

# CRISIS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

## The crisis of the negative administrative silence

**Luis Ángel Ballesteros Moffa**

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de León

**RESUMEN:** Las últimas reformas y doctrinas dirigidas a la línea de flotación del silencio negativo, como exponente de la crisis de un modelo, conducen al renovado análisis de los tres puntales de su régimen jurídico: presupuesto, sentido y eficacia, puestos en conexión en el presente trabajo. Vertientes que, más allá del conflicto entre la Administración silente y el administrado perjudicado por la inactividad formal, presentan el común denominador de la tensión entre seguridad jurídica y privilegios de la Administración, por un lado, y tutela judicial efectiva, buena administración e imperativos de simplificación y agilización de la actuación administrativa, por otro. Solo desde una visión de conjunto de esta técnica paliativa de la ausencia ilegal de voluntad administrativa expresa, es posible una reflexión global pero también singular de esos tres pilares, en torno a los que se arraciman instituciones tan sobresalientes como los derechos fundamentales, la certidumbre en las relaciones jurídicas, la liberalización de servicios, la teoría del acto consentido, el principio *favor acti*, o la ejecutividad y prescriptibilidad de sanciones.

**ABSTRACT:** Recent reforms and doctrines directed against the negative silence, as a model in crisis, require a new analysis of the three pillars of its legal regime: premise, meaning and effects, connected in this work. Aspects that, beyond the conflict between the public administration and citizens affected by inactivity, have in common the tension between legal certainty and administration privileges, on the one hand, and effective judicial protection, good governance and imperatives of administrative simplification and streamlining, on the other hand. Administrative silence, presumption after a certain period without resolving the government, requires a joint analysis of its three aspects, for a comprehensive and specific reflection of each of these, under discussion of such outstanding institutions as fundamental rights, legal certainty, liberalisation of services, theory of the final act, principle *favor acti*, or prescribing administrative infringements and penalties.

**PALABRAS CLAVE:** Silencio administrativo; silencio positivo *contra legem*; acto consentido; acto confirmatorio; prescripción de infracciones y sanciones.

**KEY WORDS:** Administrative silence; deemed approval *contra legem*; final act; confirmatory act; prescribing administrative infringements and penalties.

Recepción original : 10/04/2013

Aceptación original : 11/04/2013

**SUMARIO:** I. LA EVOLUCIÓN DE UNA INSTITUCIÓN TUITIVA.- II. LA PREMISA DEL SILENCIO Y CÓMO SE HAN VISTO REDUCIDOS LOS PROCEDIMIENTOS SUJETOS A RESOLUCIÓN EXPRESA CON LA GENERALIZACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO A *POSTERIORI*.- III. EL SENTIDO DEL SILENCIO Y CÓMO EL NEGATIVO HA SUFRIDO UNA NUEVA VUELTA DE TUERCA EN SU EXCEPCIONALIDAD: 1. De la salvedad reglamentaria a la excepción legal o de Derecho europeo (Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LRJPC). 2. De la mera reserva legal a la anudada a «razones imperiosas de interés general» (Ley «Omnibus» 25/2009, de 22 de diciembre). 3. De la aplicación prospectiva del interés general a la revisión de los procedimientos anteriormente regulados (Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de Control del Gasto Público y Simplificación Administrativa). 4. La contrapartida del régimen autorizatorio urbanístico a partir del silencio positivo *contra legem* (art. 23 Real Decreto-ley 8/2011).- IV. LA EFICACIA DEL SILENCIO Y CÓMO SE HA LLEVADO HASTA LAS ÚLTIMAS CONSECUENCIAS LA LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DEL SILENCIO NEGATIVO A SIMPLE FICCIÓN PARA RECURRIR: 1. Consecuencia *ex lege*: desvinculación de la resolución expresa

tardía al sentido desestimatorio del silencio. 2. Líneas jurisprudenciales y doctrinales: A. Cuestionamiento de la doctrina del acto consentido: a) Supuestos cualificados: a') *Dies a quo* indefinidamente abierto para recurrir el silencio negativo como consecuencia del incumplimiento de la comunicación previa del art. 42.4 LRJPC. b') No aplicación del art. 28 LJCA a los actos confirmatorios de un silencio negativo no recurrido. Temporaneidad de las resoluciones expresas ulteriores. b) Epítome argumental en torno a la inaplicación general de los plazos preclusivos al silencio negativo. c) La conciliación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica desde la singularidad del silencio. Alcance de la atenuación del acto consentido en la teoría administrativa de nulidades. B. Negación de la firmeza, ejecutividad y cómputo del plazo prescriptorio de las sanciones.- V. CONCLUSIÓN: ¿JAQUE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO?

## I. LA EVOLUCIÓN DE UNA INSTITUCIÓN TUITIVA

Conforme a la conocida interacción entre privilegios de la Administración y garantías del administrado, frente a un sistema favorecido por el principio de autotutela, que aboca en un control judicial final de la legalidad a través de una Jurisdicción contencioso-administrativa revisora<sup>1</sup>, bajo la necesidad además de agotar la vía administrativa, se alza una institución en virtud de la cual la resolución expresa de la petición inicial o impugnación administrativa se torna en excusable, si no para la Administración, sí para el interesado. Aun cuando, lejos de la ortodoxia conceptual, no es ajena al intercambio de roles entre la garantía de éste y el abuso de aquélla, en una encrucijada o debate que no deja de retroalimentarse. El incumplimiento, como premisa, de la obligación de dictar y notificar dicha resolución en todo procedimiento, el sentido estimatorio o desestimatorio de su vencimiento, y los efectos de acto presunto, en el primer caso, o de mera ficción para recurrir, en el segundo, integran la arquitectura del silencio administrativo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si bien superada en muchos de sus aspectos, la técnica en estudio está llamada a facilitar la exigencia cardinal de un acto de la Administración, no solo posibilitando el acceso a la Justicia administrativa sino también su enjuiciamiento sin una previa resolución cuyos términos haya que revisar. Sobre la evolución y renovada concepción del carácter revisor, sirva la remisión a los trabajos de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Sobre el carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 11, octubre/diciembre 1976, págs. 728 a 733; MUÑOZ MACHADO, S., «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 26, julio/septiembre 1980, págs. 496 a 512; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998; y GARCÍA LUENGO, J., «La doctrina del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la jurisprudencia actual», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson-Civitas, Navarra, 2012, vol. I, págs. 1223 a 1242.

<sup>2</sup> Propone una completa clasificación de las situaciones de inactividad administrativa, sobre la base de una prístina tipología de NIETO GARCÍA, A. («La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 37, enero/abril 1962, págs. 75 a 126; y «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», en AAVV, *Documentación Administrativa: la inactividad administrativa*, núm. 208, monográfico, abril/diciembre 1986, págs. 11 a 64), GÓMEZ PUENTE, M., «El silencio y la inactividad de la Administración», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 49 y ss.

Una técnica que no ha tenido fácil encaje en nuestro ordenamiento a juzgar por el continuo vaivén de su régimen jurídico, sufriendo todos y cada uno de sus tres pilares (premisa, sentido y eficacia) este ir y venir, no ayuno de retornos a planteamientos anteriores, con el protagonismo tanto del legislador como de la jurisprudencia y doctrina<sup>3</sup>. Desde el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 y la LJCA de 1956<sup>4</sup>, pasando por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, hasta los arts. 42, 43 y 44 LRJPC<sup>5</sup>, sustancialmente modificados por la Ley 4/1999, de 13 de enero, con su continuidad en la transposición de la Directiva de Servicios<sup>6</sup>, la inactividad administrativa ha experimentado un dispar tratamiento jurídico.

Puede afirmarse que las últimas reformas, fruto de la europeización de los procedimientos administrativos internos, unidas a los esfuerzos jurisprudencial y doctrinal por dulcificar los efectos de la institución, han estado dirigidas a la línea de flotación del silencio negativo; poniendo incluso en solfa la misma institución si se tienen en cuenta las iniciativas de la Justicia europea a favor de la resolución expresa de los procedimientos<sup>7</sup> o la más cercana purga y

---

<sup>3</sup> Junto a otros estudios sobre la regulación procedimental administrativa y de carácter más específico, son de consulta obligada los de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre silencio administrativo y recurso contencioso», *Revista de Administración Pública*, núm. 47, mayo/agosto 1965, págs. 207 a 227; MARTÍN MATEO, R., «Silencio positivo y actividad autorizante», *Revista de Administración Pública*, núm. 48, septiembre/diciembre 1965, págs. 205 a 239; AAVV, *Documentación Administrativa: la inactividad administrativa*, op. cit.; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990; y *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1994; GARRIDO FALLA, F., «La obligación de resolver actos presuntos y silencio administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 82, abril/junio 1994, págs. 189 a 199; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995; y «El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, septiembre/diciembre 2002, págs. 87 a 135; GUILLÉN PÉREZ, M.ª E., *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Colex, Madrid, 1996; AGUADO I CUDOLÀ, V., *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, 2001; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., «Acotamientos al régimen del silencio administrativo en nuestro ordenamiento jurídico. La última reforma de la Ley 30/92 (Ley 4/99)», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 169, abril/mayo 1999, págs. 11 a 25; 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*, Marcial Pons, Madrid, 2001; MESEGUER YEBRA, J., *La inactividad de la Administración como objeto del recurso contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 2001; ALONSO MAS, M.ª J. y NARBÓN LAÍNEZ, E., *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; PAREJO ALFONSO, L. (dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011; QUINTANA LÓPEZ, T. (coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; y QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general...*, op. cit.

<sup>4</sup> Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>5</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>6</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>7</sup> Pues no puede pasar desapercibida la línea jurisprudencial europea excluyente del instituto del silencio como finalizador de procedimientos aplicativos de concretas normas comunitarias. Cfr. GARCÍA URETA, A., *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, IVAP, Oñati, 2002, págs. 40 y ss.; y PAREJO ALFONSO, L., «El silencio administrativo, especialmente el de sentido

sustitución de los procedimientos autorizatorios por comunicaciones previas o declaraciones responsables que no precisan de tales resoluciones expresas o presuntas de control previo.

Sin obviar este último proceso sectorial de recepción de la Directiva de Servicios, eximente del problema del silencio, son los capítulos del sentido y eficacia los que comparten ese hostigamiento directo hacia el silencio negativo, a riesgo en ambos casos del principio de seguridad jurídica. Mientras, en aras de la agilización de la actuación administrativa y merced también a la incorporación generosa de la Directiva Bolkestein, se está obrando con merma de la litigiosidad el último impulso normativo hacia la generalización del sentido positivo, los operadores jurídicos no han flaqueado a la hora de desvincular el silencio negativo de aquellos efectos perjudiciales para los interesados, ya exonerando de plazos preclusivos a su impugnación, ya negando de firmeza y consiguiente ejecutividad a las sanciones. Y ahora, con arreglo al art. 4.1.f) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, eximiendo de las mismas a los recursos contencioso-administrativos dirigidos contra el silencio negativo o inactividad material de la Administración.

Si bien ambas coyunturas permiten apreciar tal crisis del silencio negativo en una reflexión conjunta del *statu quo*, no pueden desconocerse las diferentes características de una y otra. Pues siempre podrá discutirse la oportunidad del silencio estimatorio ante la falta de respuesta de la Administración, pero parece pacífico que, en primer lugar, obedece a una opción del legislador europeo –cuando no sea preferible la permisión del ejercicio del derecho o actividad privados con su comunicación o declaración, y no se exija en todo caso una resolución expresa motivada– e interno –aunque está por ver su alcance real sobre todo en los ámbitos autonómico y local– y, en segundo lugar, que responde a la propia finalidad tuitiva de la institución, en la medida en que el silencio positivo pretende «hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas»<sup>8</sup>. Por el contrario, aparte de la valoración que puedan merecer los planteamientos jurisprudenciales y doctrinales sobre los efectos del silencio negativo, las conclusiones alcanzadas no siempre se compadecen con la literalidad del sistema positivo, sobrepasando las fronteras de la inactividad para abrazar otros institutos, contiguos pero diferentes por no ser exclusivos de las patologías del procedimiento, como representan la teoría del acto consentido o la firmeza y ejecutividad de las sanciones.

---

estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación», en su Libro colectivo *El silencio en la actividad de la Administración pública, op. cit.*, págs. 26 y ss.

<sup>8</sup>Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LRJPC.

