

SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

Ignacio ZAMORA SANTA BRÍGIDA

Ayudante predoctoral
Departamento de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho. UCM
ignazamo@ucm.es

I. INTRODUCCIÓN

El silencio administrativo como técnica trae causa de la inactividad formal singular de la Administración que, lejos de encontrar fundamento en nuestra Carta Magna, resulta contraria a su propio espíritu¹. En un Estado de Derecho, donde la Administración debe respeto a la Ley y su actuación ha de inspirarse en el principio de seguridad jurídica, la actitud consistente en no dar respuesta al ciudadano sin que éste sepa a qué atenerse resulta inconcebible; máxime cuando la cláusula de Estado social favorece la satisfacción de los derechos sociales de los ciudadanos, que no son meros súbditos o administrados. Por ello, nótese que, a pesar de la forzosa asunción del silencio administrativo como paliativo, la Administración mantiene la obligación de dictar resolución expresa.

En lo que a la obligación de resolver se refiere, la filosofía del Derecho, tradicionalmente, ha procurado distinguir entre *obligación* y *deber*, dado que la etimología² difiere y, por tanto, también el significado. El concepto de *deber* nace históricamente en el ámbito de la ética y la religión, mientras que la *obligación* lo hace dentro del ámbito del Derecho. Por tanto, la principal divergencia radica en la esencia; moral en el *deber* y jurídica en la *obligación*.

¹ Con ello se pretende poner de manifiesto que las construcciones jurídico-administrativas no operan en el vacío y que el texto de nuestra *lex legum* presenta una incidencia directa en el Derecho público. Trascendencia que, razonablemente, hace dudar sobre la distinción entre Derecho constitucional y Derecho administrativo o, en cualquier caso, descubre la inexistente solución de continuidad entre ambos.

² R. DE ASÍS ROIG, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 65: «Como señala Cortesi, las raíces de los términos deber y obligación no son las mismas: deber deriva del latino *debert*, y ésta a su vez del griego, poseyendo el significado de “es necesario que”. Obligación deriva de *obligare*, y éste del griego, con el significado de “ligar”, aunque también se emplea en el sentido de “constricción»».

En el concreto ámbito del Derecho administrativo, Massimo Severo Giannini³ entendía que de las obligaciones derivan correlativos derechos, comprendidos como situaciones subjetivas relativas a un bien o interés legítimo determinado, mientras que los deberes los relacionaba con mandatos genéricos⁴. Entre los administrativistas españoles, los pronunciamientos más destacables son, por un lado, el de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes defienden que los deberes en sentido estricto tienen su origen en la norma, no existiendo auténticos derechos subjetivos frente a ellos, y, por otro, el de Juan Alfonso Santamaría Pastor, quien sostiene que los deberes públicos carecen de derechos inherentes a los mismos, siendo las verdaderas obligaciones la únicas capaces de generar titulares de derechos.

Una vez sentado lo anterior, la reflexión se centrará en la problemática derivada de la silente actuación administrativa cuando lo solicitado por el ciudadano es el otorgamiento de una licencia urbanística. Cuestión sin duda conflictiva, pues el sentido que el legislador dé a la ausencia de resolución —positivo o negativo— traerá consigo implicaciones bien distintas.

II. RESEÑA HISTÓRICA

Siguiendo a Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la atribución de un valor desestimatorio a la inactividad formal de la Administración tiene un origen muy preciso, pues se encuentra estrechamente vinculada a la configuración técnica del recurso contencioso-administrativo como un proceso de actos previos, donde se examina la legalidad objetiva *ex post*. En atención a lo cual, el silencio negativo es consecuencia lógica de la dinámica regidora de la jurisdicción contencioso-administrativa: se trataba de un escenario de total desamparo hacia el administrado, dado que, de no interesarle a la Administración lo que éste solicitaba aunque estuviera en su total derecho, bastaba simplemente con la mera inactividad para privarle de cualquier garantía judicial⁵.

Con todo, es en Francia donde se instaura, por Ley de 17 de junio de 1900, la técnica del silencio administrativo. En España, la Ley de Bases de

³ En su obra *La obbligazione pubbliche* publicada en 1964.

