

**Una vez producido el silencio administrativo con efecto estimatorio la Administración no puede dictar una resolución expresa tardía denegatoria, aunque considere el acto nulo; en este caso, habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio.**

*Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo, sección 5ª, de 18 de diciembre de 2015 (Roj STS 5386/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5386).*

#### Antecedente normativo

Cita:

-Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

-Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

-Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo<sup>1</sup>.

## 1. Planteamiento

Producido un acto por silencio administrativo con efecto estimatorio no cabe pronunciamiento expreso posterior en sentido contrario. Así lo recuerda la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia que traemos a estas líneas, en la que se resuelve el recurso de casación interpuesto ante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que anuló el acto de la Administración autonómica mediante el que se desestimó expresamente una petición resuelta por silencio administrativo.

La cuestión planteada se refiere a una solicitud formulada por el interesado, en relación con unas medidas alternativas opcionales previstas para los titulares de suelos turísticos que contaran con la consolidación de sus aprovechamientos, recogidas en la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo de la Comunidad Autónoma de Canarias<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Derogado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

<sup>2</sup> La referida Ley entre las medidas de carácter turístico, contenidas en su título II, pretende (así se recoge en su Exposición de Motivos) abordar un desarrollo turístico desde la perspectiva de la sostenibilidad del territorio. Para ello, establece, en primer lugar, los límites de la ocupación territorial, con la prohibición de clasificar nuevos suelos urbanizables con destino turístico, prohibición relativa pues permitía, bien una reclasificación de suelos si se acompañaba de la desclasificación de suelo turístico en igual o mayor proporción, bien una reclasificación en operaciones de reforma interior con traslado de ubicación de instalaciones hoteleras existentes.

En segundo lugar, regula los convenios de sustitución.

En tercer lugar, para modular el crecimiento de la planta de alojamientos, se prioriza la renovación y rehabilitación de la planta existente en grado de obsolescencia, se acota en el tiempo el aplazamiento o la suspensión de las iniciativas de nueva implantación y establece alternativas opcionales para los titulares de los suelos turísticos que cuenten con la

La regulación contenida en la Ley, en concreto en su artículo 17 relativo a las “*Alternativas a los aprovechamientos urbanísticos de uso turístico*”, incluye, a juicio del Tribunal de instancia, un doble procedimiento de naturaleza, finalidad y régimen jurídico diferenciado. El primero, se inicia a instancia del interesado con el ejercicio de la opción de entre las alternativas previstas que la Ley recoge. Si se cumplen los requisitos legales establecidos, la Administración está obligada a aceptar la opción, incoar el procedimiento y resolverlo. El segundo, derivado del primero, se inicia de oficio por cuanto prevé la modificación del planeamiento y el reconocimiento, en su caso, de la indemnización correspondiente.

El interesado, en ejercicio de las alternativas que ofrecía la Ley, solicitó la reclasificación a rústico de protección territorial; una vez transcurrido el plazo de resolución consideró que se había producido un acto presunto por silencio administrativo, de modo que la resolución expresa de la Administración en sentido contrario, vulneraba lo previsto en el artículo 43, apartado 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia afirma que se ha producido silencio administrativo en sentido positivo, por cuanto se trata de un procedimiento predeterminado y reconocido en la Ley 6/2009 aunque sea “*innominado*” al que se le aplica el régimen general del silencio positivo. Señala que

*“las solicitudes como la litigiosa, que pueden inscribirse en un procedimiento iniciado a solicitud del interesado nominado, en que se ejerce una pretensión dirigida a crear, modificar o extinguir un status jurídico determinado (acción constitutiva en terminología del Derecho Procesal) han de considerarse estimadas por silencio administrativo -con carácter general a salvo de que una Ley disponga lo contrario, lo que no es el caso- a menos que su ‘estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público”.*

Añade que la opción legal no transfiere al solicitante facultades relativas al dominio público o al servicio público; no se trata de un procedimiento especial, como el de responsabilidad patrimonial en el que rige el silencio negativo, o contractual, o del ejercicio de derecho de petición, ni se puede incluir dentro del ámbito de aprobación de planes generales ni del de las licencias *contra legem* ni tampoco del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.

## **2. Consideraciones jurídicas del Tribunal Supremo**

En el recurso de casación interpuesto frente a esta sentencia, la Administración invoca una serie de motivos; entre ellos, interesa detener nuestra atención en el relativo al silencio administrativo (b) y en la advertencia previa que realiza el Tribunal respecto al conocimiento de la Sala, en relación con el derecho urbanístico emanado de las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias (a), cuestión planteada en los argumentos de la casación.

