

**Operatividad del silencio administrativo positivo  
*contra legem*. Ausencia en el procedimiento o emisión  
en sentido desfavorable de informes preceptivos  
vinculantes o determinantes**

**Ana María Roldán Vives**

*Jefa de la Unidad de Planificación y Ordenación de los Recursos  
Humanos de la Dirección General de la Función Pública de la  
Administración Pública del Gobierno de Canarias*

---

**EXTRACTO**

En atención a la regulación positiva actual del silencio administrativo y a la generalidad del sentido positivo de dicho silencio, teniendo en cuenta además la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios en la materia, por medio del presente artículo se intenta dar respuesta a la posible operatividad del silencio administrativo positivo *contra legem* en nuestro ordenamiento jurídico. A tal efecto, se abordan los supuestos concretos de ausencia en el procedimiento o emisión en sentido desfavorable de informes preceptivos vinculantes. Asimismo se hacen extensivas las conclusiones alcanzadas a los supuestos que se estiman asimilados respecto de los informes calificados como determinantes.

---

- I. Regulación positiva del silencio administrativo
- II. Importancia del sentido del silencio. Consecuencias
  - 1. Sentido negativo del silencio
  - 2. Sentido positivo del silencio
- III. Informes preceptivos vinculantes o determinantes
  - 1. Posible clasificación de los informes obrantes en un procedimiento administrativo
  - 2. Equiparación de los informes vinculantes y determinantes
- IV. Existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios al respecto de la cuestión que nos ocupa
  - 1. Concreción de la cuestión objeto de análisis
  - 2. Existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios
  - 3. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo
- V. Admisibilidad del silencio administrativo positivo *contra legem*

## I. REGULACIÓN POSITIVA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La introducción del concepto de «inactividad administrativa» en nuestro Derecho se produjo en fecha relativamente reciente; en concreto, nuestro ordenamiento jurídico no se refiere a la misma expresamente hasta la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyo artículo 25.2 recoge la posibilidad de interponer recurso contra «la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta ley»<sup>1</sup>.

Hasta entonces, el control judicial de la Administración pública por parte de los órganos jurisdiccionales se basaba en el principio del «acto previo», lo que conllevaba que el mismo solo resultase viable cuando existía un acto o disposición administrativa expresa contra el que podía interponerse el recurso correspondiente.

Ni la Ley de Procedimiento Administrativo de 1889, al tratar los supuestos de inactividad de la Administración, preveía ninguna consecuencia jurídica que de ella derivase, ni la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Santamaría de Paredes de 1888, vigente hasta la aprobación de la posterior de 1956, al regular el posible objeto del recurso contencioso, hacía referencia a dicha inactividad, por lo que el interesado se hallaba en una situación de absoluta indefensión dado que a la Administración, para eludir el control judicial, le bastaba simplemente con no resolver.

Es la Ley de 27 de diciembre de 1956, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la que, a pesar de establecer la necesidad de un acto previo sin el que no cabía recurso ni control jurisdiccional alguno, y, en consecuencia, dejar fuera del control judicial todos los supuestos de inactividad de la Administración, sin embargo reguló en su artículo 38 el silencio administrativo negativo, institución jurídica que consistía en la ficción de presumir que en los casos de inactividad administrativa existía un acto «presunto» que hacía posible que el particular –previa denuncia de mora– pudiera instar el control jurisdiccional en vía contenciosa.

Así, si bien la doctrina del silencio administrativo puede afirmarse que aparece en nuestra legislación positiva en el ámbito del régimen local a principios del siglo XX, en los Estatutos Municipal y Provincial de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, lo cierto es que su primera formulación general se

---

<sup>1</sup> Mata Sierra, M. T. (2014). *Las garantías de los ciudadanos frente a la inactividad de la Administración tributaria*. Valladolid: Lex Nova.

establece en el citado artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y posteriormente en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958<sup>2</sup>.

Conforme expresaba la exposición de motivos de la indicada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, «la existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», por lo que se instituyó un régimen general, según el cual, transcurrido un cierto plazo, el interesado podía presumir la existencia de un acto denegatorio presunto que le permitiera el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Señala expresamente la misma exposición de motivos que «acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación».

La invocación de este silencio negativo que operaba solo en los procedimientos iniciados a instancia de parte –de forma que en el caso de los procedimientos iniciados de oficio el incumplimiento de los plazos no tenía consecuencia jurídica alguna– se dejaba a instancia del particular interesado que disponía del plazo de un año para recurrir, sin perjuicio de la posibilidad de poder recurrir más allá de dicho plazo la resolución expresa extemporánea.

Por su parte, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 reguló el llamado silencio negativo o desestimatorio y el silencio positivo o estimatorio, estableciendo como regla general el silencio negativo y la excepción el silencio positivo.

Es a raíz de la promulgación de la Constitución española de 1978, que hacía prevalecer el principio de legalidad y somete al control judicial toda «actuación» administrativa, que la figura del silencio administrativo positivo se generaliza con la legislación reguladora del procedimiento administrativo común de la democracia, esto es, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, el primer impulso de la figura del silencio administrativo positivo viene de la mano de la citada Ley 30/1992, de 26 de no-

<sup>2</sup> El citado artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, de 27 de diciembre de 1956, disponía que: «1. Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y esta no notificare su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. 2. En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada».

Por su parte, el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, establecía: «Cuando se formule alguna petición ante la Administración y esta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y, transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. 2. Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo. 3. En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente».

viembre, que invierte la regla establecida en 1958, pues ahora la regla general será el silencio positivo y la excepción el silencio negativo. Ahora bien, a pesar de las manifestaciones relativas a la inversión de la regla general del silencio administrativo llevada a cabo en dicha disposición normativa, el silencio positivo previsto en dicha ley era una simple regla supletoria, dado que la misma permitía que la normativa sectorial aplicable, incluso de rango reglamentario, estableciese los efectos del silencio negativo<sup>3</sup>.