⁴ El ejemplo que empleaba era «el deber de los funcionarios públicos de cumplir las leyes».

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 2013, p. 642.

Procedimiento Administrativo, de 19 de octubre de 1889, no establecía efecto jurídico alguno ante la inactividad administrativa en el momento de resolver un procedimiento. Por su parte, la denominada Ley de Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888, cuando regulaba el ámbito objetivo del recurso contencioso-administrativo, a partir de su art. 2, tampoco mencionaba ningún tipo de inactividad. Fueron los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal republicana de 1935 y, posteriormente, la Ley de 18 de marzo de 1944, los instrumentos normativos que, con base en el modelo francés, realmente introdujeron la figura del silencio negativo en el Derecho español.

Su consagración en el ordenamiento jurídico llegaría con la Ley de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ de 1956), que implantó, a través de su art. 38, la institución del silencio administrativo negativo como mecanismo que permitiera al particular acudir a los tribunales cuando no hubiere sido resuelta su solicitud. La regulación se completaba con los arts. 94 y 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, estableciendo el siguiente régimen: una vez formulada solicitud ante la Administración, si ésta no notificaba su resolución al interesado en el plazo de tres meses, podía denunciar la mora y, transcurridos otros tres meses desde la denuncia sin recibir respuesta, entender desestimada la petición a fin de interponer, frente a la denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o contencioso.

Asimismo, se estableció el silencio negativo como la regla general y sólo en casos tasados⁶ o en virtud de disposición legal se entendería que el sentido del silencio era estimatorio. Nótese, por cierto, que el silencio administrativo operaba únicamente en los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte y que el art. 58.4 LJ de 1956 establecía el plazo de preclusión de un año para recurrir en caso de silencio negativo⁷.

La regulación descrita se mantendría hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LPC de 1992—, momento a partir del cual el régimen jurídico del silencio administrativo sufrió profundas modificaciones. En primer lugar, varió el modo

⁶ El art. 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 concretó los supuestos de silencio positivo en autorizaciones y aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, es decir, en casos de control *ex post*.

⁷ Sin perjuicio de poder recurrir, fuera de plazo, la resolución expresa extemporánea.

de producción del silencio, dado que, con independencia de su signo, se comenzó a exigir para su reconocimiento la solicitud de la denominada *certificación de acto presunto*⁸. Además, se modificó la naturaleza del silencio negativo, ya que una vez expedida la certificación o pasados veinte días desde su solicitud⁹ tendría valor de verdadero acto presunto y no de mera ficción legal¹⁰. En consecuencia, fuera el sentido del silencio positivo o negativo, al tratarse de un acto presunto, siempre habría plazo de preclusión para presentar recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, las modificaciones de 1992, fruto de su inconsistencia técnica, provocaron la crítica unánime de la doctrina y motivaron su rectificación por medio de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Ello supuso, con acierto, el regreso a la concepción tradicional¹¹: es decir, se volvió a distinguir entre silencio negativo como simple *factio iuris* de efectos exclusivamente procesales y, por su parte, el silencio positivo como un verdadero acto administrativo presunto equivalente, en cuanto a los efectos, a una resolución expresa.

⁸ El Tribunal Constitucional entendió que la omisión del requisito señalado era subsanable, razonando su posición con claridad y contundencia en la Sentencia 3/2001, de 15 de enero (RTC 2001/3): «En efecto, si —como la propia Sala reconoce— la finalidad esencial de la solicitud de actos presuntos anteriormente contemplada en el art. 44 LPC no era otra que denunciar la mora de la Administración a fin de propiciar una respuesta expresa de la misma, la consecuencia que debió llevar aparejada este entendimiento del precepto, de acuerdo con las exigencias derivadas del derecho de acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24.1 CE, no podía ser la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, sino la concesión a los recurrentes de un trámite para subsanar la referida omisión, conforme al art. 129.2 LJCA, dando una nueva oportunidad a la Administración demandada para dictar resolución expresa. Por tal motivo, la decisión del órgano judicial de inadmitir el recurso contencioso-administrativo, equiparando la falta de dicha solicitud a la inexistencia de acto que recurrir, ha de ser considerada excesivamente formalista y claramente desproporcionada, pues, como hemos afirmado ya en diversas ocasiones y resulta igualmente de aplicación ahora, “el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración”, de manera que en estos casos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales “que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver”».

