plenamente si no se conocen los antecedentes, el flujo y reflujo de las soluciones normativas: el sentido de algunas normas no se capta si no se da cuenta de antiguas polémicas interpretativas, a las que aquellas pretenden dar respuesta, con mayor o menor fortuna. Sobre todo, en una materia como la del silencio administrativo, en la que las modificaciones legislativas han proliferado en los últimos veinticinco años, no solo en el ordenamiento interno, sino también de la mano del derecho de la Unión Europea. Una segunda razón, no menos importante, es que la consideración de la evolución legislativa permitirá poner de relieve las interacciones mutuas entre la legislación y la jurisprudencia tanto contenciosa como constitucional.