Lo cierto es que el silencio administrativo positivo experimenta un importante impulso con la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, puesto que el reforzamiento de dicho silencio constituye uno de los aspectos centrales de esta modificación, expresando su exposición de motivos que «no podemos olvidar que cuando se regula el silencio en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración –siempre indeseable– nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacerse valer el interés de quién ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas», razón por la que se introducen cambios sustanciales en la materia, distinguiendo entre el silencio negativo, que se sigue configurando como simple presupuesto procesal, y el silencio positivo, que se configura como auténtico acto administrativo, culminando además la conversión del silencio positivo en regla general, al no permitir la introducción por vía reglamentaria de supuestos de silencio negativo.

La nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, actualmente vigente (arts. 24 y 25) mantiene en esencia la regulación anterior.

## II. IMPORTANCIA DEL SENTIDO DEL SILENCIO. CONSECUENCIAS

### 1. SENTIDO NEGATIVO DEL SILENCIO

Desde su creación por la Ley de 27 de diciembre de 1956, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 hasta la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes citada, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico ha sido el otorgamiento al silencio producido por la inactividad de la Administración de un sentido desestimatorio o negativo, configurándolo simplemente como una ficción legal en beneficio del administrado que le abriría la posibilidad de acudir a la vía del recurso, administrativo o judicial, en los supuestos de inactividad de la Administración, al permitirle entender desestimada su solicitud por el transcurso del plazo.

Es así que el silencio negativo solo habilita al administrado la vía del recurso, sobre la base de la referida ficción legal de desestimación por falta de respuesta expresa en el plazo fijado para ello, sin perjuicio de que la Administración continuase estando obligada a dictar la resolución expresa que

<sup>3</sup> Véase Arzoz Santisteban, X. (2015). Apogeo y crisis del silencio administrativo positivo. *Revista española de Derecho Administrativo*, 170/2015, parte Estudios. Pamplona: Editorial Civitas, SA.

procediese y sin que dicha resolución estuviese en modo alguno condicionada por el sentido desestimatorio del silencio.

Esa caracterización del silencio administrativo negativo ha sido tradicionalmente perfilada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, a que hace referencia la Sentencia del Pleno de dicho Tribunal de fecha 10 de abril de 2014, número 52/2014, referida a la constitucionalidad del precepto legal relativo al plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente a actos presuntos, que –con cita expresamente de otras muchas sentencias de ese mismo Tribunal<sup>4</sup>– insiste en que el silencio administrativo de carácter negativo es simplemente «una ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración», habiendo reiterado en todas esas sentencias que:

«"Ante una desestimación presunta, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración". Por eso hemos dicho también que la "ley no obliga al ciudadano a recurrir un acto presunto y sí a la Administración a resolver, de forma expresa", la solicitud o el recurso presentado por aquel. "Si el silencio negativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración" (STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6.º, en un razonamiento reafirmado luego in incontinentes supuestos).

"Deducir de este comportamiento previo del interesado su consentimiento con el contenido del acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del artículo 24 de la CE, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa".

Es decisiva la apreciación de que "la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, deber este que entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 CE" (SSTC 86/1998, de 21 de abril, FJ 5.º; 71/2001, de 26 de marzo, FJ 4.º; y 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6.º)».

<sup>4</sup> Véanse las SSTC 6/1986, de 21 de enero, FJ 3.º; 204/1987, de 21 de diciembre; 63/1995, de 3 de abril; 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6.º; 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 5.º; 14/2006, de 16 de enero; 39/2006, de 13 de febrero; 175/2006, de 5 de junio; 186/2006, de 19 de junio; 27/2007, de 12 de febrero; 32/2007, de 12 de febrero; 40/2007, de 26 de febrero; 64/2007, de 27 de marzo; 239/2007, de 10 de diciembre; 3/2008, de 21 de enero; 72/2008, de 23 de junio; 106/2008, de 15 de septiembre; 117/2008, de 13 de octubre; 175/2008, de 22 de diciembre; 59/2009, de 9 de marzo; 149/2009, de 17 de junio; 207/2009, de 25 de noviembre; o 37/2012, de 19 de marzo, FJ 10.º; entre otras.

En definitiva, la producción del silencio administrativo negativo por el transcurso del plazo en modo alguno obliga al ciudadano a tener que accionar la vía del recurso, ni exonera a la Administración de su obligación de resolver, simplemente habilita al primero la vía del recurso.

## 2. SENTIDO POSITIVO DEL SILENCIO

Tal y como se ha indicado, si bien la figura del silencio administrativo positivo se generaliza a raíz de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es la modificación operada en el año 1999 la que supone un importante reforzamiento de dicha institución jurídica, disponiendo ya en su preámbulo que «el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública solo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la ley. Igualmente, se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que, si da la razón al ciudadano, se evitará el pleito».

La indicada reforma atribuye unos efectos del sentido positivo del silencio administrativo que potencia dicha figura jurídica, por cuanto, por un lado, se establece expresamente en la nueva regulación que el silencio administrativo positivo provoca un auténtico acto administrativo que pone fin al procedimiento, como si de un acto expreso se tratara, desplegando sus efectos desde el vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar (art. 43.5 de la Ley 30/1992 –actual art. 24.4 de la Ley 39/2015–), pudiendo ser acreditada la existencia de dicho acto presunto positivo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que puede solicitarse al órgano competente para resolver, y que deberá emitirse en 15 días.