⁹ Plazo durante el cual la Administración aún podía dictar resolución expresa.

¹⁰ E. J. NARBÓN LAÍNEZ y M. J. ALONSO MAS, *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 17.

¹¹ Téngase presente que la producción del silencio administrativo es ahora automática, sin necesidad de denunciar previamente la mora, como sí se exigía en la redacción original de la LPC de 1992.

III. SILENCIO ADMINISTRATIVO: REGULACIÓN VIGENTE Y NOVEDADES DE LA LEY 39/2015

El régimen jurídico vigente del silencio administrativo se articula mediante la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —LPC de 2015— que, dentro del Título II sobre la actividad de las Administraciones Públicas, recoge la obligación legal de resolver en el art. 21 y la regulación del silencio administrativo en el art. 24.

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

En relación con los procedimientos iniciados de oficio, el art. 25.1.a) LPC de 2015 determina que, cuando pudiera derivarse el reconocimiento de derechos o la constitución de situaciones jurídicas favorables, los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

En consideración a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el art. 24.1 LPC de 2015 ofrece por defecto la producción del silencio estimatorio una vez vencido el plazo máximo sin haberse notificado resolución. En este punto, el art. 43 LPC de 1992 dejaba expresamente a salvo los siguientes supuestos: cuando una norma con rango de ley¹² o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario; los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición recogido por el art. 29 CE; aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfir-

¹² Sirva de ejemplo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2011 (RJCA 2011/950), en la que se resuelve en unidad de doctrina que «en el procedimiento de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios no rige el silencio positivo, siendo una de las excepciones previstas en el art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al estar encuadrado en la disposición adicional 29.2, Anexo 2, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ya que se está en presencia de una acreditación académica».

rieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones¹³.

A todo ello hay que añadir las excepciones al silencio positivo que, además, incorpora el vigente art. 24 LPC de 2015: los supuestos en que una norma de Derecho internacional aplicable en España establezca lo contrario; cuando la solicitud implique el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente; en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud del interesado. Igualmente, el art. 24 LPC de 2015 menciona que, cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

Asimismo, el art. 24.4 LPC de 2015 garantiza que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer ante la Administración y ante cualquier persona, física o jurídica, pública o privada.

En último lugar, conviene hacer, dado el objeto del presente escrito, una puntualización de interés. En materia de licencias urbanísticas, el art. 11.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 (TRLS de 2015) establece¹⁴ que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Ahora bien, se trata de la excepción a la regla, razón por la que en los demás casos, incluida la aprobación del planeamiento urbanístico¹⁵, la Administración no podrá eludir, pese a las tensiones que ello genere, los efectos resultantes del acto presunto estimatorio.

¹³ Con la excepción en este último supuesto de los recursos de alzada interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud.

¹⁴ Conserva la prohibición que ya recogían tanto el art. 8.1.b) (art. 9.7 tras su última modificación) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, como el art. 242.6 (que sí hacía referencia expresa a las licencias) del Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

¹⁵ Planteamiento que corrobora el art. 25.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015.

IV. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN ANTERIOR: TRADICIONAL CONCESIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Inicialmente el art. 165.2 de la Ley del Suelo de 1956 remitía de forma expresa, en todo lo referido al procedimiento de otorgamiento de licencias, al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (RSCL); norma aún vigente¹⁶, cuyo art. 9.1.7.º, en sus apartados *a)* y *c)*, reconocía al silencio administrativo efectos estimatorios en los procedimientos relativos a licencias urbanísticas:

«*a)* el peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo; *b)* si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo, y *c)* si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo».

En adelante, el art. 242.5 del Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 (TRLRDU de 1992) mantuvo el régimen tradicional, pues lo que hizo fue remitir, en ese punto, a la normativa local aplicable. Sin embargo, una vez entró en vigor la LPC de 1992, al transformar totalmente el régimen de producción del silencio administrativo, provocó una perniciosa confusión que la reforma ejecutada por la Ley 4/1999, con fortuna, finalmente desvaneció.