*a) Sobre el conocimiento del Tribunal Supremo en casación de la infracción de normas de derecho autonómico*

La sentencia del Tribunal Supremo hace una precisión previa al examen de los motivos planteados en el recurso de casación, respecto al alcance del conocimiento normativo de la Sala en relación con el derecho urbanístico emanado de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y, recuerda que, tal y como se recoge en el artículo 86.4 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa,

*“las sentencias que hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. ...*

*... el citado artículo 86.4 determina que el recurso de casación no se puede fundar en la infracción de normas de derecho autonómico, ni cabe eludir dicho obstáculo procesal encubriendo la denuncia de la indebida interpretación y aplicación de normas autonómicas bajo una cita artificiosa y meramente instrumental de normas de derecho estatal.”*

Añade que los principios constitucionales, los generales del derecho y los de procedimiento administrativo son de aplicación a todos los ordenamientos jurídicos, sea estatal, sea autonómico y, *“con carácter general a todos los ámbitos sectoriales;... su proyección se concreta en las diferentes normas autonómicas, de cuya aplicación e interpretación no puede prescindirse a los efectos de examinar tales infracciones.”* Por ello, la aplicación de estos principios plasmados en la legislación de procedimiento administrativo común, no puede fundar por sí solo un recurso de casación cuando el derecho material es puramente autonómico, interpretarlo de otro modo dejaría sin contenido lo previsto en el artículo 86.4 ya citado, *“pues los principios constitucionales y de procedimiento administrativo proporcionan, insistimos, el sustrato común y laten en todos los ordenamientos jurídicos, y bastaría su mera invocación retórica para desbordar los límites que la LJCA ha trazado para acceder a la casación”.*

#### *b) Sobre el silencio administrativo*

Tras recordar el alcance del recurso de casación, interesa destacar de la sentencia que se trae a estas líneas, el análisis que realiza sobre el silencio administrativo.

Parte, el Tribunal, de la sentencia que la misma Sala y Sección pronunció el 27 de abril de 2007 en la que analiza la adquisición de derechos por silencio positivo según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y rechaza la posibilidad de resoluciones tardías en sentido denegatorio una vez producido el silencio positivo pues, en estos casos, procede acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto producido por silencio es contrario a derecho.

La referida sentencia aclara que *“en la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio”.* Afirma a renglón seguido, que la ley *“ha querido poner*

*remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su art. 62.1.f) establece que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de ‘actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición’.*” No obstante, aclara, no puede interpretarse este precepto sin tener en cuenta lo que establece el artículo 43, apartado 3. a)<sup>3</sup> de la misma Ley, en la redacción dada por la Ley 4/1999, en el que se establece que *“en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.”*

De lo que se deriva que si la Administración considera que un acto administrativo es nulo por aplicación del artículo 62, apartado 1, letra f)<sup>4</sup> (esto es, por carecer el adquirente del derecho de los requisitos esenciales para su adquisición), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, por prohibición legal expresa, sino que habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 de la misma Ley<sup>5</sup>.

Entenderlo de otro modo sería contrario *“a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley”* y *“a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo.”*

Para la resolución del recurso interpuesto, la Sala del Tribunal se detiene a comprobar si efectivamente se superó el plazo establecido para resolver y, si el supuesto está excluido del sentido positivo del silencio contemplado en nuestro ordenamiento.

En el caso planteado, el interesado presentó la solicitud dentro del plazo establecido en la Ley 6/2009, para ejercitar la opción en ella regulada. El plazo máximo de resolución es de tres meses. La Administración suspendió este plazo con un requerimiento de subsanación de deficiencias.

Transcurridos más de tres meses el interesado consideró estimada su solicitud y así lo comunicó a la Administración para que procediera a ejecutar dicho acto con el inicio del procedimiento de modificación de planeamiento y , en su caso, determinación de indemnización, tal y como prevé la Ley.

<sup>3</sup> *“Artículo 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado.*

*3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:*

*a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.”*

<sup>4</sup> *“Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.*

*1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

*f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”*

<sup>5</sup> *“Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos.*

*1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.”*

La Administración antes del transcurso del plazo de tres meses dictó resolución con ampliación, en tres meses más, del plazo de resolución y, con posterioridad, dictó resolución en la que se desestima la petición del interesado.

El Tribunal de instancia consideró que, a pesar de la suspensión del plazo con el requerimiento de subsanación y de la posterior ampliación del de resolución, cuando ésta finalmente se produjo el plazo había vencido.

El Tribunal Supremo recuerda la regulación contenida en el artículo 43 de la Ley 30/1992 y la contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el que se establece que *“en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”*. Recuerda, asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, en la que se concluye que *“También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.”*

Añade que el silencio positivo tiene como límite la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992.

Afirma la Sala del Tribunal que el procedimiento aplicable al caso planteado se recoge en una ley autonómica y, aunque no se inserta en ninguno de los procedimientos tipo regulados en nuestra legislación procedimental, no cabe duda de que se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte, en el que el transcurso del plazo máximo para dictar resolución, a falta de previsión específica, ha de tener efectos estimatorios de la solicitud. Esta conclusión, sólo puede ser alterada en los supuestos concretos y excepcionales establecidos en una ley o norma de derecho comunitario, excepciones que no pueden ser objeto de interpretaciones extensivas.

### **3. Conclusiones del Tribunal Supremo**

La Sala del Tribunal Supremo concluye, respecto al silencio administrativo, que en la legislación vigente sobre el procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio; la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo; en caso de considerar que el acto presunto incurre en un supuesto de nulidad, por aplicación del artículo 62, apartado 1, letra f) habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 de la misma Ley.

Respecto al procedimiento aplicable al caso planteado, considera que se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte y, por ello, el transcurso del plazo máximo para dictar resolución sin que esta se produzca, produce el efecto estimatorio de la solicitud.