Por otro lado, se dispone específicamente que, producido el silencio administrativo positivo, sin perjuicio de que la Administración continúa estando obligada a dictar resolución expresa, dicha resolución expresa no puede ser otra que la confirmatoria del acto presunto positivo (art. 43.4 de la Ley 30/1992 –actual art. 24.3 de la Ley 39/2015–), por lo que la única posibilidad que tiene la Administración de reaccionar frente a un acto administrativo presunto positivo, en el supuesto de que estime que concurren en el mismo vicio de nulidad o anulabilidad, es mediante la articulación de los mismos medios de revisión de que dispone respecto de los actos expresos<sup>5</sup>.

Además, el indicado reforzamiento se completa con la propia modificación operada por la Ley 4/1999 al respecto de la desaparición de la revisión de oficio de actos anulables declarativos

<sup>5</sup> Nótese que hasta la reforma operada por la Ley 4/1999, aun cuando se presumiera el efecto estimativo del silencio, en tanto en una disposición normativa no estuviera expresamente previsto el sentido negativo del mismo, la Administración seguía obligada a resolver, aunque fuera tardíamente, con el límite de la certificación de acto presunto, y podía resolver en cualquier sentido. Tras la reforma, desaparece la certificación de actos presuntos y se deja bien claro que la producción de efectos opera por el mero transcurso del plazo fijado para resolver, de manera que la resolución tardía solo puede ser confirmatoria de la estimación por silencio administrativo.

de derechos que infringieran gravemente normas de rango legal o reglamentario. En efecto, con la desaparición de las facultades revisoras de los actos anulables y su sustitución por un mecanismo jurisdiccional previa tramitación de la declaración de lesividad (art. 103 de la Ley 30/1992), la Administración apenas tiene margen de maniobra para revisar y anular las posibles solicitudes estimadas por silencio administrativo que infrinjan el ordenamiento jurídico, tal era la finalidad de la reforma en atención a lo expresado en su exposición de motivos. Así, aunque el acto surgido por silencio administrativo incurra en la mencionada causa de nulidad o en la causa general de anulabilidad, la Administración autora del acto no puede desconocerlo, sino que, si procede, debe incoar el procedimiento de revisión de oficio o la declaración de lesividad con arreglo a los requisitos establecidos en los artículos 102 y siguientes.

Igualmente completa el reforzamiento de la institución analizada el dictado de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con impacto colateral en la materia objeto de estudio, por cuanto dicha ley no solo incluye, conforme ya se apuntó, el recurso contencioso contra la inactividad de la Administración, sino que en el mismo artículo 29, párrafo segundo, prevé la posibilidad de solicitud ante la propia Administración autora de un acto administrativo firme de ejecución de dicho acto y, en caso de no obtener respuesta en el plazo de un mes desde la fecha de la solicitud, ejercitar esa misma pretensión de ejecución de acto firme ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pretensión de ejecución de acto administrativo firme que resulta igualmente aplicable cuando dicho acto administrativo firme es presunto. En efecto, si bien hasta entonces la Administración podía desconocer la producción de un acto administrativo estimatorio producido por silencio, conforme a la Ley 29/1998, y, dado que desde la reforma de 1999 el silencio positivo produce a todos los efectos un acto administrativo, puede el ciudadano interesar la ejecución de un acto administrativo presunto positivo firme, pudiendo acudir a los tribunales si en el plazo de un mes desde la fecha de solicitud de ejecución del acto firme no obtiene satisfacción.

Ahora bien, no obstante el impulso dado al silencio positivo, la propia reforma de 1999 dispone una serie de limitaciones a la operatividad del mismo, exceptuándolo, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (art. 43 de la Ley 30/1992 –actual art. 24 de la Ley 39/2015–) no solo cuando una norma de rango legal o una norma de Derecho comunitario<sup>6</sup> o de Derecho internacional aplicable en España establezca lo contrario, sino también en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición

<sup>6</sup> Véase *Las recientes reformas legales del silencio administrativo* (BIB 2011\499) de José Antonio Razquin Lizárraga, Doctor en Derecho y Director del Servicio de Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra, de la que puede destacarse la referencia hecha a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (LCEur 2006, 3520), relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como «Directiva de servicios» transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo preámbulo determina que la ley introduce, en lo que aquí interesa, el silencio administrativo positivo a estos procedimientos (para la obtención de las autorizaciones) salvo en los casos en los que esté debidamente justificado por una razón imperiosa de interés general; y a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que también contiene previsiones relativas al silencio administrativo en algunas de las reformas legales que incorpora, con un balance a favor de la determinación del silencio negativo, como por ejemplo en la modificación de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, en la modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, o en la modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

del artículo 29 de la Constitución española<sup>7</sup>; en los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; cuando impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente; y, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en los de impugnación de actos y disposiciones, y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados.

Y, respecto de los procedimientos iniciados de oficio por la propia Administración, la excepción de la operatividad del silencio administrativo positivo (art. 44 de la Ley 30/1992 –actual art. 25 de la Ley 39/2015–) comprende los procedimientos que pueden concluir con una resolución que reconozca o constituya derechos a favor de los interesados, en cuyo caso el silencio será desestimatorio, y, los procedimientos que tienen carácter sancionador o impliquen una intervención de la cual pudieran derivarse efectos desfavorables o de gravamen para los interesados, en cuyo caso el silencio administrativo producirá la caducidad del mismo y por tanto el archivo de las actuaciones.

### III. INFORMES PRECEPTIVOS VINCULANTES O DETERMINANTES

#### 1. POSIBLE CLASIFICACIÓN DE LOS INFORMES OBRANTES EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Con la finalidad de poder dilucidar la cuestión objeto de análisis, con carácter previo procede efectuar someramente una reflexión sobre el carácter o condición de los distintos informes que pueden ser emitidos durante la tramitación de un procedimiento administrativo, por cuanto, tal y como veremos a lo largo de esta exposición, la relevancia de la cuestión planteada varía en atención al carácter o condición de dicho informe, esto es, dicha relevancia será distinta si nos encontramos ante informes facultativos, informes preceptivos no vinculantes o informes preceptivos vinculantes o determinantes.