La legislación urbanística más reciente¹⁷ diferencia entre obras mayores y obras menores, fijando en el primer caso un plazo de resolución de tres

¹⁶ T. QUINTANA LÓPEZ, *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 724 y ss. Pese a la existencia de voces discrepantes dentro de la doctrina, como la de Gómez Puente, el autor Quintana López sostiene que, aun manteniendo su vigencia, el régimen del silencio administrativo previsto en el RSCL es desplazado en favor de las distintas normas urbanísticas autonómicas.

¹⁷ Sirvan de ejemplo Comunidades Autónomas como: La Rioja, Aragón o Castilla-La Mancha.

meses¹⁸ y en el segundo de un mes, vencido el cual la licencia se entiende otorgada por silencio positivo, sin necesidad ninguna de denunciar la mora¹⁹.

Finalmente, el art. 242.6 TRLS de 1992, siguiendo la línea marcada por el art. 178.3 TRLS de 1976, concretó que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico». Precepto que, de ese modo, puso fin a una polémica que giraba en torno a dos corrientes antagónicas: una valedora de la seguridad jurídica y otra de la legalidad. Fue, por tanto, esta última tesis la que convenció al legislador y la que defendió la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 2009.

A continuación se hará referencia a los presupuestos necesarios para que el silencio positivo opere en los procedimientos de otorgamiento de licencias urbanísticas. Para ello, no se acudirá a las diversas legislaciones autonómicas, sino que se hará una exposición sistemática en virtud de lo dispuesto por los preceptos hasta ahora mencionados.

1. Presupuestos formales

En primer lugar, la licencia ha de solicitarse ante la Administración competente, siendo ésta, según el art. 21.1.q) LRBRL, el alcalde u otro órgano de la Administración local; solicitud que, cuando así se exija, habrá de acompañarse del proyecto técnico correspondiente a fin de que se considere realizada la solicitud y, por tanto, se inicie el cómputo del plazo del silencio administrativo.

En segundo lugar, habrá de disponer de los títulos administrativos²⁰ que, en su caso, requieran las normas sectoriales *ex ante* al otorgamiento de la licencia urbanística.

El tercer requisito consiste en que haya transcurrido el plazo sin que fuere notificada la resolución del procedimiento. Plazos que, como ya se advirtió, sólo se ajustarán a lo establecido por el art. 9.1. 5.º y 7.º RSCL en defecto de regulación autonómica; lo que no implica que, en todo caso, hayan de respetar el límite fijado por los apartados 2.º y 3.º del art. 42 LPC de 1992.

Una vez cumplido con todo lo anterior, el cuarto y último presupuesto formal para la obtención de la licencia urbanística por silencio administra-

¹⁸ Cuatro en Aragón, si se solicita simultáneamente la licencia de obras y de actividad.

¹⁹ T.-R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, 2011, p. 227.

²⁰ Pueden ser: licencias, autorizaciones, permisos, concesiones administrativas, la declaración de impacto ambiental e/o informes preceptivos.

tivo estimatorio será la falta de notificación del acto administrativo o bien la ausencia de resolución por inactividad de la Administración.

2. Presupuesto sustantivo

Además de los presupuestos formales mencionados, el legislador ha venido exigiendo, a través de los distintos textos legales, un presupuesto subjetivo necesario para la adquisición de la licencia urbanística por silencio positivo: que lo solicitado no sea contrario a la legalidad urbanística.

El requisito ha sido contemplado por los distintos textos refundidos en materia de urbanismo; desde el art. 178.3 TRLS de 1976, hasta el hoy vigente art. 11.3 TRLS de 2015.

Presupuesto, cabe precisarse, que el Tribunal Constitucional declaró ajustado al régimen de distribución de competencias articulado por la Constitución, haciendo público en su conocida Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, el siguiente razonamiento:

«El art. 242.1 y 6 TRLS, relativo a los actos sujetos a licencia urbanística, ha sido objeto de impugnación, igualmente, por su carácter básico [...] Es otro, sin embargo, el título competencial en juego respecto del apartado 6 del art. 242 TRLS. Este precepto, en atención a su contenido, se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al art. 242.6 TRLS. Regulación que ha venido a recogerse en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

V. POSICIONAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA

Son tres las corrientes jurisprudenciales que han podido distinguirse sobre la cuestión.