Por todo ello, la crisis del silencio negativo resultante de la generalización del sentido positivo no presenta tanta dificultad como la que deriva de los efectos procesales o formales del silencio negativo. Aunque son conocidas las cautelas frente al silencio estimatorio por el riesgo de adquisición ilegal de derechos, y los problemas inherentes al silencio *contra legem*<sup>9</sup>, así como las críticas a una figura emparentada con el Derecho patrio<sup>10</sup>, lo cierto es que nuestras Administraciones no han dejado de revelarse pasivas o inactivas<sup>11</sup>, no siendo además una técnica desconocida para el Derecho comparado con anterioridad incluso a su decidido impulso desde la liberalización europea<sup>12</sup>. Empero, lo que parece ser la *communis opinio* respecto a la eficacia del silencio negativo, entra en pugna con los privilegios procesales de la Administración en lo que puede suponer una interpretación *contra legem*: la posibilidad de recurrir el silencio negativo como ficción legal pero sin riesgo, precisamente por ello, de preclusión de los plazos impugnatorios y sin que, en el caso de las sanciones, dicho silencio en el recurso de alzada pueda determinar su firmeza y ejecutividad.

## **II. LA PREMISA DEL SILENCIO Y CÓMO SE HAN VISTO REDUCIDOS LOS PROCEDIMIENTOS SUJETOS A RESOLUCIÓN EXPRESA CON LA GENERALIZACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO A POSTERIORI**

Como quiera que el silencio administrativo da respuesta al incumplimiento por la Administración de su deber de notificar resolución expresa en plazo, no hay silencio sin previo procedimiento orientado a su terminación normal o anormal por resolución. Algo que constituye la regla general tanto en los procedimientos a instancia de parte como de oficio, incluso tras la producción del silencio, a tenor de los arts. 42, 43.3, 44 y 89.4 LRJPC, habida cuenta de que «en

---

<sup>9</sup> Puestos de manifiesto especialmente en el ámbito de las licencias urbanísticas y planes de ordenación urbana, como se verá *infra*. A la «mala fama» del silencio positivo se refería FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.<sup>a</sup>, «Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero/abril 1992, págs. 108 y ss.

<sup>10</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, 18.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 116 y ss.

<sup>11</sup> La resolución en plazo «seguirá incumpléndose (pereza funcional, lento actual en los servicios, mala fe, etc.) pese al énfasis, loable, que pone la LPC en imponer tal deber»: COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2011, pág. 340.

<sup>12</sup> Así, en el ordenamiento italiano a partir de la generalización del *silenzio assenso* por el art. 20 de la *Legge 7 agosto 1990, núm. 241*; o, en el Derecho francés, a la luz de la *décision implicite d'acceptation* del art. 22 de la *Loi núm. 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*. Por lo que respecta a la doctrina italiana, CENTOFANTI, N., *Il silenzio nel procedimento e nel ricorso amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, págs. 97 y ss.; TASSO, T. G., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra Privato e Pubblico*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, págs. 69 y ss.; ANDREIS, M., *La conclusione inespressa del procedimento*, Giuffrè, Milano, 2006; D'ORSOGNA, M.<sup>a</sup> y LOMBARDI, R.<sup>a</sup>, «Il silenzio assenso», en SANDULLI, M.<sup>a</sup> A.<sup>a</sup>, *Codice dell'azione amministrativa. Le fonti del Diritto Italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, págs. 800 a 814; y D'ARIENZO, M.<sup>a</sup>, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo: silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, págs. 158 y ss. Y entre la literatura francesa, LAVEISSIÈRE, J., *Le silence de l'administration*, ANRT, Lille, 1984; MAUGÜÉ, Ch. y CRÉPEY, E., «La réforme des autorisations d'urbanisme», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, mayo/junio 2007, págs. 542 y ss.; CASSIA, P., «La décision implicite en droit administratif français», *La Semaine Juridique*, núm. 2156, 2009, págs. 27 a 34; y SORBARA, J.-G., «Le silence de l'administration», *Revue du Droit Public*, núm. 4, 2012, págs. 1078 a 1088.

ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso», sin perjuicio de la resolución de inadmisión en los supuestos de derechos no previstos en el ordenamiento o sin fundamento<sup>13</sup>.

La Ley 4/1999, de 13 de enero, extendió a los modos anormales de terminación procedimental (prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud y desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento) la obligación de notificar resolución expresa, consistente entonces en la declaración de los hechos correspondientes y normas aplicables. Pero manteniendo<sup>14</sup>, como no podía ser de otra forma, la excepción para «los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa»; a los que se unieron los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, los cuales, además, conforme al art. 109.e) LRJPC –introducido también por la Ley 4/1999–, ponen fin a la vía administrativa. Precisamente, como corolario de esta última excepción a la obligación, la disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispuso en su apartado cuatro que «la terminación convencional de procedimientos administrativos, así como los procedimientos de mediación, arbitraje o conciliación, no están sujetos al régimen del silencio administrativo previsto en la Ley».

Sin obviar un antiguo debate<sup>15</sup>, la comunicación previa y declaración responsable no serían reconocidas con carácter general y básico hasta la transposición de la Directiva de Servicios<sup>16</sup>; proceso que, como está ocurriendo con el silencio positivo para las autorizaciones –al reforzarse el mismo para todos los procedimientos a instancia de parte con la reforma del art. 43.1 LRJPC–, está yendo más lejos de los imperativos europeos<sup>17</sup>. Con anterioridad a la revisión de

---

<sup>13</sup> Mientras el silencio y la perención o caducidad son las consecuencias procedimentales de la falta de resolución expresa en plazo, entre las de índole extraprocedimental se encuentran la responsabilidad del personal al servicio de la Administración, la remoción de sus puestos de trabajo, la responsabilidad patrimonial de la Administración, la ultraactividad de la normativa aplicable o misma la prescripción. *Cfr.* GÓMEZ PUENTE, M., «El silencio y la inactividad de la Administración», *op. cit.*, págs. 119 y ss.

<sup>14</sup> Pues ya se preveía en la redacción original del art. 42.1 LRJPC.

<sup>15</sup> Entre autorización, silencio y mera comunicación de derechos preexistentes: MARTÍN MATEO, R., «Silencio positivo y actividad autorizante», *op. cit.*, págs. 205 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», en AAVV, *Documentación Administrativa: la inactividad administrativa*, *op. cit.*, págs. 107 a 119; y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.<sup>a</sup>, «Reivindicación del silencio positivo...», *op. cit.*, págs. 118 y ss.

<sup>16</sup> A la introducción de las comunicaciones previas por influencia del Derecho comunitario y su configuración como alternativa a la autorización, se refería ya NÚÑEZ LOZANO, M.<sup>a</sup> C., en *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 197 y ss. Y dentro del sector ambiental, RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de la comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003.

<sup>17</sup> *Cfr.* Exposición de Motivos de la Ley «Omnibus» 25/2009, de 22 de diciembre.

los regímenes de autorización en cada ámbito territorial y sectorial, iniciada por el legislador estatal<sup>18</sup> con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre<sup>19</sup> (conocida como «Ley Omnibus» por su incidencia sobre cuarenta y ocho Leyes), diversas medidas horizontales fueron incorporadas a modo de epicentro del nuevo marco regulador por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (apocopada como «Ley Paraguas»): los nuevos arts. 39 bis y 71 bis LRJPC, con la consiguiente modificación del art. 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de las Bases del Régimen Local. Junto a sus arts. 84 bis y 84 ter, incorporados en esta ocasión por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible para restringir las licencias locales a aquellas actividades vinculadas con la protección de la salud o seguridad públicas, el medioambiente o el patrimonio histórico-artístico<sup>20</sup>.

No es desconocido que tal modelo de servicios, con efectos transversales para nuestro ordenamiento, pivota en torno a la subordinación de los instrumentos de intervención administrativa a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. De suerte que son únicamente viables los regímenes de autorización previa cuando no se manifiestan discriminatorios (arts. 14 y 16.2 de la Directiva de Servicios, y 10, 12.2 y 16 de la Ley «Paraguas», conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo), resultan necesarios por una «razón imperiosa de interés general», y son proporcionados a la misma; no cumpliendo una autorización con el último de estos requisitos si el objetivo perseguido se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, esto es, cuando sea suficiente una comunicación previa o declaración responsable a través de la que se manifieste el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad [art. 5.c) con fundamento en el art. 9.1 de la Directiva]<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Pues es evidente que la revisión se extiende a los diferentes ámbitos administrativos por no interferir la Directiva de Servicios en el reparto de competencias regionales o locales.

<sup>19</sup> De Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.

<sup>20</sup> A cuyo fin, según su disposición adicional octava, se procederá a evaluar la normativa existente en los diferentes ámbitos competenciales; algo que ya se ha acometido en el ámbito estatal por el Capítulo VI (Sección 3.ª) del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de Control del Gasto Público y Simplificación Administrativa.

<sup>21</sup> Principio de proporcionalidad no desconocido desde antiguo por la intervención administrativa, en aras del principio *pro libertate*, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina: RIVERO YSERN, E., «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, págs. 154 y 155; LAGUNA DE PAZ, J. C., «El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio 2009, págs. 42 y ss.; RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «De la intervención administrativa previa al control *a posteriori*: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2010, págs. 115 a 134; FUERTES LÓPEZ, M., «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic: Los retos de la Directiva de Servicios*, núm. 42, monográfico, junio 2011, págs. 61 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *ibid.*, págs. 85 y ss.; AGUADO I CUDOLÀ, V., «Libertad de establecimiento de los prestadores

Es así, en el marco de esta explicación unitaria de la intervención administrativa y reducción de cargas y trabas, como han ido generalizándose las figuras de la declaración responsable y comunicación previa, en detrimento de la técnica autorizatoria. A modo de solución indirecta al instituto del silencio, aun sin proporcionar la misma certidumbre jurídica que éste en líneas generales<sup>22</sup>. Lo que no constituye sino un salto del control *ex ante* al *ex post*, en favor de alternativas de acción de policía menos intrusivas que las autorizaciones, homologaciones o inscripciones administrativas previas. O, dicho de otra forma, en favor de procedimientos que no precisan de resolución expresa como título habilitante para el ejercicio de una actividad o derecho, sin perjuicio de su eventual control *a posteriori*, donde, de apreciarse inexactitud, falsedad u omisión en los términos prescritos<sup>23</sup>, podría resolverse la restitución de la situación jurídica al *statu quo ante* de la actividad, con la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar<sup>24</sup>.

### III. EL SENTIDO DEL SILENCIO Y CÓMO EL NEGATIVO HA SUFRIDO UNA NUEVA VUELTA DE TUERCA EN SU EXCEPCIONALIDAD

#### 1. DE LA SALVEDAD REGLAMENTARIA A LA EXCEPCIÓN LEGAL O DE DERECHO EUROPEO (LEY 4/1999, DE 13 DE ENERO, DE REFORMA DE LA LRJPC)

No es ocioso recordar que la opción por el silencio positivo se remonta a la primera redacción de la LRJPC cuando, frente al silencio negativo como norma prácticamente exclusiva<sup>25</sup>, se consagraba la regla estimatoria. Rompiendo con una larga tradición en España,

---

de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 67 a 89; y MORA RUIZ, M., «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico. ¿Nuevas técnicas administrativas?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, julio/septiembre 2012, págs. 237 a 275.

<sup>22</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Las regulaciones por silencio. (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, enero 2010, págs. 70 a 79.

<sup>23</sup> Art. 71 bis LRJPC y legislación específica correspondiente. A las actividades sujetas a comunicación con posibilidad de veto administrativo, se refieren ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J. y NARBÓN LAÍNEZ, E., *El silencio administrativo y su problemática procesal*, *op. cit.*, págs. 178 y ss.

<sup>24</sup> Un supuesto singular de procedimiento de oficio desvinculado de resolución expresa es el sancionador de tráfico abreviado con arreglo al Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, tras su modificación en materia sancionadora por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre. Se trata de un procedimiento anudado al pago voluntario en plazo de la sanción tras notificación de la denuncia (también electrónica a través de la Dirección Electrónica Vial y el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico); pago que, entre otras consecuencias de reducción de la sanción y procedimentales, determina *ministerio legis* la conclusión del procedimiento el día del pago sin necesidad de resolución expresa, con firmeza asimismo de la sanción por agotamiento de la vía administrativa.