Así, conforme a la normativa que rige la tramitación de los procedimientos administrativos, los informes a emitir u obrantes en el mismo pueden ser clasificados, en cuanto a la necesidad de su presencia en el procedimiento administrativo, como preceptivo o facultativo, y en cuanto a que supediten la decisión del órgano tramitador, en vinculante o no vinculante (art. 80.1 de la Ley 39/2015). La ausencia de un informe facultativo, esto es, aquel respecto del que no se exige su presencia en el procedimiento y que en consecuencia siempre tendrá carácter no vinculante, no conlleva consecuencia jurídica alguna. Sin embargo, la ausencia de un informe preceptivo *a priori* podría suponer un vicio de nulidad o anulabilidad.

<sup>7</sup> Según se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 17 de febrero de 2003, dictada en el recurso 176/2000, la principal diferencia entre el ejercicio de un derecho ante la Administración y la formulación de una petición ante la misma, conforme al artículo 29 de la Constitución española, radica en que en el primer supuesto existe un previo derecho subjetivo cuyo reconocimiento se insta al órgano competente, mientras que en el segundo supuesto no preexiste ese derecho sino que se solicita de la Administración una decisión graciable que la Administración puede otorgar o no, según aprecie razones para ello, pero no tiene el deber de concederlo conforme al ordenamiento jurídico.

Los informes preceptivos, es decir, los informes que han de ser obligatoriamente emitidos en la tramitación de un procedimiento administrativo por imperativo legal, so vicio de nulidad o anulabilidad, pueden ser no vinculantes, vinculantes o determinantes. Salvo previsión expresa, como regla general, los informes preceptivos son no vinculantes. Ahora bien, el hecho de que un informe no sea vinculante no supone que el órgano decisor tenga total libertad para resolver, puesto que conforme a lo establecido en el artículo 35 de la Ley 39/2015, es necesario motivar «los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos».

Finalmente ha de tenerse en cuenta que, si bien de los informes no vinculantes el órgano decisor puede apartarse y en consecuencia no condicionan la resolución del procedimiento, tanto respecto de los vinculantes como de los determinantes – según se expone a continuación–, el apartamiento no resulta posible o, al menos, no siempre, por lo que sí que condicionan el sentido de dicha resolución final.

## 2. EQUIPARACIÓN DE LOS INFORMES VINCULANTES Y DETERMINANTES

Establecida dicha distinción, interesa ahora fundamentar jurídicamente si la conclusión a la que se llegue al final de la exposición resultará extensible o aplicable en idénticos términos a los informes preceptivos que, aun no habiendo sido calificados por la normativa de aplicación como «vinculantes», sí que son considerados como «determinantes».

En tal sentido, ha de concretarse qué se entiende por informe determinante, haciendo expresa mención a lo establecido al respecto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 8 de marzo de 2010 (rec. de casación 771/2006), cuando afirma que:

«El término "determinante" no se equipara con el término "preceptivo" ni con el término "vinculante" sino con el término necesario para fijar los términos de una cosa o cuestión planteada (Real Diccionario de la Academia de la Lengua Española) y en su caso el contenido que haya de tener la resolución del procedimiento, como ocurre con informes que podemos calificar de técnicos, que no son vinculantes, pero sí necesarios para que el órgano decisorio resuelva, informes cuya falta no puede suplir el órgano decisor por carecer de esos conocimientos técnicos precisos en la materia o disciplina que se trate [...] No cabe entender que la suspensión del plazo para resolver opera solo cuando se pidan informes que sean vinculantes; tal suspensión también puede ser acordada en caso de solicitud de informes, aun no siendo vinculantes, "sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución"<sup>8</sup>, esto es, que sean necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar».

<sup>8</sup> En referencia al artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que contempla los supuestos en que la Administración puede suspender el plazo legal del que dispone para resolver, referencia que ha de entenderse hecha hoy al artículo 22 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si bien dicho precepto ya no hace referencia como el anterior a informes preceptivos y determinantes, sino solo a informes preceptivos. Asimismo, ha

Con la misma finalidad, se destaca la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 30 de septiembre de 2013, resolución judicial en la que —respecto del supuesto concreto enjuiciado, esto es, respecto del informe de suficiencia de recursos hídricos que el artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (que recoge el art. 15.3 a) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo Estatal) caracteriza no como vinculante sino como determinante, admitiendo la posibilidad de disentir del mismo, si bien de forma expresamente motivada— se pone de manifiesto:

«Desde esta perspectiva, por mucho que esos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo; [...] la posibilidad de apartarse motivadamente de estos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de la competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado».

Continúa señalando la referida resolución judicial que un hipotético apartamiento del informe determinante solo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación competencia del órgano decisor y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito e invadan lo que solo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues no está en manos de las comunidades autónomas disponer de la competencia exclusiva estatal, por cuanto concluye que el informe estatal, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.

La misma sentencia hace constar que, según doctrina que parece ser ya establecida en sentencias anteriores, como, entre otras, la de 9 de marzo de 2011 (rec. de casación 3037/2008)<sup>9</sup>:

«En estos y en otros casos, en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, si bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto solo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia.

---

de tenerse en cuenta la anterior referencia que a los informes determinantes hacía el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, referido a la petición de informes durante la instrucción del procedimiento y que establecía: «De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos», pues el nuevo artículo 80.3 de la Ley 39/2015, en concordancia con lo antes expuesto, solo habla ahora de informes preceptivos, sin mayor precisión.

<sup>9</sup> Véanse también las Sentencias de esa misma Sala y Sección de 22 y 23 de marzo de 2011 (rec. de casación 1845/2006 y 2672/2010).

Cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace bajo la consideración de que la adjudicación competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, si bien, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio.