1. Prohibición legal de adquirir por silencio administrativo positivo licencias urbanísticas *contra legem*

La primera y dominante radica en la imposibilidad de adquirir por la vía de un acto presunto estimatorio licencias urbanísticas contrarias a la

legalidad urbanística. Es decir, considera que el sentido negativo del silencio es plenamente operativo en el otorgamiento de las licencias urbanísticas *contra legem*.

En un primer momento, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7327), afirma lo siguiente:

«No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el art. 43.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, “salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, siendo una norma con ese rango, como lo era el art. 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”».

Cuestión relevante sobre la cual la Sala 3.^a del Tribunal Supremo prefiere no profundizar en su Sentencia de 28 de enero de 2009 (RJ 2009/1471). Sentencia, no obstante, que al dictarse en interés de ley ha tenido gran trascendencia, cuya *ratio decidendi* es la que a continuación se transcribe:

«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 esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el art. 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de 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 una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística».

Cabe señalar que, en el último de sus fundamentos, la Sala manifiesta su voluntad de que la doctrina legal establecida por el fallo se haga extensiva al art. 8.1.*b*), último párrafo, TRLS de 2008.

La importancia de la Sentencia²¹ estriba en la prohibición que formula como doctrina legal de adquirir una licencia en materia urbanística, por la vía del silencio administrativo positivo, cuando lo solicitado no sea conforme a Derecho. Ergo, de la misma se desprende: por una parte, que no hay lugar a legislación autonómica en sentido opuesto y, por otra, que la Administración no deberá tramitar un procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio. No obstante, es significativo que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo elabore la doctrina legal citada, incluso, con pleno conocimiento de la problemática que ello suscitará en la práctica:

«No comparte esta Sala del Tribunal Supremo ese parecer por las razones que seguidamente vamos a exponer, aunque no nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar».

Esta doctrina legal consolidó, sin duda, un escenario de elevada inseguridad jurídica para los solicitantes de licencias urbanísticas. Incertidumbre que no es otra cosa sino la expresión de una deficiente técnica legislativa, pues, como plantea con genuina brillantez Germán Fernández Farreres:

«No resulta aceptable, por consiguiente, que un mismo supuesto pueda determinar tanto un efecto positivo como un efecto negativo, en función, una vez producido el transcurso del plazo para resolver, de que lo solicitado sea o no conforme a Derecho. En tal caso, el transcurso del plazo no da respuesta definitiva al problema del silencio, pues el interesado no podrá saber el juicio de legalidad que su petición le merece a una Administración

²¹ Muestra de su trascendencia fue la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2009/5723), al disponer lo siguiente: «Vinculando esta doctrina legal a todos los jueces y tribunales, no puede en modo alguno ser desconocida por este centro directivo ni tampoco por notarios y registradores, quienes, a la vista de la ordenación urbanística correspondiente y en el ámbito de sus respectivas funciones, deberán tenerla bien presente a la hora de examinar si el acto que se pretende documentar públicamente, y en su caso inscribir, goza de la cobertura que proporciona la licencia que venga legalmente exigida, la cual, en los supuestos que indica el Tribunal Supremo, no puede en ningún caso entenderse concedida por silencio administrativo positivo».

que no se pronuncia. De manera que el transcurso del plazo termina por no resolver nada, sencillamente porque el silencio puede ser tanto positivo como negativo. Fácilmente se comprende, pues, que la inseguridad jurídica sea total. El solicitante de la licencia considerará, lógicamente, que el silencio es positivo. Más aún, no sería lógico que interpusiera recurso contencioso-administrativo por considerar que el silencio es negativo, ya que ello presupondría que él mismo reconoce que su solicitud es disconforme a Derecho. Pero su creencia de que el silencio es positivo y que, por tanto, ha adquirido la licencia ninguna consistencia tendrá, porque lo que cuenta no es lo que él crea, sino el que su solicitud sea conforme a Derecho. Y que lo sea o no, pasa por el juicio previo a la Administración y, tras él, por el de la jurisdicción contencioso-administrativos. De manera que los efectos del silencio positivo prácticamente quedan en nada»²².