<sup>25</sup> Tanto en vía de instancia, con denuncia de mora, como de recurso, según los arts. 94, 95 y 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

desde la justificación de que tal atribución de efectos directos ante una Administración silente no debe ser un instituto normal en las relaciones jurídico-administrativas, sino una garantía preventiva de los ciudadanos ante la indeseable falta de respuesta, que solo cederá hacia un mero derecho de reacción cuando exista un interés general prevalente<sup>26</sup>.

Pero lo cierto es que se trataba de un reconocimiento más formal que material, en la medida en que esa regla se tornaba en espejismo jurídico al poder ser excepcionada por simples disposiciones reglamentarias, fruto de una remisión final a las normas reguladoras de los distintos procedimientos. Con lo que se habilitaba a las miles de Administraciones a seguir parapetando su indolencia detrás del silencio negativo<sup>27</sup>.

Esta regulación, alejada no solo del objetivo de superar la tradicional doctrina del silencio sino también de la función de la legislación básica de garantizar un tratamiento común de los administrados ante las diferentes Administraciones<sup>28</sup>, fue corregida sustancialmente por la Ley 4/1999, de 13 de enero; una reforma que vino a salir al paso, en general, de las justificadas críticas vertidas a todo el diseño de la institución<sup>29</sup>.

Fue este salto a la excepción por ley estatal o autonómica, o norma de Derecho europeo, lo que permitió al legislador prescindir de los concretos supuestos de silencio positivo, si se exceptúan la suspensión de actos en vía de recursos administrativos (art. 111.3 LRJPC) y el doble silencio en el recurso de alzada como singularidad al silencio negativo establecido para los procedimientos de impugnación de actos administrativos y disposiciones generales. Pues, con algún matiz, continuaron siendo los mismos los procedimientos sujetos a desestimación presunta como excepciones legales principales a la norma del silencio positivo en vía de petición: los de ejercicio del derecho fundamental del art. 29 Constitución y aquellos de los que pudiera derivarse para los solicitantes o terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público;

---

<sup>26</sup> Exposición de Motivos de la LRJPC.

<sup>27</sup> Tal y como vaticinaba SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «habida cuenta de la larga tradición que el silencio negativo ha tenido en España como regla prácticamente exclusiva, no creo que se me pueda calificar de malicioso si afirmo que la totalidad (o, al menos, nueve de cada diez) de las normas reguladoras de procedimientos sectoriales que se dicten en los próximos años van a hacer uso de esta habilitación [...]» («La actividad de la Administración», en AAVV, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*, Carperi, Madrid, 1993, pág. 173). En el mismo sentido, GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.<sup>a</sup>, *Régimen jurídico y Procedimiento de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 206.

<sup>28</sup> Sobre el art. 149.1.18.<sup>a</sup> Constitución y el silencio administrativo, véase la STC 23/1993, de 21 de enero.

<sup>29</sup> «La regulación del silencio administrativo no está en la categoría de lo problemático, de lo discutible o de lo difícil: es, sin paliativos, un desastre»: SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «La actividad de la Administración», *op. cit.*, págs. 165 y 166.

aparte de las reclamaciones administrativas previas y procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, previstos a lo largo del articulado de la LRJPC.

Al margen de todo ello, como es sabido, se encuentran los procedimientos de oficio a los que la reforma del 99 dio una completa regulación de la inactividad formal –tras una primera solución de acceso al contencioso por el Proyecto LJCA 1995<sup>30</sup>–, con los efectos prescritos en el art. 44 LRJPC.

## **2. DE LA MERA RESERVA LEGAL A LA ANUDADA A «RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL» (LEY «OMNIBUS» 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE)**

El proceso de adaptación a la Directiva de Servicios, punto de inflexión para la Unión Europea, ha supuesto un paso más en la profundización del silencio positivo, acorde con los objetivos de simplificación y agilización administrativas pretendidos por la misma. Lo cual, unido a su expansión a todos los procedimientos administrativos de parte por decisión de nuestro legislador, ha dado lugar al vigente régimen básico del silencio a partir de unos mínimos cambios sobre la regulación resultante de 1999.

Se trata de un interesante capítulo de europeización indirecta de la LRJPC, donde la convergencia ha sobrepasado las autorizaciones de servicios normadas desde Europa para abrazar una codificación interna<sup>31</sup>, más allá de la permanente influencia del Derecho europeo sobre esta Ley rituarial<sup>32</sup>, manifestada especialmente con la reforma de 1999<sup>33</sup> también sobre los arts. 42 a 44 LRJPC<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> En concreto, ante la ausencia en el régimen del silencio de aquellos procedimientos de oficio susceptibles de producir efectos beneficiosos para los administrados, tanto el art. 28.2 del Anteproyecto de la LJCA de enero de 1995, como del Proyecto de 30 de septiembre de 1995, incluyeron dentro del nicho procesal de reacción contra la inactividad administrativa, superador de la tradicional concepción del «proceso al acto», la siguiente previsión: «De la misma manera podrán proceder los interesados [deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad administrativa] cuando la Administración esté obligada a dictar un acto administrativo que les pudiera causar efectos favorables en un procedimiento iniciado de oficio [...]». Previsión que desaparecería finalmente en el Proyecto de 18 de junio de 1997, así como en el texto definitivo de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, en favor de la institución del silencio reformada por la Ley 4/1999.

<sup>31</sup> Pues, a pesar de tratarse formalmente de una transposición sectorial, eso sí, de envergadura y con una pormenorizada carga procedimental, ha repercutido sobre nuestras reglas generales de procedimiento, en una suerte de «proceso de adopción voluntaria del Derecho europeo» (JANS, J. H. *et al.*, *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, págs. 8 y ss.) o más sutil «adaptación espontánea a la singularidad y necesidades aplicativas» del mismo (VELASCO CABALLERO, F., «Procedimiento administrativo español para la aplicación del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008, págs. 433 y ss.). Fenómeno que tiene lugar, bien por interés del legislador interno, bien porque ese plus permite acercar la norma europea a los órganos administrativos nacionales haciéndola más asequible, bien porque resulta inviable o inconveniente mantener dentro de un ordenamiento dos sistemas diferentes de Derecho administrativo (SCHWARZE, J., «The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States», *European Public Law*, núm. 4, 1998, págs. 210 y ss.).

<sup>32</sup> Aunque lo cierto es que la ausencia en su texto originario de una referencia explícita a los principios del Derecho europeo, con la única previsión del art. 10 sobre comunicaciones a las Comunidades Europeas y una tímida asunción de la buena fe en la revisión de oficio, fue calificada de indolencia de nuestro legislador ante lo que debería haber

El origen de este nuevo hito favorable al silencio positivo se remonta al art. 13.4 de la Directiva de Servicios, según el cual, «a falta de respuesta en el plazo fijado [...] 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»<sup>35</sup>. Disposición transpuesta para los procedimientos de autorización de servicios, ámbito de liberalización de la Directiva, por el art. 6 de la Ley «Paraguas». Lo que, lejos de quedar constreñido a dicho sector, acabó introduciéndose por la Ley «Omnibus» en el art. 43 LRJPC, de manera que hoy se reconoce el silencio positivo para todas las solicitudes «excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley [exigencia formal] *por razones imperiosas de interés general* [exigencia material] o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

La noción de «razón imperiosa de interés general» constituye un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, que hunde sus raíces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuyo alcance es precisado con cierta generosidad en el cuadragésimo considerando de la Directiva de Servicios, y reiterado, ya en el articulado, por los arts. 4.8) de la Directiva y 3.11 de la Ley «Paraguas», si bien en términos exhaustivos en esta última pese a desgranarse en la primera como *numerus apertus*.

Bajo esta expresión no solo descansa el presupuesto más importante para la sujeción de actividades de servicios a regímenes de autorización, pudiendo ser sustituidos desde la exigencia de proporcionalidad por medidas menos restrictivas como la declaración responsable o la comunicación previa del prestador, sino además la generalización del silencio estimatorio para

---

supuesto su motor fundamental o fuente obligada de inspiración (MUÑOZ MACHADO, S., «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, julio/septiembre 1992, págs. 334 y ss.). Y ello aun cuando tal preterición, que habría de contrarrestar el Derecho jurisprudencial, se justificara en parte por la pacífica asunción de los principios comunitarios bajo la precedente Ley de Procedimiento de 17 de julio de 1958 (ORTEGA ÁLVAREZ, L. y PLAZA MARTÍN, C., «Administrative Procedure», en ORTEGA ÁLVAREZ, L.; ARROYO JIMÉNEZ, L., y PLAZA MARTÍN, C. [ed.], *Spanish Administrative Law under European Influence*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, págs. 24 y ss.).

<sup>33</sup> En particular, a través del expreso reconocimiento del principio de confianza legítima en el art. 3.1 *in fine*; institución bien conocida en el Derecho procedimental administrativo europeo y utilizada ya con anterioridad por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa.

<sup>34</sup> Dentro de los aspectos «inspirados en el moderno Derecho público comunitario», según la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, se encuentra la suspensión del plazo máximo para dictar y notificar resolución expresa, entre cuyas causas tasadas se prevé la interacción previa y preceptiva de un órgano europeo *ex art. 42.5.b) LRJPC*.

<sup>35</sup> Analizan este precepto, NETTEL BARRERA, A. C., «El silencio positivo en la Directiva de Servicios y los límites a su aplicación en la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110-1, 2011, págs. 99 a 118; y AGUADO I CUDOLÀ, V., «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios...», *op. cit.*, págs. 79 y ss.

los procedimientos justificados de autorización de servicios, y, por extensión, todos los procedimientos incoados a solicitud del interesado.

### **3. DE LA APLICACIÓN PROSPECTIVA DEL INTERÉS GENERAL A LA REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ANTERIORMENTE REGULADOS (LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO, DE CONTROL DEL GASTO PÚBLICO Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA)**

La reforma por la Ley «Omnibus» del régimen general del silencio hubo de superar aún un importante obstáculo, desde el momento en que su propia disposición adicional cuarta la vaciaría en buena medida de contenido al disponer que «se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto». Y si con tal cautela no fuera suficiente, la misma exención derogatoria indiscriminada volvió a aparecer en los Diarios Oficiales, con el agravante en esta ocasión de su carácter superfluo por no introducir desde la perspectiva autonómica especialidad alguna sobre el procedimiento administrativo común<sup>36</sup>.

No pasaría sin embargo mucho tiempo sin que este planteamiento quedara desautorizado por el art. 40 de la Ley de Economía Sostenible, estableciendo, en desarrollo de la última exigencia del art. 43 LRJPC, la obligación estatal y autonómica de impulsar revisiones normativas de los efectos desestimatorios del silencio en todos aquellos procedimientos preexistentes que no se considerasen cubiertos por «razones imperiosas de interés general». Obligación con la que ha cumplido el legislador estatal en virtud del art. 26 y Anexo I del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, donde en su ámbito competencial se invierte el sentido negativo<sup>37</sup> de más de un centenar de procedimientos a instancia de parte. Labor que solo culminará con las consiguientes evaluaciones y ajustes normativos autonómicos<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Disposición adicional segunda del Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León. Previsión que no parece quedar afectada por el art. 19.3 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública. El Anexo de la Ley de Castilla y León 14/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas, recoge para el ámbito de las diferentes Consejerías el listado de procedimientos en que el silencio tiene efectos desestimatorios.

<sup>37</sup> Véase el listado de procedimientos con silencio negativo, junto a su legislación reguladora, en el Anexo II de la disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificado por el art. 69 de la Ley homónima 24/2001, de 27 de diciembre.

<sup>38</sup> Comenzando por el sector servicios de acuerdo con su nuevo marco estatal básico, como establece verbigracia la disposición adicional segunda de la Ley de Cantabria 1/2010, de 27 de abril, de modificación de las Leyes del Gobierno y Administración, y de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico.

Pero si desde luego algo han dejado claro estos cambios de vigencia a la luz del mismo art. 43 LRJPC es que, al igual que sucediera en parte con el tránsito de la excepción reglamentaria a la legal, el impacto real del requisito del interés general para enervar la regla estimatoria, más allá de estas previsiones, dependerá a la postre de la voluntad del legislador estatal y autonómico por consolidar el silencio positivo<sup>39</sup>.