Con ese fin, diversas leyes estatales han previsto un informe estatal vinculante respecto de los instrumentos de ordenación del territorio<sup>10</sup>».

En virtud de lo expuesto, puede concluirse, admitiendo una total equiparación del informe determinante al informe vinculante, en lo que toca a la supeditación de la decisión del órgano tramitador al contenido del informe, cuando se trate de informes determinantes técnicos, cuya falta no puede suplir el órgano decisor por carecer de esos conocimientos técnicos precisos en la materia o disciplina que se trate, o cuando se trate de informes determinantes a emitir por otra Administración pública (el Estado) con competencia exclusiva en la materia sobre la que informa, en atención a la imposibilidad de apartamiento del informe por el órgano decisor a raíz de su falta de competencia, lo que le deslegitima para efectuar consideraciones al respecto. Ahora bien, dicha equiparación no puede generalizarse pues, en términos genéricos, del informe determinante el órgano decisor puede apartarse motivadamente.

## IV. EXISTENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES CONTRADICTORIOS AL RESPECTO DE LA CUESTIÓN QUE NOS OCUPA

### 1. CONCRECIÓN DE LA CUESTIÓN OBJETO DE ANÁLISIS

Llegados a este punto procede concretar la cuestión objeto de la presente exposición, esto es, si en atención a la nueva regulación del silencio administrativo positivo, tras la modificación de la

<sup>10</sup> Es el caso, por ejemplo, del informe vinculante de la Administración estatal con carácter previo a la aprobación de los instrumentos de ordenación que incidan en terrenos afectos a la Defensa Nacional (disp. adic. segunda del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por RDLeg. 2/2008), que la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, declaró adecuado al orden constitucional de competencias; o el informe sobre las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones exigido por el artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998; o el informe del Ministerio de Fomento que se ha de emitir en aras de garantizar la unidad del sistema de comunicaciones y la armonización de los intereses públicos afectados que se ha de emitir previo a la aprobación de una redacción, revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico que afecte a carreteras estatales, según el artículo 10 de la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio, o, finalmente, otro ejemplo de la prevalencia de la legislación sectorial estatal frente a la competencia autonómica de urbanismo y ordenación del territorio es el caso de las infraestructuras aeroportuarias, regulado en el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Ley 4/1999, que lo configura como un auténtico acto administrativo, este acto administrativo se entiende producido por el mero transcurso del plazo sin haber la Administración dictado y notificado resolución expresa y no obstante la ausencia en el procedimiento administrativo o la emisión en el mismo en sentido desfavorable, de informes calificados como vinculantes o determinantes, sin posibilidad de apartamiento respecto de estos últimos en los términos en que ha sido expuesto.

El análisis tiene por finalidad determinar la operatividad de un silencio administrativo positivo que podría denominarse *contra legem*, bien –en los casos de ausencia en el procedimiento de los informes– por adolecer el procedimiento que se entiende concluido por ese silencio administrativo positivo de un vicio de nulidad que se concreta en la ausencia de informes preceptivos, o bien –en los supuestos de emisión de los mismos en sentido desfavorable– por resultar manifiesta la contravención del silencio administrativo positivo producido del ordenamiento jurídico, al resultar vinculantes para el órgano decisor los informes desfavorables emitidos y obrantes al procedimiento, lo que determina que en todo caso la resolución que hubiera debido dictar la Administración en plazo hubiese sido negativa o desestimatoria.

Concretada la cuestión y conforme a lo expuesto al respecto de la equiparación de los informes preceptivos vinculantes y determinantes, ha de puntualizarse que, en lo que se refiere a la posible operatividad del silencio administrativo positivo no obstante la ausencia de dichos informes –determinantes y vinculantes– en el procedimiento, la conclusión a la que se llegue en la presente exposición será extensible a ambos tipos de informe, con independencia de su carácter determinante o vinculante, al configurarse los primeros como informes imprescindibles para la formación de la voluntad del órgano administrativo llamado a decidir, aunque no le vincule (STS RJ 2016/4123). Ahora bien, en lo que se refiere a la posible operatividad del silencio administrativo positivo no obstante la existencia en el expediente de informes preceptivos vinculantes o determinantes desfavorables, dicha aplicabilidad extensiva de la conclusión no puede predicarse con la misma rotundidad, ya que en términos generales ante un informe determinante no favorable, en atención a su carácter no vinculante y a la posibilidad que tiene la Administración, aunque sea excepcional, de apartarse motivadamente del mismo, no puede afirmarse con rotundidad la inoperatividad del silencio por resultar manifiesta la contravención del mismo del ordenamiento jurídico, al resultar viable tal apartamiento. Sin embargo, si el informe desfavorable obrante al expediente reviste el carácter de vinculante, el sentido desfavorable de la resolución que hubiera de dictarse resulta ineludible, por lo que *a priori* resultaría manifiesta la contravención del ordenamiento jurídico por el silencio administrativo positivo que se produjera, no obstante la procedencia o no de la operatividad de dicho silencio, procedencia que trataremos al resolver la cuestión que nos ocupa.

La aplicabilidad de la conclusión a la que se llegue respecto de operatividad del silencio positivo, no obstante la emisión en el procedimiento de informes preceptivos vinculantes desfavorables, solo podría afirmarse respecto de la emisión de informes determinantes desfavorables que sean informes técnicos o informes que competa de manera exclusiva emitir a otra Administración pública distinta de aquella a la que compete resolver o decidir. Quedarían en todo caso fuera de la aplicabilidad de la conclusión a la que se llegue en la presente exposición el resto de los supuestos de existencia en el procedimiento de informes determinantes emitidos en sentido desfavorable en los que resultase viable un apartamiento motivado de los mismos por el órgano decisor.