2. Licencias contrarias a la legalidad urbanística: grados de incumplimiento

La segunda, que realmente sigue a la primera rebajando el tono riguroso, sostiene que no todo incumplimiento de las disposiciones urbanísticas sustantivas impide obtener la licencia solicitada mediante la técnica del silencio, sino sólo el que tenga la consideración de grave. Sin embargo, únicamente ha sido defendida en contadas resoluciones judiciales, siendo representativa la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/243), en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Oviedo por la siguiente razón:

«Tal es lo que sucede en la petición que da lugar al presente proceso en que el apelado solicitó una licencia para la construcción de una vivienda unifamiliar en una parcela situada en una zona en la que el propio Ayuntamiento apelante había concedido antes licencias para construcciones semejantes y en el que el conjunto de edificaciones circundantes permitían suponer muy fundadamente, como resulta de la prueba pericial practicada, que se trataba de un núcleo de población ya formado. En tales circunstancias, el cambio de criterio de la Corporación apelante, adoptando uno más estricto en la consideración de un grupo de viviendas como núcleo de población y excluyendo el constituido por el que examinamos de esa calificación, no puede oponerse a la adquisición por el apelado de

²² G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 362 y ss.

un derecho a edificar que sólo la Administración hubiera podido discutirle cumpliendo por su parte la obligación de resolver expresamente la petición que le fue presentada».

3. Silencio administrativo positivo ilimitado

La tercera y menos influyente defiende la inoperatividad del silencio administrativo negativo cuando el contenido de la licencia urbanística sea *contra legem*. Según dicha corriente, la mera concurrencia de los presupuestos formales antes expuestos basta para que la licencia urbanística se obtenga por la vía del silencio positivo, prescindiendo así del presupuesto sustantivo.

De esta forma, la producción del acto presunto estimatorio es automática, pudiendo ser atacado por la Administración, en caso de entenderlo ilegal, bien tramitando un expediente de revisión de oficio, si el acto presunto se encuentra viciado de nulidad radical, o bien mediante la declaración de lesividad para el interés público y su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando el acto presunto sea simplemente anulable.

Esta posición era la sostenida por la Sentencia de 29 de marzo de 2007 (RJCA 2007/479), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, que protagonizó el recurso de casación en interés de ley causante de la citada Sentencia de 28 de enero de 2009 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo. Sentencia, la recurrida, que se sumaba a la tesis sostenida por la Sentencia de 24 de mayo de 2005 (JUR 2005/212063) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, cuyo núcleo esencial disponía lo siguiente:

«Por tanto, si un particular cuenta con una licencia obtenida por “silencio administrativo positivo” que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo,

impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999. Situación que en nada difiere a la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea».

VI. ALCANCE DE LA NUEVA REGULACIÓN: SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

La entrada en vigor del RDL 8/2011 rompió con la regla general del silencio positivo —siempre que lo solicitado fuera conforme a Derecho— descrita en el apartado anterior, pues establece de forma expresa el carácter negativo del mismo en los procedimientos de autorización de las principales actuaciones urbanísticas, recogidas en su art. 23.

Precepto que, pese a ser derogado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (disposición derogatoria única), se incorporó al contenido del art. 9 TRLS del 2008. Texto que, al ser recientemente derogado, deriva la definitiva regulación de la cuestión al vigente art. 11 TRLS de 2015. Precepto que, por medio de su apartado cuarto, establece lo siguiente:

«Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen: *a)* movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación; *b)* las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta; *c)* la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes; *d)* la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público».