#### **4. LA CONTRAPARTIDA DEL RÉGIMEN AUTORIZATORIO URBANÍSTICO A PARTIR DEL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM (ART. 23 REAL DECRETO-LEY 8/2011)**

El *iter* descrito favorable a un régimen general de silencio positivo encuentra su contrapunto en el proceso opuesto experimentado por un sector clave de intervención sujeto tradicionalmente al silencio estimatorio. Los actos autorizatorios reglados para las actividades de edificación o uso del suelo y subsuelo, en efecto, han estado compartiendo el silencio positivo a partir del art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, de 17 de junio de 1955, tanto en las licencias de parcelación, de construcción de inmuebles o modificación de su estructura, con la previa exigencia de denuncia de mora, como para las obras e instalaciones menores.

Aunque excede del propósito del presente trabajo cualquier análisis en profundidad del problema de las licencias urbanísticas ganadas por silencio positivo, estudiado fecundamente por la doctrina<sup>40</sup>, sirva a modo de recordatorio que la legislación urbanística, puesta en valor por una

---

<sup>39</sup> Uno de los controvertidos ámbitos donde parece va a regir el silencio negativo, como excepción al régimen general en atención a «razones imperiosas de interés general», es el regulado por el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2012. Y no solo para las solicitudes de información que no sean contestadas en plazo (un mes, ampliable por otro mes) por la entidad u órgano requerido (art. 17.4), sino también para las reclamaciones que se interpongan contra las resoluciones expresas o presuntas sobre acceso a la información pública ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (tras el plazo de tres meses sin notificación de resolución expresa, según el art. 21.4), como Organismo competente –sin perjuicio de los posibles órganos independientes autonómicos– para conocer de las impugnaciones potestativas previas a la vía contencioso-administrativa, sustitutivas de los recursos administrativos *ex art. 107.2 LRJPC* –pues dichas resoluciones ponen fin a la vía administrativa–. Algo que, a juicio de la Coalición pro Acceso para la adopción y mejora de esta regulación conforme a los estándares internacionales (plataforma constituida en octubre de 2006 e integrada por más de cincuenta organizaciones e individuos de la sociedad civil), puede suponer el doble silencio negativo que para el recurso de alzada contra las desestimaciones presuntas excluye el art. 43.1 *in fine* LRJPC, teniendo en cuenta además que en España, de media según revelan los informes, más del cincuenta por ciento de las solicitudes quedan sin respuesta (<http://www.proacceso.org/about-2/>). En cuanto a las deficiencias detectadas también por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), pueden ser consultadas en la dirección electrónica: <http://www.osce.org/es/fom/91312>

<sup>40</sup> Entre los últimos trabajos relativos al difícil equilibrio entre legalidad y protección del ciudadano ante la inactividad administrativa, se encuentran los de SANZ RUBIALES, I., «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», *Revista de Administración Pública*, núm. 171, septiembre/diciembre, 2006, págs. 181 a 214; BERMÚDEZ PALOMAR, V., «El silencio administrativo *contra legem* y las licencias urbanísticas en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, 2008, págs. 225 a 235; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, págs. 275 a 292; NETTEL BARRERA, A. C., «El silencio positivo *contra legem* en el Derecho urbanístico, punto crítico

jurisprudencia restrictiva [STS de 28 de enero de 2009 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 45/2007)<sup>41</sup>, cuya doctrina legal es confirmada por las SSTS de 28 de abril (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 3435/2005) y 7 de julio del mismo año (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 1190/2005)], han reconocido la singularidad de las licencias urbanísticas como único ámbito en que la Administración puede eludir el silencio positivo sin la carga de desvirtuarlo a través del procedimiento legalmente establecido, como es el proceso de lesividad del art. 103 LRJPC, o de revisión de oficio del art. 102 LRJPC por aplicación del art. 62.1.f) LRJPC, al enumerar como un supuesto más de nulidad radical «los actos expesos o *presuntos* contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición». Es decir, frente a lo que constituye la regla general –incluso para los instrumentos de planeamiento de iniciativa pública, a pesar de su naturaleza normativa<sup>42</sup>–, en atención a la asimilación del silencio positivo a un acto expeso favorable, las licencias urbanísticas presuntas que incurran en ilegalidad pueden ser ignoradas o revocadas libremente a

---

de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 248, marzo 2009, págs. 151 a 194; CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A., «La regla de la no adquisición por silencio de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, septiembre 2009, págs. 11 a 56; y FONSECA FERRANDIS, F., «El silencio administrativo y las licencias de obras y actividades; incidencia de la legislación sobre libre acceso a las actividades y servicios», en PAREJO ALFONSO, L. (dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, op. cit., págs. 325 a 390.

<sup>41</sup> Esta conocida y controvertida Sentencia, estimatoria de un recurso de casación en interés de la ley, mantiene la continuidad de la doctrina jurisprudencial, frente a anteriores pronunciamientos divergentes de Tribunales Superiores de Justicia, incluido el fallo casado, reconociendo la compatibilidad del renovado régimen general del silencio con el especial urbanístico en lo que atañe a la imposibilidad de surgimiento de facultades o derechos *contra legem*, en cuanto singularidad de las licencias de obras incardinable en la excepción al silencio positivo del art. 43 LRJPC. Véanse, junto al resto de trabajos citados, RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «Silencio administrativo y urbanismo: imposibilidad de adquirir licencias urbanísticas “contra legem” (Comentario a la STS de 28 de enero de 2009)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, agosto/septiembre 2009, págs. 49 a 59; CANTÓ LÓPEZ, M. T., «La inaplicación del silencio positivo como vía para la obtención de licencias urbanísticas *contra legem* (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, págs. 449 a 478; DE BENITO LANGA, J., «Silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas: Sentencia de 28 de enero de 2009 del Tribunal Supremo que fija doctrina legal», *La Administración Práctica. Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 5, 2009, págs. 473 a 476; y AGUILLAUME, G., «*Post scriptum* al trabajo sobre el silencio administrativo en las licencias urbanísticas: reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, septiembre 2009, págs. 57 a 63.

<sup>42</sup> Corrigiendo en esta ocasión una jurisprudencia anterior, pues «a diferencia de lo que sucede en materia de solicitudes de licencias [...], no existe [en la actualidad] una norma de rango legal aplicable al caso que impida el efecto del silencio positivo en la aprobación de la mencionada modificación del planeamiento en el caso de que resultase contraria a la legislación urbanística» (FJ 7.º de la STS de 27 de abril de 2009 [Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 11342/2004]). Siempre y cuando se trate de planes promovidos por la Administración, y no por particulares, pues en este último caso no es aplicable el silencio positivo en virtud del art. 43.1 LRJPC, que exceptúa de esta regla a aquellos procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al servicio público; según han puesto de manifiesto, en la línea del art. 11.5 y 6 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, las SSTS de 17 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 1473/2006), y 19 de abril (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 1889/2007) y 16 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 4542/2007). Por todos, LÓPEZ RAMÓN, F., «Aprobación de los planes de urbanismo por silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 82, enero/abril 1977, págs. 177 a 210; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «La operatividad del silencio administrativo positivo...», op. cit., págs. 285 y ss.; QUINTANA LÓPEZ, T., «Silencio administrativo: planeamiento y licencias urbanísticas», en su obra colectiva *Silencio administrativo. Estudio general...*, op. cit., págs. 687 a 720; y DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ, M., «El silencio administrativo en las licencias de obras. Inaplicación del silencio positivo *contra legem*», en *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, op. cit., págs. 1878 y ss.

través de una resolución expresa ulterior (inexistencia de acto presunto<sup>43</sup> o silencio negativo<sup>44</sup>), sin que ello contradiga el régimen general del silencio, merced a la tradicional salvaguarda recogida como principio general en la normativa urbanística de que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico: desde los arts. 178.3 y 242.6 de los Textos Refundidos de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976 y 26 de junio de 1992, respectivamente, a los vigentes enunciados de la legislación urbanística autonómica y del art. 8.1.b) *in fine* del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008, según el cual, «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística».

No se trata pues ya solo de la depuración de los vicios en las estimaciones presuntas, de manera que no se consigan por esta vía facultades distintas a las que se obtendrían por resolución expresa, sino de un excepcional tratamiento del silencio *contra legem* en el régimen autorizatorio urbanístico. Lo cual, más allá de contrarrestar por motivos de legalidad el silencio positivo reconocido por la práctica totalidad de los legisladores autonómicos<sup>45</sup>, ha terminado abocando en la regla del silencio negativo para las licencias urbanísticas más relevantes<sup>46</sup>, una vez excluido para estos usos del suelo el control *ex post*, en los términos plenos y básicos del art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio<sup>47</sup>. Privándose finalmente a esta técnica de la posibilidad de otorgar facultades de extraordinaria relevancia sobre el territorio, bajo la misma justificación desde la que se venía garantizando aquella cláusula precautoria de ilegalidad; todo ello a la luz de

---

<sup>43</sup> Cfr. STS de 12 de diciembre de 2001 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 7271/1997), FJ 3.º

<sup>44</sup> Una suerte de «silencio *secundum legem*» (BAÑO LEÓN, J. M.ª, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 358 y ss.) o «silencio mutante dependiendo de la conformidad o no del acto con la normativa urbanística» (MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., «Silencio “contra legem” en materia de licencias urbanísticas. Una vuelta de tuerca a la doctrina legal del Tribunal Supremo a propósito del proceso de modernización de las Administraciones», en *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, *op. cit.*, págs. 1743 y 1750).

<sup>45</sup> Fruto de su competencia exclusiva sobre «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (art. 148.1.3.ª Constitución y Estatutos de Autonomía).

<sup>46</sup> Contrariamente al Derecho francés, por cierto, en un contexto de simplificación de su régimen jurídico pero sin merma de la seguridad. Cfr. MAUGÜÉ, Ch. y CRÉPEY, E., «La réforme des autorisations d’urbanisme», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, mayo/junio 2007, págs. 542 y ss.

<sup>47</sup> Según reconocía FERNÁNDEZ TORRES, J. R. («La operatividad del silencio administrativo positivo...», *op. cit.*, pág. 290), «es comprensible, e incluso lógico que, en este contexto de incertidumbre permanente, se eleven voces que postulen, en un ejercicio de claro pragmatismo, el establecimiento como regla general del silencio administrativo negativo [...]». En el mismo sentido, BAÑO LEÓN, J. M.ª, *Derecho urbanístico común*, *op. cit.*, pág. 365; y JIMÉNEZ BLANCO, A., «Silencio administrativo y justicia civil: todo puede empeorar», en *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, *op. cit.*, pág. 2550. Por otra parte, es suficientemente ilustrativo el título del trabajo de MARTÍN VALDIVIA, S. M.ª: «Réquiem por las licencias adquiridas por acto presunto (la “realidad” del legislador: nunca estuvo por el silencio positivo)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 24, 2011-2, págs. 85 a 96. Aparte de otras críticas relativas a la pertinencia del cauce del Real Decreto-ley y al giro a favor del silencio negativo en un contexto –antaño y hogaño– opuesto, este último autor cuestiona la discutida competencia del Estado para regular de forma tan minuciosa aspectos de naturaleza estrictamente urbanística, lo que lleva a calificarlo, bajo el prisma de la doctrina constitucional, de apuesta «muy arriesgada, rayana en lo inconstitucional» a partir de la coartada competencial del art. 149.1.1.ª y 18.ª de la Constitución.

la Exposición de Motivos de una norma paradójicamente de efectos contrarios para el silencio de numerosos procedimientos.

#### **IV. LA EFICACIA DEL SILENCIO Y CÓMO SE HA LLEVADO HASTA LAS ÚLTIMAS CONSECUENCIAS LA LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DEL SILENCIO NEGATIVO A SIMPLE FICCIÓN PARA RECURRIR**

##### **1. CONSECUENCIA *EX LEGE*: DESVINCULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EXPRESA TARDÍA AL SENTIDO DESESTIMATORIO DEL SILENCIO**

Junto a la supresión de la certificación de actos presuntos, sin perjuicio de su posible acreditación o prueba, la principal novedad introducida en el capítulo de la eficacia por la reforma de 1999 fue la diferente naturaleza atribuida al silencio positivo y negativo, recuperando el planteamiento tradicional: mientras el primero tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo presunto que pone fin al procedimiento, el segundo se concibe como una suerte de ficción legal para permitir al interesado acceder al recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

Estos distintos efectos del silencio, junto a la desaparición del régimen de la certificación, permitió al legislador de 1999 solventar la vidriosa cuestión de las resoluciones expresas tardías, derivadas de la subsistencia de la obligación de dictar y notificar resolución expresa: si en los supuestos de silencio estimatorio solo puede dictarse resolución expresa extemporánea cuando sea confirmatoria de aquél, por cuanto, al existir un acto presunto favorable, únicamente cabe su revisión por los procedimientos y requisitos tasados de la LRJPC; en el silencio desestimatorio es posible el dictado de cualquier resolución expresa ulterior, pudiéndose evitar el pleito si finalmente se da la razón al ciudadano<sup>48</sup>, toda vez que no se reconoce en puridad ningún acto silente sino una ficción a efectos procesales<sup>49</sup>. Un avance sin duda respecto de la precedente regulación, pues, por una parte, ésta permitía resoluciones expresas tardías contrarias al sentido del silencio entre el momento de su producción y la emisión de la preceptiva certificación o el transcurso del plazo para emitirla, y, por otra parte, no contemplaba la posibilidad de tales resoluciones intempestivas una vez expedida la certificación o cumplido dicho plazo sino a través de las vías de revisión reguladas en la LRJPC.