## 2. EXISTENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES CONTRADICTORIOS

Algunos Tribunales Superiores de Justicia han venido entendiendo, a raíz de la nueva operatividad del silencio administrativo configurada en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la referida reforma de 1999, que ya no resulta aplicable la máxima jurisprudencial de que no se puede adquirir por silencio aquello a lo que no se tiene derecho, esto es, la jurisprudencia que afirmaba que siendo creado el silencio por ley, difícilmente podría aceptarse que por esta vía pudiera obtenerse lo que la ley prohíbe.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de noviembre de 2005, afirma que «La institución del silencio administrativo no está para obviarla cuando es desfavorable para la Administración, sino que entra en juego cuando la Administración no cumple sus deberes para con el ciudadano que reclama una decisión. Ahora ya no es aplicable la máxima jurisprudencial de que no se puede adquirir por silencio aquello a lo que no se tiene derecho. Vemos que el derecho en este caso ha pasado a un segundo lugar». También según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 2002, «el carácter positivo del silencio en caso de resolución tardía del recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio de una solicitud. Por tanto, la única alternativa que cabe a la Administración es, una vez producido el silencio positivo, acudir a los procedimientos de revisión de los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/92».

Por contra, otros Tribunales Superiores de Justicia no estiman que pueda entenderse concedido por silencio positivo lo que es ilegal otorgar expresamente. Puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia con sede en Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, de 10 de enero de 2008, que no admite la operatividad del silencio positivo en el supuesto enjuiciado por carecer el expediente administrativo de los informes técnicos y jurídicos exigibles como imprescindibles para el otorgamiento de licencias urbanísticas, entendiendo que la concesión de licencia sin dichos informes va en contra del ordenamiento jurídico, haciendo expresa referencia dicha sentencia al Tribunal Supremo, que, en su Sentencia de 27 de febrero de 2007, manifiesta que «la línea jurisprudencial seguida en relación con esta cuestión es antigua, constante y permanente en la actualidad, pese a las diversas regulaciones que sobre el silencio administrativo se han producido, tanto en el ámbito estrictamente procedimental como en el urbanístico. Esto es, la Jurisprudencia (y posteriormente la Ley) se ha encargado de corregir el efecto automático del silencio positivo entendiendo que (STS de 28 de noviembre de 1988) no pueden entenderse legalizadas por esta vía actuaciones enfrentadas con claridad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico».

Ahora bien, la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias cuenta con un voto particular que manifiesta que se ha de partir de la distinción entre la imposibilidad de obtener por silencio licencias contra la ordenación urbanística y el supuesto de que la omisión de trámites en el procedimiento como serían los informes preceptivos supongan un obstáculo insalvable para la producción de los efectos del silencio, afirmando que «el legislador estatal no ha configurado el silencio en relación con unos u otros trámites del procedimiento, sino que considera que se produce, o, mejor dicho, legitima al interesado para entender producido el acto en los procedimientos iniciados a su instancia por el solo vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, y cuando se trate de licencias urbanísticas solo cede cuando la licencia vaya en contra de la ordena-

ción», y concluyendo que la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 2007 —citada en la sentencia— excluye el silencio cuando se trata de actuaciones enfrentadas «con claridad» al ordenamiento jurídico, esto es, solo cuando quede claramente acreditado que nunca podía concederse la licencia por ser contrario a lo previsto en la normativa vigente no operaría el silencio positivo.

### 3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ante la contradicción de los indicados pronunciamientos judiciales, debe acudirse a la más reciente doctrina jurisprudencial que pudiera resultar aplicable, y en tal sentido se destaca:

La doctrina contenida en las Sentencias de la Sala Tercera de 2 de febrero de 2012, de 17 de julio de 2012 y de 25 de septiembre de 2012, que, con doctrina coincidente con la sentada en la Sentencia de 15 de marzo de 2011, enfatizan que el silencio administrativo positivo, según el artículo 43 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto que concluya un expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí que el apartado 4 a) de ese precepto disponga que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo», haciendo constar:

«De modo que una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto que según el artículo 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos «contrarios» al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que, como ya se afirmaba en la Sentencia de 1 de abril de 2004, las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expesos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102 o instar la declaración de lesividad».

La doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2014, al respecto del régimen del silencio administrativo aplicable al procedimiento de aprobación de planes urbanísticos, manifiesta que:

«Conviene efectuar dos consideraciones de carácter general indispensables para su resolución. En primer lugar, establecer que la Administración no puede proceder a revocar de forma unilateral una resolución administrativa en la que ha operado el silencio administrativo positivo, debiendo acudir necesariamente a los procedimientos de revisión de oficio. Así lo afirma la STS de 15 de marzo de 2011 (rec. 3347/2009) [...] En segundo lugar y en relación con el concreto tema planteado, la STS, Sección 5.<sup>a</sup>, de 17 de noviembre de 2010 (rec. 1473/2006), clarifica el régimen del silencio administrativo aplicable al procedimiento de aprobación de planes urbanísticos con las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup>. En la tramitación de planes de iniciativa pública municipal, que deban ser aprobados definitivamente por la Ad-

ministración autonómica [...], rige el silencio administrativo positivo (aún en el caso de que el contenido sustantivo del proyecto de planeamiento no se ajuste a Derecho). 2.ª. En el de la aprobación de planes de iniciativa particular, el silencio será negativo. Y ello porque la "potestad pública de ordenación del territorio y del suelo es insustituible, de manera que no cabe atribuirle, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa [...]. Los particulares no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas"».

La doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de fecha 28 de enero de 2009, al respecto de la posibilidad de entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento jurídico, expresa que:

«Aun cuando es cierto que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha mantenido que en ningún caso pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que el criterio del Tribunal *a quo* se basa en la modificación introducida en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según la cual, a su parecer, no procede separarse de aquella doctrina jurisprudencial construida sobre unas premisas normativas que han desaparecido al promulgarse la mentada modificación, que configura el silencio como positivo en todo caso, también respecto de las licencias urbanísticas contrarias a la legislación o al ordenamiento urbanístico, que solo tienen un cauce de corrección a través de la correspondiente revisión por la propia Administración como conducta obligada para esta.

Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y eso es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 [...] y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 [...] y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina la garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999 [...] que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 [...] recogida, entre otras, en nuestra sentencia».

Y, finalmente, la doctrina recogida en la Sentencia de 19 de febrero de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, al respecto de la necesaria suspensión del procedimiento en el supuesto de solicitud de informe preceptivo para poder estimar interrumpido el plazo máximo de resolución y así evitar la producción del silencio administrativo por el transcurso de dicho plazo sin poner fin al expediente, que hace constar:

«De acuerdo con lo que dispone el artículo 83 de la Ley 30/1992, los informes se deben emitir en el plazo de diez días salvo disposición específica en contra o cuando el cumplimiento del plazo para resolver permite más tiempo [...] el artículo 42.5, como el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, habilitan la facultad administrativa de suspensión del plazo, planteamiento que indica que no estamos ante una suspensión automática.

[...] La suspensión es una excepción al plazo máximo para resolver; aspecto este que tiene su sentido en tanto que garantía del interesado. Por lo tanto, considerando la cuestión desde la perspectiva subjetiva del interesado, el principio de seguridad jurídica impone una decisión específica sobre la suspensión del plazo y las circunstancias de la misma [...]. En definitiva, la incorporación de informes preceptivos y determinantes al procedimiento permite la suspensión del plazo, aunque esa suspensión no es imprescindible o consustancial a la citada eventualidad procedimental, de forma que la suspensión no puede considerarse producida *eo ipso* por la mera solicitud del informe.

En el caso que nos ocupa, la Administración podía haber suspendido el plazo [...] pero no lo hizo. Consecuentemente, el plazo para resolver continuó su curso [...] no corresponde entrar en los motivos materiales de recurso toda vez que la declaración de municipio turístico resulta en todo caso obligada por silencio administrativo.

[...] Una interpretación sistemática del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que instituye una garantía esencial del procedimiento administrativo consistente en imponer a la Administración el deber jurídico de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, determina que deba considerarse excepcional la facultad de la Administración de diferir el plazo máximo legalmente previsto para resolver un procedimiento.

Por ello, no compartimos la tesis argumental que formula la abogada de la Generalidad de Cataluña, respecto de que, en el supuesto enjuiciado, la mera petición de un informe [...] tenga eficacia interruptiva del plazo para resolver, establecido en el apartado 4 de la referida disposición legal, que dispone que "la propuesta a la que se refiere el apartado 2 se considera aprobada si no se ha dictado resolución expresa en el plazo de tres meses, a contar desde su presentación junto con toda la documentación preceptiva", porque ello supondría contravenir el designio del legislador de la citada comunidad autónoma de entender que en los procedimientos de declaración de municipio turístico a efectos de horarios comerciales opera el silencio administrativo positivo».

## V. ADMISIBILIDAD DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO CONTRA LEGEM

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que la institución del silencio administrativo positivo en su regulación actual –regulación proveniente de la modificación operada por la Ley 4/1999– no distingue a la hora de determinar su operatividad según se haya cumplido o

no en el procedimiento con los trámites esenciales dispuestos en la normativa que resulte aplicable, ni mucho menos aún según se hayan cumplido unos trámites esenciales y no otros, y que tampoco puede entenderse que la finalidad de la institución jurídica analizada sea compatible con su inaplicación si resulta desfavorable a la Administración, ya que la verdadera finalidad del silencio (según expresa la exposición de motivos de la referida disposición legal) es la evitación de mayores perjuicios a los ciudadanos derivados del incorrecto funcionamiento de la Administración que incumple su obligación de resolver, «premiando» a quien sí ha cumplido con sus deberes, ha de concluirse en que el mero transcurso del plazo fijado para la tramitación de un procedimiento administrativo sin que la Administración haya dictado y notificado resolución expresa provoca por sí solo la producción del silencio administrativo positivo en todos los supuestos salvo en los que específicamente la norma general o sectorial disponga el sentido negativo del mismo, todo lo cual nos lleva a la admisibilidad de la posible operatividad de un silencio administrativo positivo *contra legem*.

En efecto, parece que lo único que puede impedir el juego del silencio positivo por el transcurso del plazo máximo para resolver, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado o de oficio, es que exista norma con rango de ley (general o sectorial) o norma de Derecho comunitario que prevea para el caso concreto el efecto negativo del silencio, esto es, que concurra alguno de los supuestos en los que los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015 prevén el juego del sentido desestimatorio del silencio, pero no el que dicho silencio administrativo positivo pudiera ser *contra legem*.

Ahora bien, el carácter *contra legem* del silencio administrativo positivo que se produzca no se predica de todos los supuestos objeto de análisis, debiendo distinguirse, al hilo de esta exposición, entre los supuestos de ausencia en el procedimiento de los informes preceptivos y los supuestos de emisión de los mismos en sentido desfavorable.