Por otra parte, interesa señalar que el Real Decreto Ley fue empleado, en la materia que nos ocupa, sin justificar los motivos de extraordinaria y urgente necesidad exigidos por el art. 86.1 CE, ya que el cambio del sentido del silencio administrativo en materia urbanística bien podría haber seguido el procedimiento legislativo ordinario. Ésa es la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional en su Sentencia 29/2015, de 19 de febrero (RTC

2015/29); que, pese a la derogación del precepto impugnado, no perdió de forma sobrevenida el objeto del proceso por tratarse de una cuestión de inconstitucionalidad lo que se resolvía, y no un recurso.

Asimismo, cabe advertir que el 5 de noviembre 2013 fue admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 5493/2013 contra la disposición final 12.^a, 5, de la Ley 8/2013, en relación con el art. 9, apartados séptimo y octavo, TRLS de 2008, actual apartado cuarto del art. 11 TRLS de 2015. Pese a ello, la doctrina duda de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de alguna de las normas citadas, salvo por razones competenciales; ergo, todo hace indicar que se va a consolidar el silencio negativo en materia de licencias²³.

Es por ello que la disyuntiva entre tomar una decisión arriesgada o no desaparece con la nueva regulación que, ante la inactividad de la Administración, impone el silencio negativo; obligando así al interesado a posponer el inicio de las obras, pese a no ser el responsable en el retraso de la tramitación de la licencia solicitada.

Ahora bien, pese a todo, es posible que el nuevo régimen estatal que introduce la regla del silencio desestimatorio en materia de licencias urbanísticas resulte inaplicable; de un lado, la legislación estatal considera el sentido del silencio administrativo negativo en materia de licencias urbanísticas y, a su vez, hay Comunidades Autónomas que establecen como regla general el silencio estimatorio —sin pretensión de modificar su actual legislación urbanística—.

La problemática estaba resuelta por doctrina y jurisprudencia. En cuanto a la primera, Eduardo García de Enterría entendía que el *desplazamiento* de la norma autonómica —técnica inspirada tanto en la primacía del Derecho comunitario como en el Derecho federal alemán— solucionaba el problema sin necesidad de plantear una cuestión o recurso de inconstitucionalidad. En la misma línea se ubicaba la segunda, siendo su principal valedora la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2010 (RJ 2010/7690), en la que se razona con total acierto lo siguiente:

²³ F. GONZÁLEZ BOTIJA, «Seguridad jurídica y crisis económica no justifican el silencio negativo. A propósito de la STC 29/2015, de 19 de febrero», *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 35 (2015), pp. 113-130, e *id.*, «Silencio administrativo positivo y adquisición de licencias urbanísticas municipales: crónica de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid», en A. L. RUIZ OJEDA (coord.), *El gobierno local: estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 739-778.

«En nuestra Sentencia de 13 de octubre de 2003, dictada en el recurso de casación número 2602/2000, sintetizamos el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, señalando en lo que ahora importa lo siguiente: Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articulación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico se produce sin perjuicio de la articulación de éste y del estatal en el “supraordenamiento” constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma *normarum*. Y que cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que ésta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y, por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica [...] En tal supuesto (Sentencia de 20 de febrero de 2007, dictada en el recurso de casación núm. 4381/2003), y ante motivos de casación que también denunciaban, en esencia, la infracción consistente en inaplicar una ley autonómica sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, respondió este Tribunal negando que tales motivos pudieran ser acogidos: “lisa y llanamente —decíamos— porque la Sala de instancia no declara inconstitucional ni nula ninguna norma con rango de ley, sino que se limita, como le compete, a seleccionar la norma aplicable; labor en la que le es perfectamente lícito ‘desplazar’ una ley autonómica cuando otra posterior, estatal, ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación a la que no se ajusta la establecida en aquélla”».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante su Sentencia 66/2011, de 16 de mayo (RTC 2011/66), rompe con la técnica del desplazamiento al considerar que las normas autonómicas que puedan contravenir normas básicas han de preservar su vigencia y eficacia hasta que sea el propio Tribunal Constitucional quien se pronuncie, asumiendo así el monopolio para la inaplicación de leyes autonómicas²⁴.

²⁴ Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2011, de 16 de mayo: «De una

En suma, aunque lo previsible es que se consolide la nueva regla del silencio administrativo negativo en materia de licencias urbanísticas, la inseguridad jurídica está servida.