---

<sup>48</sup> Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero.

<sup>49</sup> Sobre la inaplicación de este régimen al campo hipotecario, donde toda decisión gubernativa tardía se considera *per se* inválida, en los términos de la STS de 3 de enero de 2011 (Sala Primera, Sección Primera, Rec. 2140/2006), JIMÉNEZ BLANCO, A., «Silencio administrativo y justicia civil...», *op. cit.*, págs. 2539 y ss.

Y es llegados a este punto cuando procede preguntarse por todas las consecuencias de la consideración ficticia y procesal del silencio negativo, que hoy reconoce *expressis verbis* el art. 43.2 LRJPC: ¿ha de anudarse exclusivamente al renovado régimen de las resoluciones expresas? o ¿tal reconocimiento legal ha de encontrar otras manifestaciones favorables para el interesado, en orden por ejemplo a la temporaneidad sin límite de su impugnación?

Si la respuesta hubiera de atenerse al sistema positivo, parece que dichos efectos procesales habrían de encontrar su único desarrollo en el problema del cumplimiento tardío de la obligación de contestar. Lo que parece corroborar la *voluntas legislatoris* al enlazar el Preámbulo de la Ley 4/1999 ambos aspectos. Cuando, además, el régimen de cómputo de plazos impugnatorios se sigue manteniendo para el silencio negativo tras su actual configuración, lo que alejaría cualquier deriva en este sentido (adecuación del art. 44.5 por el art. 48.4 LRJPC).

Con todo, era de esperar, como se verá en las páginas subsecuentes, que la aplicación judicial y la doctrina no pasaran por alto esta inexistencia del acto presunto negativo, hoy positivizada, para dar refrendo legal a la vieja aspiración –normativa y jurisprudencial– de mitigar o negar los efectos del acto consentido en el silencio, junto a otras interpretaciones vinculadas, con la consiguiente merma de efectos a partir de su naturaleza ficticia.

## 2. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

### A. CUESTIONAMIENTO DE LA DOCTRINA DEL ACTO CONSENTIDO

#### a) Supuestos cualificados

**a') *Dies a quo* indefinidamente abierto para recurrir el silencio negativo como consecuencia del incumplimiento de la comunicación previa del art. 42.4 LRJPC**

Otra previsión sobresaliente a fin de dotar de certidumbre a las relaciones jurídico-administrativas, una vez desaparecida la certificación como requisito de eficacia del silencio –que no solo distorsionaba el régimen de las resoluciones expresas tardías sino también el cómputo de los plazos impugnatorios<sup>50</sup>–, es la obligación administrativa de publicar y mantener actualizados los distintos procedimientos, e incluso de informar particularmente a los interesados tanto del

---

<sup>50</sup> En la medida en que el *dies a quo* de dichos plazos se vinculaba a la recepción de la certificación o expiración de su plazo de emisión, en cuanto requisito de eficacia del silencio, sin que se previera fecha límite para la solicitud de tal certificación, con lo que el cómputo podía iniciarse en momentos temporales muy alejados a la fecha de producción del silencio.

plazo de resolución expresa y notificación como de los efectos que, en su caso, pueda producir el silencio, con indicación asimismo de la fecha de recepción de la solicitud por parte del órgano competente, en cuanto fecha que inicia el cómputo del plazo en los expedientes incoados a instancia de parte<sup>51</sup>.

Aparte pues de la genérica publicación y actualización, recogidas igualmente pero con carácter potestativo en la originaria redacción de la LRJPC<sup>52</sup>, la comunicación previa del actual art. 42.4 LRJPC se erige en corolario de la propia concepción del silencio como técnica de garantía del ciudadano, sencilla y accesible al mismo<sup>53</sup>. Información que, en aras de su efectividad y uniformidad, cuenta ya con un desarrollo reglamentario adaptado a la Administración electrónica<sup>54</sup> e imperativos liberalizadores de la Directiva de Servicios: el Real Decreto 137/2010, de 12 de febrero, tras una primera regulación por la Orden de 14 de abril de 1999.

Pero la relevancia real de la comunicación va más allá, pudiéndose considerar la «notificación» anticipada del silencio, en cuanto garantía previa para que puedan empezar a correr los plazos de impugnación del mismo en perjuicio de los interesados, o pueda llevarse a cabo la ejecución de resoluciones sancionadoras como consecuencia del agotamiento de la vía administrativa tras el silencio negativo de su recurso de alzada. Es cierto que el silencio desestimatorio otorga la posibilidad de recurrir, pero no lo es menos que a partir de él se activan los plazos perentorios para interponer los recursos, a modo de vertiente menos favorable dentro de una técnica beneficiosa para los interesados. Y, al igual que la notificación/publicación de los actos expresos es requisito de eficacia para el cómputo de los plazos impugnatorios, la comunicación previa no es sino la «notificación» de la posible inactividad a la que debe ir ligada cuando menos dicho cómputo, a riesgo de que no se aplique la doctrina del acto consentido al silencio, tal y como no es aplicable a los actos expresos sin notificación o en notificaciones defectuosas.

---

<sup>51</sup> Toda esta información individualizada debe hacerse llegar a los interesados a través de su inclusión en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, si es que se trata de tales procedimientos, o en comunicación *ad hoc* dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente.

<sup>52</sup> En una etapa de «balcanización» procedimental fruto de la deslegalización de aspectos tan fundamentales como el plazo máximo de resolución y el sentido del silencio.

<sup>53</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «La actividad de la Administración», *op. cit.*, págs. 168 y 169. Ya con anterioridad al régimen resultante de la reforma del 99, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. advertía de la necesidad de llevar a cabo notificaciones al interesado con especificación de la fecha en que su solicitud hubiese tenido entrada en el registro del órgano administrativo competente (*El silencio administrativo en la nueva Ley...*, *op. cit.*, pág. 48).

<sup>54</sup> Art. 30.3.d) del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente para el ámbito estatal la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

Por ello, justamente, con independencia de la generalización de esta excepción al acto consentido incluso para los supuestos de observancia del deber de comunicación, la STS de 23 de enero de 2004 (Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 30/2003) ha concluido con acierto que, en tanto las Administraciones públicas no cumplan con el deber de información previsto en el segundo párrafo del art. 42.4 LRJPC, los plazos para la interposición de los recursos no empezarán a correr<sup>55</sup>. Rechazándose así en el caso de autos, por no haber tenido lugar tal comunicación, la causa de inadmisión de extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo alegada por la Administración, a pesar de haber transcurrido el plazo de 6 meses del art. 46.1 LJCA tras la desestimación por silencio del recurso administrativo de reposición<sup>56</sup>.

Argumentación apoyada en la ficción del silencio negativo que ha traído a colación también la jurisprudencia constitucional, desde el momento en que, a la hora de indagar el sentido del art. 46.1 LJCA, el incumplimiento del deber de información ahora estudiado, más allá de la inobservancia del deber de resolución expresa, «sin duda puede ser tenido en cuenta en una interpretación *secundum Constitutionem* de aquel precepto legal» (SSTC 14/2006, de 16 de enero, FJ 4.º; 175/2006, de 5 de junio, FJ 3.º; 239/2007, de 10 de diciembre, FJ 2.º)<sup>57</sup>.

**b') No aplicación del art. 28 LJCA a los actos confirmatorios de un silencio negativo no recurrido. Temporaneidad de las resoluciones expresas ulteriores**

Desde los mismos argumentos con los que se ha refutado el consentimiento del silencio negativo con su consiguiente admisibilidad impugnatoria *ex tempore*, el Tribunal Constitucional ha venido amparando a aquellos recurrentes que, con base en el art. 28 LJCA –trasunto del acto consentido–, han visto inadmitidos sus recursos contencioso-administrativos por tener por objeto actos confirmatorios de previas desestimaciones presuntas no recurridas en plazo. Es decir, como

---

<sup>55</sup> En el mismo sentido, la STS de 4 de abril de 2005 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 7390/2002).

<sup>56</sup> Comentan este fallo, PÉREZ ANDRÉS, E. M.ª, «Una Sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, mayo/agosto 2004, págs. 201 a 210; y BURLADA ECHEVESTE, J. L. y BURLADA ECHEVESTE, I. M.ª, «La inexistencia de plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo tras la Ley 4/1999, de 13 de enero», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, mayo/agosto 2005, págs. 353 a 377.

<sup>57</sup> Véanse NIETO GARRIDO, E., «Silencio administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A propósito de las SSTC 14/2006, de 16 de enero, y 39/2006, de 13 de febrero», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo/agosto 2006, págs. 191 a 200; BURLADA ECHEVESTE, J. L., «Silencio administrativo negativo y plazo para interponer recurso contencioso-administrativo: la nueva doctrina del Tribunal Supremo y primeras voces discordantes en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa*, núm. 35, abril 2007, págs. 5 a 42; y CANO CAMPOS, T., «El plazo para recurrir el silencio negativo de la Administración: de una normativa contradictoria a una jurisprudencia confusa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139, julio/septiembre 2008, págs. 402 y ss.

quiera que el silencio negativo no se considera sujeto a los plazos de caducidad de las acciones impugnatorias, por las razones generales que seguidamente se verán, tampoco puede esgrimirse como causa de inadmisibilidad de un recurso contencioso contra un acto expreso o presunto, ulterior a un silencio negativo no recurrido en tiempo y forma, su inimpugnabilidad por el hecho de ser confirmatorio de ese silencio consentido y firme.

Así, aunque el art. 28 LJCA ha sido declarado conforme al art. 24.1 de la Constitución (STC 126/1984, de 26 de diciembre, respecto del anterior art. 40.a) LJCA de 1956), cerrando por seguridad jurídica el acceso a la jurisdicción de aquellos actos «que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma» –categorías por cierto de difícil deslinde–, sí se considera vulnerado dicho derecho fundamental cuando la inadmisibilidad trae causa de un silencio negativo supuestamente consentido, que es posteriormente reproducido por el acto –expreso o presunto– objeto de recurso. En el contexto además de una jurisprudencia cada vez más restrictiva ante cualquier «posibilidad razonable de indefensión» derivada del incumplimiento de los requisitos del acto reproductorio o confirmatorio: acto inicial consentido, no viciado de nulidad absoluta y debidamente notificado; y triple identidad subjetiva, material y de *causa petendi* entre la secuencia de actuaciones administrativas<sup>58</sup>.

Es el mismo problema por tanto de la impugnación del silencio desestimatorio, que lleva a mantener de forma indefinida su posibilidad de recurso, el que ha permitido otorgar el amparo en las SSTC 39/2006, de 13 de febrero, y 239/2007, de 10 de diciembre. De ahí que se rechace en una y otra la inadmisión del recurso contencioso interpuesto en plazo contra la desestimación presunta de una solicitud, aun habiendo estado precedida del mismo intento infructuoso sin que se llegaran a impugnar los anteriores silencios<sup>59</sup>.

Una conclusión, con consecuencias de nulidad para las Sentencias de inadmisión impugnadas, que debe ser extensiva *a fortiori* a las resoluciones expresas tardías por las que se

---

<sup>58</sup> «[...] La jurisprudencia considera que cuando existe una posibilidad razonable de indefensión no es aplicable la excepción de inadmisibilidad del recurso fundada en tener por objeto un acto confirmatorio de otro consentido y firme» (STS de 22 de septiembre de 1997 [Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 9113/1991], FJ 3.º). Sobre esta casuística jurisprudencial, por todos, VILLAR PALASÍ, J. L., «La doctrina del acto confirmatorio», *Revista de Administración Pública*, núm. 8, mayo/agosto 1952, págs. 11 a 66; y VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., «Art. 28», en AAVV, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, octubre/diciembre 1998, págs. 276 a 293.