En los supuestos de ausencia en el expediente de los informes preceptivos vinculantes o determinantes exigidos por la normativa de aplicación, no puede afirmarse que se produzca en todo caso un silencio administrativo positivo *contra legem*. Aunque pueda concluirse con rotundidad que el mero transcurso del plazo sin notificación de resolución expresa determina dicha operatividad, pues una interpretación contraria conllevaría prácticamente la inaplicación de la institución jurídica en los términos en que ha sido configurada por la reforma del 99, esto es, como producción de un auténtico acto administrativo, al excluir del ámbito de producción de dichos efectos a todos aquellos procedimientos administrativos en los que, exigiéndose normativamente los referidos informes preceptivos, estos no hubiesen sido emitidos, pudiendo afirmarse incluso que de ser entendida la ausencia de informe preceptivo como obstaculizadora de la producción del silencio, se dejaría en poder de la propia Administración la determinación de dicha operatividad, premiando la no diligencia en la evacuación de los informes, en manifiesta contradicción con el espíritu actual de dicha figura jurídica, sin embargo no puede afirmarse que en todo caso el silencio que se produzca será *contra legem*. En efecto, conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo<sup>11</sup>, la ausencia de informes preceptivos

<sup>11</sup> Por todas, se cita la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), 890/2017, de 23 mayo (RJ 2017/2461) que dispone: «Con arreglo a tales preceptos la jurisprudencia de esta Sala, en los términos que hemos expresado, consideró que la ausencia del informe preceptivo del Secretario de la Corporación en los Acuerdos de aprobación

en el procedimiento habrá de ser analizada casuísticamente, pudiendo dar lugar a la concurrencia tanto de un vicio de nulidad radical, como a una causa de anulabilidad o incluso merecer la consideración de simple irregularidad no invalidante, todo lo cual habrá de ser valorado por la Administración que incumplió su obligación de resolver, pues competirá a ella en todo caso actuar con los instrumentos jurídicos de que disponga frente a dicho silencio administrativo positivo de considerarlo *contra legem*.

Por otro lado, en los supuestos de existencia en el procedimiento de informes preceptivos vinculantes o determinantes desfavorables, concluyendo igualmente en la operatividad del silencio positivo por el mero transcurso del indicado plazo, con independencia del carácter y sentido de los informes emitidos, correspondiendo igualmente a la Administración reaccionar ante las consecuencias que de ello se deriven con los instrumentos jurídicos de que disponga, a la hora de determinar si dicho silencio es o no *contra legem* –tal y como anteriormente se apuntara– ha de diferenciarse en atención al carácter del informe preceptivo desfavorable emitido.

Así, tanto si el informe desfavorable obrante al expediente es vinculante como si es determinante pero a la vez ineludible en la formación de la voluntad del órgano decisor –ante la imposibilidad de apartamiento de su sentido por tratarse de informes técnicos o de informes emitidos por otra Administración pública distinta la decisora y con competencia exclusiva en la materia–, dado que la Administración no puede apartarse del mismo a la hora de dictar su resolución, y dado que, en consecuencia, el sentido del informe (favorable o desfavorable) determina el sentido de la resolución que hubiera de dictar la Administración, puede afirmarse que la contravención del ordenamiento jurídico del silencio administrativo positivo que se produce es manifiesta, al ser contrario a dicho informe, no obstante lo cual opera el silencio administrativo positivo *contra legem*, debiendo la Administración reaccionar frente a ello.

Por el contrario, si el informe desfavorable existente en el procedimiento es determinante con posibilidad de apartamiento motivado por parte de la Administración, no puede con la misma rotundidad afirmarse la contravención del silencio administrativo positivo que se produjera con el ordenamiento jurídico, y será la Administración la que deba determinar la existencia o no de dicha contravención, adoptando las medidas procedentes en cada caso, no produciéndose en estos supuestos en todo caso un silencio administrativo positivo *contra legem*.

---

de los planes de urbanismo «nunca hubiera dado lugar a una nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en los apartados a ) y c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, [...] sino a lo más a una nulidad relativa del artículo 48 de la misma ley», ya que, se decía igualmente, «en todo caso este posible defecto no alcanza la categoría de vicio esencial del procedimiento encuadrable en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, generador de nulidad radical», pues, todo lo más «haría anulable el acuerdo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo». Si examinamos, a continuación, el contenido de los posteriores artículos 62 y 63 de la LRJPA no encontramos diferencias esenciales en relación con la nulidad de pleno derecho de los actos (62.1 e) y de las disposiciones generales (62.2), y una identidad entre los dos números del artículo 48 de la LPA y los dos primeros del 63 de la LRJPA; similitud e identidad que, incluso, recobra la antigua numeración (arts. 47 y 48) en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Debemos, pues, confirmar que no existe motivo alguno para modificar tal doctrina que sitúa la infracción procedimental que nos ocupa –en función de las circunstancias del caso– en el terreno de la anulabilidad (de haberse producido indefensión, o cuando el acto no hubiera alcanzado su fin), o, en ausencia de tales circunstancias, como acontece en el supuesto de autos, en el terreno de las irregularidades no invalidantes».

No obstante dicha puntualización, lo cierto es que en los supuestos en que la contravención con el ordenamiento jurídico del silencio administrativo positivo producida resultase manifiesta, tanto por ausencia de los referidos informes como por la emisión de los mismos en sentido desfavorable, la operatividad de dicho silencio por el mero transcurso del plazo resulta incuestionada, en aplicación de la misma doctrina jurisprudencial expuesta, que afirma con rotundidad que, «en la tramitación de planes de iniciativa pública municipal, que deban ser aprobados definitivamente por la Administración autonómica, rige el silencio administrativo positivo, aún en el caso de que el contenido sustantivo del proyecto de planeamiento no se ajuste a Derecho» (STS, Sección 5.ª, de 17 de noviembre de 2010 y de 5 de diciembre de 2014); «la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y eso es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 [...] y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 [...] y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística» (STS, Sección 5.ª, de 28 de enero de 2009); y, en «el de la aprobación de planes de iniciativa particular, el silencio será negativo, porque la potestad pública de ordenación del territorio y del suelo es insustituible, de manera que no cabe atribuirle, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa [...] Los particulares no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas» (STS, Sección 5.ª, de 17 de noviembre de 2010, rec. 1473/200, y STS, Sección 5.ª, de 5 de diciembre de 2014), debiendo por ello concluirse en la admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de la posible operatividad del silencio administrativo positivo *contra legem*.