VII. CONCLUSIÓN

La nueva regulación en materia de licencias urbanísticas, que introduce la regla general del silencio negativo, traerá consigo consecuencias económicas bastante indeseables. Elevará el riesgo de perder en agilidad y eficacia, dado que los retrasos en el otorgamiento de licencias supondrán la demora en el inicio y ejecución de los proyectos urbanísticos e inmobiliarios. Escenario que, sin duda, incrementará el coste de la financiación y los supuestos de responsabilidad ante incumplimientos contractuales.

Por ello, y tras el estudio realizado en el presente escrito, parece lógico pensar que respetar en materia de licencias urbanísticas la regla general de silencio positivo establecida por la LPC podría ser una solución acertada. Como ha reconocido la propia doctrina constitucional, resulta inadmisibles que la Administración obtenga una posición ventajosa derivada de su propio incumplimiento. De modo que la Administración, mediante el cumplimiento de la ley al resolver los procedimientos pendientes, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica e hipotética ilegali-

parte, al dejar inaplicado “por propia, autónoma y exclusiva decisión” el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que se integran en una “ley posconstitucional vigente” (en colisión con las norma básicas de la ulterior Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local), la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife de 19 de mayo de 2006, por más que pueda resultar “aparente o formalmente motivada” en virtud de las referencias al desplazamiento de la norma autonómica, constituye, sin embargo, “una resolución no fundada en Derecho” (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8.º), que resulta, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE). De otra parte, al dejar inaplicado ese precepto por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una “cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC” (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8.º) la Sentencia de instancia ha vulnerado igualmente el derecho de la entidad recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) [...] Hemos de reiterar, en definitiva, que los “órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas posconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16.º), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley posconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1.º). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional”».

dad que tanto se lamenta. Por tanto, admitir el silencio estimatorio, incluso en solicitudes de licencias contrarias a la legalidad urbanística, es asumible, pues la Administración siempre estaría en disposición de reaccionar contra el acto presunto vía revocación de oficio o declaración de lesividad y, de ese modo, la preocupación por evitar actuaciones urbanísticas *contra legem* aumentaría la eficacia de su funcionamiento, como así desea el art. 103.1 CE. Asimismo, la seguridad jurídica crecería, dado que el silencio negativo crea un estado de pendencia que juega en contra de la actividad económica. En esta línea, Tomás Quintana López no se muestra favorable al sentido positivo del silencio administrativo sin límites; sin embargo, reconoce que la utilización de los mecanismos de revisión que proporciona el ordenamiento jurídico en el ámbito urbanístico para eliminar las licencias *contra legem* obtenidas por silencio estimatorio es la opción más respetuosa con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima²⁵. Ahora bien, es cierto que el silencio positivo aplicado en este ámbito podría provocar, cuando efectivamente la obra o actividad adoleciera de ilegalidad, situaciones muy molestas para el ciudadano y/o de difícil reparación para el medio ambiente.

Por último, merece destacar que la implantación del silencio administrativo negativo en el ámbito urbanístico no descansa en el imperioso interés general requerido por el art. 24.1 LPC de 2015, con la gravedad que ello comporta. La reforma efectuada por la Ley *Omnibus* del régimen general del silencio se tradujo, con cierta demora, en la obligatoria modificación, por el gobierno, del sentido desestimatorio del silencio administrativo en los procedimientos que no quedarán amparados por las mencionadas razones imperiosas de interés general. Dicha obligación, recogida por el art. 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible²⁶, lejos de acatarse en materia de licencias urbanísticas, es incumplida. La única razón que el gobierno ofreció, a fin de justificar que el sentido del silencio pasara de positivo a negativo, fue la conveniencia de contribuir a una mayor seguridad jurídica, impidiendo así que la mera

²⁵ T. QUINTANA LÓPEZ, *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 751.

²⁶ Artículo que, a través de su apartado primero, establece que: «Con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones Públicas, el gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

pasividad de los ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo²⁷. En consecuencia, la opción por el sentido desestimatorio del silencio resulta del todo improcedente.

²⁷ *Vid.* el capítulo VI del Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.