<sup>59</sup> Sin perjuicio de que en la primera no se contara en cualquier caso con la certificación del primitivo silencio, a la que el régimen precedente ligaba el nacimiento del plazo para formular el recurso, y en la segunda concurriera el incumplimiento del deber de comunicación previa del art. 42.4 LRJPC.

ratifique un silencio negativo no recurrido<sup>60</sup>, en atención a su esencia vicaria<sup>61</sup>, en la medida en que, sin dejar el procedimiento, tampoco puedan ser consideradas confirmatorias de actos consentidos *ex art. 28 LJCA* (actividad no susceptible de recurso), o extemporánea su impugnación *ex arts. 51.d) o 69.e) LJCA*. De manera que la resolución expresa tardía reabre en todo caso un nuevo plazo de impugnación contenciosa, una vez agotado el plazo contra el silencio negativo, dada su condición de facultad y no de carga cuyo incumplimiento deriva en perjuicios. Lo cual, junto a la superación de la pérdida de competencia administrativa para resolver expresamente, supuso la primera corrección jurisprudencial derivada de los efectos estrictamente procesales del silencio negativo<sup>62</sup>.

## **b) Epítome argumental en torno a la inaplicación general de los plazos preclusivos al silencio negativo**

Pocos problemas jurídicos han suscitado un cuerpo de doctrina tan sólido como el rechazo con carácter general a la inadmisibilidad impugnatoria del silencio negativo por caducidad de la acción, en contraposición a la literalidad de unos preceptos que siguen vinculando los recursos del silencio a su interposición en plazo<sup>63</sup>. Por lo que han sido diversos los argumentos en favor de la impugnabilidad extemporánea del silencio desestimatorio, pero también las vías esgrimidas para compatibilizar con el sistema positivo tal excepción al acto inatacable, sobre todo tras la reforma del silencio de 1999, cuando no hay mera aquiescencia a la aplicación de los plazos de la Ley<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> De haber sido recurrido, entraría en juego la ampliación del recurso a la resolución expresa (art. 36.4 LJCA).

<sup>61</sup> Que confiere al administrado la opción de entender desestimada por silencio su solicitud o recurso, o bien esperar a la resolución expresa. Pues el silencio «no es sino el remedio contra el fracaso del cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver» (FJ 3.º de la STS de 16 de septiembre de 2008 [Sala Tercera, Sección Séptima, Rec. 10078/2004]). Así, según la STS de 22 de marzo de 1997 (Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 2961/1992), «no sería razonable ni coherente cerrarle el acceso a la vía jurisdiccional en los casos de resoluciones tardías de la Administración siempre que el recurso contencioso-administrativo se hubiese interpuesto dentro del plazo legalmente previsto a contar desde la notificación de la resolución expresa [...]» (FJ 1.º).

<sup>62</sup> Las primeras SSTs de esta línea jurisprudencial, fechadas en la década de los sesenta del pasado siglo, son glosadas por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre silencio administrativo y recurso contencioso», *op. cit.*; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *Revista de Administración Pública*, núm. 53, mayo/agosto 1967, págs. 277 a 302.

<sup>63</sup> En la actualidad, tres meses para los recursos administrativos de alzada y reposición *ex arts. 115.1 y 117.1 LRJPC*, respectivamente; seis meses en el caso del recurso contencioso-administrativo del art. 46.1 LJCA; y un mes a partir del vencimiento del año desde que se interponga la reclamación, para el recurso de alzada ordinario de la vía económico-administrativa, conforme a los arts. 140.1 y 141.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Dentro de la casuística jurisprudencia centrada por lo general en la sede contencioso-administrativa, la misma doctrina se ha reproducido también respecto al plazo del silencio negativo en el recurso de alzada (STS de 15 de noviembre de 2010 [Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 1332/2009]), y en la vía económico-administrativa (STS de 6 de junio de 2011 [Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 1538/2008]).

<sup>64</sup> Un muestrario de las distintas posiciones doctrinales puede encontrarse en CANO CAMPOS, T., «El plazo para recurrir el silencio negativo...», *op. cit.*, págs. 379 a 418; y FERNÁNDEZ-ESPINAR, L. C., «Silencio administrativo e impugnación judicial», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general...*, *op. cit.*, págs. 410 y ss.

La principal tesis sobre la que ha basculado la Justicia constitucional<sup>65</sup> y ordinaria<sup>66</sup>, de consuno con la mejor doctrina<sup>67</sup>, ha sido la consideración del silencio negativo como *fictio iuris* para abrir la garantía jurisdiccional al interesado, superando la pasividad paralizante de la Administración. De suerte que no pueden tener los mismos efectos la desestimación presunta y la resolución expresa, a excepción naturalmente de la posibilidad –que no obligación– de recurrir, sin que pueda deducirse de su falta de impugnación en plazo, por consiguiente, el consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido<sup>68</sup>.

Teniendo en cuenta que dicha denegación de la naturaleza de acto, con la que se lleva al traste cualquier intento de hurtar al administrado un pronunciamiento sobre el fondo, viene siendo reiterada desde hace décadas<sup>69</sup>, el valor añadido que presenta la actual etapa resultante de la reforma del 99, en antagonismo con la primera redacción de la LRJPC, es el reconocimiento expreso en la misma de este carácter procesal del silencio negativo.

Un paso normativo que ha llevado a la intensificación de las explicaciones *de lege data*, basadas hasta entonces en la exigencia de llevar a cabo una interpretación legal que no fuese irrazonable, rigorista o desproporcionada<sup>70</sup>. Afirmándose, en cuanto al plazo para impugnar el silencio en vía contencioso-administrativa, la derogación del art. 46.1 LJCA por la Ley 4/1999,

---

<sup>65</sup> Cuya jurisprudencia aparece ordenada en la STC 14/2006, de 16 de enero (FJ 2.º), y sintetizada en la STC 39/2006, de 13 de febrero (FJ 2.º). Véase, asimismo, AGUILAR ROS, R. y FERNÁNDEZ POLANCO, S., «El plazo para recurrir el silencio administrativo negativo en la doctrina constitucional», en PEÑA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Libro Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 37 a 54.

<sup>66</sup> Sin perjuicio de que algunas Sentencias «han encarecido la necesidad de la observancia de un plazo, por así exigirlo el principio de seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 de la Constitución [...], recordando [...] que, en aras del interés público y de los propios administrados, los actos de la Administración no pueden permanecer indefinidamente sin adquirir firmeza» (SSTS de 26 de abril de 2001 [Sala Tercera, Sección Séptima, Rec. 1229/1996], FJ 4.º, y 14 de octubre de 2003 [Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 2008/2000], FJ 2.º). Sobre esta discontinua jurisprudencia contencioso-administrativa, FERNÁNDEZ-ESPINAR, L. C., «Silencio administrativo e impugnación judicial», *op. cit.*, págs. 437 y ss.

<sup>67</sup> Que se remonta a los trabajos clásicos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre silencio administrativo y recurso contencioso», *op. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho procesal administrativo*, CEPC, Madrid, 1966, vol. II, págs. 473 y ss.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *op. cit.*, págs. 282 y ss.

<sup>68</sup> Argumentación que, por cierto, podría quedar enervada a partir del certificado acreditativo del silencio, a la luz de la STS de 15 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 1332/2009). Lo que guardaría relación con la subordinación del inicio del cómputo de los plazos a la actividad de los particulares, corolario de la equiparación del silencio a las notificaciones defectuosas susceptibles de convalidación, con el alcance que se verá enseguida. Véanse, al respecto, FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «De nuevo, el silencio administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 105, enero/marzo 2000, pág. 102; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., «El silencio administrativo tras la reforma de 1999...» *op. cit.*, págs. 100 y ss.; y GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*, págs. 717 y ss.

<sup>69</sup> La misma Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 afirmaba que el régimen del silencio permite al interesado «el acceso, *si lo desea*, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Acudir a ella se considera como una *facultad* y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración».

<sup>70</sup> Lo que, en opinión de CANO CAMPOS, T. («El plazo para recurrir el silencio negativo...», *op. cit.*, págs. 382 y 414), «trasvasa los límites de la interpretación del Derecho para adentrarse en los de su creación», pues «en realidad, para salvar su constitucionalidad, el TC le hace decir al art. 46.1 LJCA lo que en absoluto dice [...]».

desde el momento en que dicho precepto estaba conectado a la regulación del silencio previo a la reforma<sup>71</sup>; lo que sin embargo deja fuera los plazos de los recursos administrativos regulados por la propia Ley reformada, incluido el recurso de alzada necesario para agotar la vía administrativa. O, salvando tal desajuste normativo, su exclusiva alusión al silencio positivo por referirse al «acto presunto», solo vinculado a él tras la reforma<sup>72</sup>, cuando lo cierto es que tampoco se modificaron tales términos en el caso del plazo para interponer el recurso de reposición (art. 117.1 LRJPC), con la mención exclusiva de los «actos presuntos» como objeto del recurso contencioso-administrativo en el art. 25.1 LJCA<sup>73</sup>.

Pero, sin llegar a estos planteamientos, no puede pasarse por alto la existencia de un argumento que, más allá de la ficción, avala con solidez esa interpretación contraria a la fatalidad de plazos procesales en el silencio conforme al derecho constitucional de tutela judicial efectiva, incluso para el silencio positivo respecto a sus eventuales afectados<sup>74</sup>. Se trata una vez más de un argumento presente desde las primeras Sentencias<sup>75</sup>, pero que la reforma de 1999 ha vuelto a renovar merced al deber de comunicación previa del art. 42.4 LRJPC. Y donde a mi juicio descansa el verdadero déficit del silencio para hacerse acreedor de la doctrina del acto consentido desde la perspectiva del administrado a no ver cercenado, sin pleno conocimiento de la situación jurídica, su derecho a acceder a la jurisdicción. En este sentido, adviértase que ha sido admitida a

---

<sup>71</sup> En alusión a la precursora Resolución de la Sección Quinta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de 1999, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 15.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2011, pág. 636. *In extenso*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 LJCA de 1998. Un Auto de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de noviembre de 1999 (Recurso 261/99)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 105, enero/marzo 2000, págs. 127 a 133; y SORIANO GARCÍA, J. E., «Silencio administrativo e impugnación jurisdiccional: la resurrección de un Lázaro administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 151, enero/abril 2000, págs. 281 a 286.

<sup>72</sup> SSTs de 23 de enero de 2004 [Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 30/2003], FJ 4.º, y 4 de abril de 2005 [Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 7390/2002]), FJ 5.º Analiza desde la perspectiva doctrinal esta interpretación de los datos normativos, CANO CAMPOS, T., «El plazo para recurrir el silencio negativo...», *op. cit.*, págs. 391 y ss.

<sup>73</sup> En todo caso, siempre quedaría la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación de resolución expresa, vencidos los plazos de impugnación del silencio, provocando la misma a través de la vía procesal del recurso contra la inactividad del art. 29.1 LJCA, si bien en tales casos la naturaleza de la actuación omitida no es tanto un acto jurídico como una actividad técnica, material o física. Por todos, AGUADO I CUDOLÀ, V., *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2001; MESEGUER YEBRA, J., *La inactividad de la Administración...*, *op. cit.*; MORA ESPINOZA, A. E., *El control jurisdiccional de la inactividad material de la Administración pública*, Universidad Complutense de Madrid, 2003; y GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*

<sup>74</sup> La STS de 15 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 1332/2009) afirma incluso que «una cosa es que el silencio positivo tenga a todos los efectos la consideración de acto y otra que lo sea en realidad» (FJ 4.º *in fine*). Con todo, respecto al silencio positivo, la STS de 20 de junio de 2005 [Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 3100/2003] ha mantenido la aplicabilidad del recurso contra inejecución de «actos firmes», previsto en el art. 29.2 LJCA, no solo para los actos expresos sino también presuntos.

<sup>75</sup> *Cfr.* STS de 23 de enero de 2004, FJ 3.º [Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 30/2003], con cita de las SSTC 6/1986, de 12 de febrero, 204/1987, de 21 de diciembre, y 63/1995, de 3 de abril.

trámite una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 46.1 LJCA, en lo que atañe al plazo de interposición del recurso contencioso contra el silencio<sup>76</sup>.

Como recuerda la STS de 6 de junio de 2011 (Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 1538/2008)<sup>77</sup>, a través de la Sentencia impugnada, en ningún caso el silencio negativo puede tener los mismos efectos que la resolución expresa, aparte de por su configuración ficticia, «porque la desestimación presunta de una petición, por su propia naturaleza no incorpora las menciones legales exigibles a todo acto administrativo, entre otras, la indicación de los recursos que caben contra la resolución dictada, los plazos de interposición y el órgano ante el que debe sustanciarse». Razón por la que ha sido equiparado a las notificaciones defectuosas, pues sería incoherente que estas omisiones supusieran la ineficacia de la notificación y del propio acto, y no en el caso del silencio, siendo inherentes al mismo<sup>78</sup>.

Y es en tal contexto hermenéutico donde hace su aparición la obligación de comunicación previa, la cual, aunque pueda considerarse una plausible notificación por adelantado del silencio, sigue sin satisfacer plenamente sus carencias por no incluir toda la información exigida para las notificaciones de los actos expresos. De manera que el incumplimiento de esta comunicación abocará en todo caso a la inaplicación de los plazos revisores como uno de los supuestos cualificados de excepción al acto consentido, en los términos vistos, pero en el entendido de que su emisión tampoco justificaría suficientemente tal consentimiento procesal, sin perjuicio de que, a través de la futura mejora de este instrumento de información, quede abierta una vía de solución.

---

<sup>76</sup> Providencia del Tribunal Constitucional, de 4 de julio de 2006, por la que se admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2918-2005, planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en relación con el art. 46.1, segundo inciso, de la LJCA, por posible vulneración del art. 24.1 de la Constitución (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006). De hecho, para GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «debemos situar la cuestión en el ámbito de la invalidez, máxime si se tiene en cuenta que los aludidos preceptos (arts. 46.1 de la LJCA, 115.1 de la Ley 30/1992, etc.) son todos ellos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución [...]» [«¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2003, de 27 de octubre, dictada en el recurso de amparo 1497/2000)», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero/abril 2004, págs. 166]. Según el Voto Particular a la STC 14/2006, de 16 de enero, suscrito por los Magistrados V. Conde Martín de Hijas y E. Pérez Vera, «si la ratio de la vulneración del art. 24.1 CE es la que se indica [...], debiera haber llevado a nuestra Sentencia a considerar inconstitucional dicho precepto [el art. 46.1 LJCA], con el correspondiente planteamiento de la autocuestión, conforme con lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC».

<sup>77</sup> FALCÓN y TELLA, R., «El silencio negativo como ficción a efectos procesales (STS 6 de junio 2011): la posibilidad de recurrir en cualquier momento», *Quincena fiscal*, núm. 21, 2011, págs. 7 a 11.

<sup>78</sup> Recuérdese que la notificación defectuosa no hace correr el plazo para la impugnación del acto, cuya eficacia ha quedado demorada a su cumplimiento formal, siendo convalidable cuando el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto o bien interponga cualquier recurso procedente, pero no por el simple transcurso de un plazo como admitía la Ley de Procedimiento de 1958 (art. 58 LRJPC).

Finalmente, en la línea de completar la panoplia de fundamentos que, trabados entre sí, abonan la argumentación, se ha insistido en que la Administración no puede beneficiarse de su propia torpeza, conforme al consabido principio general, máxime en un instrumento favorable para los interesados<sup>79</sup>. Todo ello bajo la regla *pro actione*, especialmente exigente respecto a la genuina manifestación del art. 24.1 de la Constitución: el primer acceso a la jurisdicción para obtener una primera respuesta<sup>80</sup>.

### **c) La conciliación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica desde la singularidad del silencio. Alcance de la atenuación del acto consentido en la teoría administrativa de nulidades**

Lo que subyace tras el problema de la eficacia en el silencio no es tanto un conflicto entre administrado y Administración<sup>81</sup> como una pugna entre tutela judicial y seguridad jurídica, en conexión esta última con los privilegios derivados de la autotutela. Haz y envés que si, por un lado, atiende al derecho del administrado a recurrir el silencio sin que la garantía judicial pueda rechazarse *ad limine* como consecuencia de la caducidad de las acciones, dadas las particulares características del silencio y la excesiva onerosidad para el mismo de la doctrina del acto consentido<sup>82</sup>, por otro, no puede desconocer la exigencia de seguridad asociada a la preclusión de los plazos procesales; teniendo en cuenta además su especial intensidad en el Derecho administrativo, tanto por su alcance a los vicios de nulidad de pleno derecho –que, frente a la Teoría General del Derecho<sup>83</sup>, exigen de reacción jurídica<sup>84</sup>– como por la brevedad y caducidad de los plazos<sup>85</sup>, en cuanto privilegio de preclusión procesal a través del principio *favor acti*.

---

<sup>79</sup> Por todas, SSTC 14/2006, de 16 de enero, y 239/2007, de 10 de diciembre. Cfr. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «La Administración no puede beneficiarse de su silencio», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 87-88, mayo/diciembre 2010, págs. 25 a 45.

<sup>80</sup> Toda vez que, si bien «el derecho a la tutela judicial se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión [...]», dicho principio «impide determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican» (SSTS de 18 de septiembre de 2007 [Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 8967/2003], FJ 3.º; y 6 de junio de 2011 [Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 1538/2008], FJ 2.º).

<sup>81</sup> «Partiendo de la base de que la Ley no obliga al ciudadano a recurrir un acto presunto y sí a la Administración a resolver de forma expresa» (STC 239/2007, de 10 de diciembre, FJ 2.º).

<sup>82</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., «Tutela judicial y no preclusividad del plazo reaccional frente al silencio administrativo negativo», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009, págs. 275 a 334.

<sup>83</sup> Donde la categoría de nulidad absoluta ha sido elaborada jurisprudencial y doctrinalmente a partir del art. 6.3 del Código Civil.

<sup>84</sup> A tenor del art. 107.1 LRJPC, los recursos de alzada y de reposición podrán fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts. 62 y 63. A diferencia por cierto de la mención a la nulidad absoluta del art. 111.2.b) LRJPC, en materia de suspensión de la ejecución por interposición de recursos administrativos.

<sup>85</sup> Ni siquiera relajados respecto a los actos favorables, expresos o presuntos, por la declaración de lesividad del art. 103 LRJPC, hoy necesariamente de iniciativa administrativa, tras la rectificación de las vías de desnaturalización del régimen de los recursos en 1999.

Aunque nuestra disciplina vincula igualmente el acto consentido (arts. 115.1 *in fine* LRJPC y 28 LJCA) a los vicios de anulabilidad, por cuanto los homogéneos plazos de los recursos aplicados a la nulidad absoluta operan en el plano de la ineficacia y no en el de la invalidez, de suerte que su vencimiento no sana la nulidad radical –como en la anulabilidad– sino que no evita la eficacia de los actos viciados<sup>86</sup>, lo cierto es que ello viene a determinar *de facto* parejos efectos que el acto consentido en cuanto inatacable en su eficacia. Máxime cuando la alternativa impugnatoria más flexible de la revisión de oficio solo resulta operativa como acción de nulidad para los supuestos del art. 102 LRJPC. Y, a diferencia de los actos expresos y presuntos positivos, el silencio negativo cuenta con una vía natural de revisión dependiente de la Administración, como es el régimen de resoluciones expresas posteriores al silencio [art. 43.3.b) LRJPC].

Ante tal diagnóstico y habida cuenta de que solo una de las partes del problema es objeto de atención por la corriente jurisprudencial y doctrinal imperante, no parece inoportuno reivindicar las bondades de la seguridad jurídica<sup>87</sup>; mermada en efecto por la negación del acto consentido en el silencio, ya que, lejos de consolidarse la situación como inatacable ante la inacción impugnatoria del interesado, se crea un estado de pendencia en perjuicio del interés general<sup>88</sup> y de todos aquellos que puedan resultar perjudicados por ella<sup>89</sup>. Téngase presente que el principio del art. 9.3 de la Constitución no es patrimonio exclusivo de la Administración, por lo que no es del todo exacta la afirmación de que ésta podría arreglar en cualquier momento la inseguridad con solo dictar resolución expresa<sup>90</sup>. Pues, de igual modo que para los supuestos de pasividad administrativa está previsto el silencio negativo en favor del administrado, para el mismo escenario cabe reclamar que no se dejen de aplicar los plazos procesales a riesgo de

---

<sup>86</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, *op. cit.*, págs. 623 y ss.

<sup>87</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994; AAVV, *Documentación Administrativa: El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, núms. 263-264, mayo/diciembre 2002; BERMEJO VERA, J., «El principio de seguridad jurídica», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 73 a 109.

<sup>88</sup> Alzaprimado por las SSTs de 26 de abril de 2001 (Sala Tercera, Sección Séptima, Rec. 1229/1996) y de 14 de octubre de 2003 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 2008/2000).

<sup>89</sup> Como advierte GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., sobre el plazo indefinido para recurrir el silencio negativo en el caso de las relaciones triangulares, «el problema se complica cuando existen dos o más interesados con posiciones contrapuestas. Un ejemplo suficientemente gráfico: en la celebración de unas oposiciones en las que el nombramiento del opositor aprobado es recurrido por el suspendido [...]» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2003..., *op. cit.*, pág. 168). Asimismo, sobre estas relaciones en conflicto, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Resoluciones tardías y conflicto de intereses privados», *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo/agosto 1972, págs. 187 a 219; LORENZO JIMÉNEZ, J. V., «Silencio administrativo en vía de recurso y terceros interesados», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 61 (I), septiembre/diciembre 2001, págs. 137 a 167; y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de procedimiento administrativo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, págs. 353 y ss.

<sup>90</sup> STS de 23 de enero de 2004 (Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 30/2003), FJ 2.º

consentimiento y firmeza, máxime en situaciones de abuso, contrarias a la buena fe, equidad, o derecho de terceros<sup>91</sup>.

Por otra parte, la doctrina del acto consentido –como las categorías implicadas en las sanciones– son en puridad ajenas a la institución del silencio, aplicándose también a los actos expresos y, sin las connotaciones de privilegio, a la anulabilidad de los actos jurídicos de la Teoría General del Derecho. De ahí que pierdan fuerza argumentaciones como su contradicción con el carácter favorable de la institución o la improcedencia de obtener beneficio de los propios errores, omisiones o infracciones.

Con todo, es tal la onerosidad que la preclusión procesal representa para el silencio, por no gozar cuando menos de todas las garantías de notificación o publicación de los actos expresos, que el propio legislador no ha dejado de ensayar fórmulas para moderar sus efectos en el mismo: la necesidad de un preaviso o denuncia de mora del interesado, que se venía exigiendo para el silencio negativo en vía de petición con anterioridad a la LRJPC<sup>92</sup>; plazos más largos de interposición de los recursos, habiéndose reducido a la mitad el plazo del año que fijaba para el recurso jurisdiccional la precedente LJCA<sup>93</sup>; la recepción de la certificación del silencio o la fecha de expiración de su plazo de emisión como inicio del cómputo de los plazos para recurrir los actos presuntos, teniendo en cuenta que no se preveía fecha tope para su petición<sup>94</sup>; y, en fin, el deber de comunicación previa del vigente art. 42.4 LRJPC. Todo lo cual, como es harto sabido, no ha impedido que los operadores sigan considerándolo insuficiente, con el consiguiente rechazo a cualquier extemporaneidad impugnatoria del silencio negativo.

Sin embargo, dado que ninguna solución ha estado mejor situada que la comunicación previa para alcanzar un equilibrio entre seguridad y protección del administrado, se impone *de lege ferenda* la mejora de dicho instrumento, con el fin de que cumpla e incluya todos los requisitos y menciones formales de la notificación, y así poder apreciarse también consentimiento procesal en el silencio en aras de la seguridad<sup>95</sup>, sin menoscabo de los administrados, a excepción de los supuestos considerados cualificados.

---

<sup>91</sup> En analogía a los límites a las facultades de revisión del art. 106 LRJPC. *Cfr.* AGUADO I CUDOLÀ, V., «El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general...*, *op. cit.*, pags. 356 y 357.

<sup>92</sup> No así para el silencio positivo con carácter general, ni para el negativo en vía de recurso, de conformidad con los arts. 94, 95 y 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

<sup>93</sup> Art. 58 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956.

<sup>94</sup> Art. 44.5 de la versión inicial de la LRJPC.

<sup>95</sup> En sentido contrario, CANO CAMPOS, T., «El plazo para recurrir el silencio negativo...», *op. cit.*, págs. 412.

Cuestión distinta, a juicio del Tribunal Constitucional, es la inclusión en la propia resolución recurrida en vía administrativa, no solo de los recursos pertinentes contra la misma, sino también de los precedentes contra la eventual desestimación presunta de los propios recursos. Lo que ha sido rechazado por la STC 220/2003, de 15 de diciembre, a la luz de la tutela judicial efectiva, «pues la citada instrucción de recursos de un acto administrativo no excusaba a la Administración de su obligación legal de resolver el recurso interpuesto [...]» (FJ 5.º *in fine*). Aunque la STC 117/2008, de 13 de octubre, sí ha reconocido, a efectos del inicio del cómputo del plazo, la información de los recursos realizada en la misma certificación del silencio negativo, como complemento a la comunicación previa del art. 42.4 LRJPC.

#### **B. NEGACIÓN DE LA FIRMEZA, EJECUTIVIDAD Y CÓMPUTO DEL PLAZO PRESCRIPTIVO DE LAS SANCIONES**

Excluido el silencio negativo de la doctrina del acto inatacable en atención a su carácter ficticio y preterición de garantías de notificación, surge de inmediato la cuestión de si tal silencio carece igualmente de virtualidad para agotar la vía administrativa, más allá de para determinar el recurso procedente, en orden a hacer ejecutivas las resoluciones sancionadoras, con el consiguiente inicio de su plazo de prescripción en favor del sancionado<sup>96</sup>.

Un capítulo estrechamente conectado con el trasfondo argumental del anterior, agravante de la solución contraria a la seguridad jurídica y prerrogativas de la Administración, y que hace más perentoria, si cabe, la propuesta de transacción aquí defendida. Y que se reconduce a los supuestos de silencio negativo en los recursos de alzada contra sanciones, toda vez que, de no recaer en plazo resolución expresa en el propio procedimiento sancionador, tendría lugar su caducidad *ex art.* 44.2 LRJPC, y, en caso de causar estado la resolución expresa sancionadora, se producirían sin más los efectos de los arts. 94, 111.1, 132.3 y 138.3 LRJPC.

---

<sup>96</sup> El art. 138.3 LRJPC precisa, como una de las excepciones a la ejecutividad inmediata de los actos administrativos (art. 94 LRJPC), que estas resoluciones serán ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa, lo cual supone que las sanciones carecen de ejecutividad mientras no se resuelvan los recursos de alzada dirigidos contra ellas, a modo de suspensión *ope legis* de la ejecución en vía de recurso administrativo (art. 111.1 LRJPC), no pudiéndose apreciar durante dicho período su prescripción, pues, según el art. 132.3 LRJPC, el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a contarse hasta que no adquieran firmeza las resoluciones por las que se imponen las mismas, esto es, pueda iniciarse el procedimiento de ejecución.

Pues bien, «apurando las consecuencias de la doctrina constitucional sobre el silencio administrativo negativo como mera ficción legal»<sup>97</sup>, la STC 243/2006, de 24 de julio, excluyó en recurso de amparo que la resolución objeto de un recurso de alzada pueda alcanzar firmeza hasta que no se desestime éste expresa y totalmente, desvinculando la desestimación presunta del mismo con la firmeza de las sanciones, presupuesto para su ejecutividad (FJ 5.º).

Y, consecuente de igual modo con el planteamiento del acto consentido<sup>98</sup>, la STS de 22 de septiembre de 2008 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 69/2005) estableció como doctrina legal que «interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción». Interpretación vinculante de las reglas del cómputo de los plazos de prescripción de las sanciones<sup>99</sup>, de la que pueden derivarse consecuencias indeseables –según reconocía la propia Sentencia estimatoria del recurso en casación en interés de la ley (FJ 5.º)– en unión a la doctrina de prescripción de las infracciones establecida por la STS de 15 de diciembre de 2004 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 97/2002), según la cual, «el límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso», por lo que no cabe apreciar la prescripción de la infracción por la demora de la Administración en la resolución del recurso de alzada<sup>100</sup>.

Lo cierto, sin embargo, es que sendas interpretaciones judiciales del art. 132 LRJPC, determinantes del riesgo de «pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni de la sanción»<sup>101</sup>, han sido declaradas conformes con la Norma Fundamental por la STC

---

<sup>97</sup> ALONSO MAS, M.ª J., «Recursos administrativos contra sanciones administrativas», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 950.

<sup>98</sup> No en vano vuelve a incidirse en los únicos efectos del silencio negativo de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

<sup>99</sup> COBO OLVERA, T., «El día inicial del cómputo del plazo de prescripción de las sanciones y el silencio administrativo. STS de 22 de septiembre de 2008», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6, 2009, págs. 895 a 904.

<sup>100</sup> Respecto a la precursora jurisprudencia en la materia, FERNANDO PABLO, M., «Un resto prebeccariano en la ordenación de las sanciones administrativas: sobre la prescripción de las infracciones sancionadas y recurridas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, octubre/diciembre 2004, págs. 553 a 572. Y sobre esta controvertida STS de 15 de diciembre de 2004, BRIONES, J., «¿Puede la Administración impunemente utilizar el silencio y el tiempo en el trámite del recurso contra las sanciones administrativas?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 133, enero/marzo 2007, págs. 177 a 189; y AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «La Administración no puede beneficiarse de su silencio», *op. cit.*, págs. 38 y ss.

<sup>101</sup> STS de 2 de septiembre de 2008, FJ 5.º

37/2012, de 19 de marzo, si bien con la formulación de cuatro Votos particulares en aras del principio de seguridad<sup>102</sup>.

Y aunque la STS de 22 de septiembre de 2008 apunta la posibilidad de reconsiderar su doctrina de 2004 sobre la prescripción de la infracción, precaución que es resaltada por el Tribunal Constitucional, la solución en mi criterio pasa mejor por la enmienda de la tesis de la sanción, una vez reforzado legislativamente el silencio en los términos propuestos, lo que lograría corregir a la vez la desvirtuación de las otras categorías implicadas de la firmeza y ejecutividad de la sanción.

## **V. CONCLUSIÓN: ¿JAQUE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO?**

El silencio negativo viene experimentando en los últimos tiempos el hostigamiento de determinados procesos que, desde una mayor o menor autonomía, han dejado su impronta sobre cada uno de los pilares de esta técnica, controvertida e inestable *per se* pero abocada nuevamente a una reflexión: por un lado, superación de la misma premisa de la inactividad formal, al eliminarse o sustituirse numerosos procedimientos autorizatorios por comunicaciones previas o declaraciones responsables que no precisan de resolución expresa o presunta de control previo; por otro lado, generalización del sentido positivo, con la revisión procedimental derivada del último hito anudado al concepto de «razones imperiosas de interés general»; sin olvidar finalmente los no tan recientes esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales por dulcificar los efectos menos beneficiosos de la desestimación presunta, en detrimento de la teoría del acto consentido, de la propia ejecutividad pero también prescriptibilidad de las sanciones en vía de recurso de alzada, y ahora, con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de Tasas, eximiendo de las mismas a los recursos contencioso-administrativos contra el silencio negativo o inactividad material de la Administración. Movimientos que, aunque convergen en esta suerte de decadencia del silencio negativo, cuando no fagocitación de la institución, no ocultan su singularidad, respondiendo los dos primeros a una opción del legislador europeo e interno a partir de la liberalización de servicios, frente a un capítulo de eficacia cuya controversia queda de manifiesto en el aparente divorcio entre una normativa trufada de plazos perentorios y su aplicación.

---

<sup>102</sup> Analiza este importante pronunciamiento constitucional, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche contra los arts. 132 LRJPC y 81 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, con su contenido normativo dado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en interés de la ley, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, abril/junio 2012, págs. 263 a 287.

Como quiera que no hay silencio sin previo procedimiento orientado a su terminación normal o anormal por resolución expresa, el modelo transversal de servicios impulsado por la Directiva Bolkestein está eximiendo en buena medida del problema de la pasividad administrativa, a cambio de un menor grado de certidumbre en las relaciones administrativas, al redimensionar, desde postulados conocidos, la excepción de «los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa». En el bien entendido de que este aspecto de la transposición, como ocurre con el silencio positivo para las autorizaciones, presenta un mayor alcance que el de los imperativos europeos.

La profundización del sentido positivo del silencio, como segundo grado de incidencia de la Directiva de Servicios para aquellos procedimientos justificados de autorización, supone una europeización indirecta de la LRJPC, en la medida en que la exigencia del interés general para el silencio negativo ha superado aquéllos (art. 6 de la Ley «Paraguas») para extenderse a cualesquiera procedimientos a instancia de parte (modificación del art. 43 LRJPC por la Ley «Omnibus»). Lo que está obligando a revisar todos los procedimientos preexistentes (en el ámbito estatal, Anexo I del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio), una vez corregida por la Ley de Economía Sostenible la desafortunada exención derogatoria de la propia Ley «Omnibus». Cambios de criterio que, unidos al concepto jurídico indeterminado de «razones imperiosas de interés general», revelan que el impacto real de este nuevo requisito para enervar la regla estimatoria dependerá a la postre de la voluntad del legislador estatal y autonómico por consolidar el silencio positivo, al igual que sucediera en parte con el precedente tránsito de la excepción reglamentaria a la legal. Todo ello sin perjuicio del contrapunto que en este proceso representa el régimen autorizador urbanístico, donde el excepcional tratamiento del silencio estimatorio *contra legem*, ajeno a los cauces generales de revisión de oficio conforme a una jurisprudencia ratificada tras el nuevo régimen general del silencio, ha dejado paso a la regla del silencio negativo para las licencias urbanísticas más relevantes, en los términos plenos y básicos del art. 23 del citado Real Decreto-ley 8/2011.

Por otra parte, si bien con algunas fisuras, pocos problemas jurídicos han suscitado un cuerpo de doctrina tan sólido como el rechazo de los efectos del acto consentido en el silencio negativo, merced a su naturaleza de *fictio iuris* para abrir la tutela jurisdiccional –lo que viene reiterándose desde la STC 6/1986, de 21 de enero, de consuno con una primigenia doctrina, pero que la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha positivizado– y en atención a la preterición de las garantías

de notificación de los actos expesos. Así, dentro de la reiterada y casuística jurisprudencia, se ha negado la fatalidad de plazos procesales en el silencio negativo no solo en sede contencioso-administrativa, sino también para el previo recurso de alzada y vía económico-administrativa. Aunque distinta valoración pueden merecer las vías esgrimidas para compatibilizar dicha doctrina con el sistema positivo de plazos, basadas hasta la reforma del 99 en la necesidad de una interpretación legal que no fuera irrazonable, rigorista o desproporcionada, el argumento determinante del déficit del silencio para hacerse acreedor de la doctrina del acto inatacable, en aras de la tutela judicial, descansa en la equiparación de la pasividad administrativa con una notificación defectuosa, la cual no puede hacer correr en perjuicio del interesado los plazos impugnatorios. Pues es tal la onerosidad de la preclusión procesal para el silencio, por no gozar de todas las garantías de notificación o publicación de los actos expesos, que el propio legislador no ha dejado de ensayar fórmulas para atemperar sus efectos sobre el mismo: la denuncia de mora; plazos más largos de interposición; la certificación del silencio; y el deber de comunicación previa del vigente art. 42.4 LRJPC. Solución esta última que, si bien sigue sin incluir todas las menciones formales de la notificación, es la mejor situada para alcanzar un equilibrio entre protección del administrado y seguridad. Ya que ha de reconocerse que el rechazo de la inadmisibilidad impugnatoria *ex tempore* crea también en el silencio un estado de pendencia, no tanto en perjuicio de la Administración como del interés general y de todos aquellos que puedan resultar terceros afectados, más allá además de las fronteras de la institución al involucrar otras no exclusivas de las patologías del procedimiento. Imponiéndose *de lege ferenda* la perfección de este instrumento informativo, al objeto de poder apreciar consentimiento procesal sin menoscabo de los administrados, a excepción de los supuestos considerados cualificados por incumplimiento del mismo art. 42.4 LRJPC, o para las resoluciones expresas extemporáneas tras un silencio negativo no recurrido (precisamente la reapertura de un nuevo plazo de impugnación por la resolución expresa tardía, una vez agotado el del silencio negativo, supuso la primera corrección jurisprudencial derivada de los efectos estrictamente procesales del silencio negativo). Con lo que también se solventaría, por cierto, el problema de la inexecutividad e imprescriptibilidad de las sanciones impugnadas en recurso de alzada en tanto no recaiga resolución expresa.