

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

E. SCHMIDT-ABMANN

La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas

M. CARLÓN RUIZ

El servicio universal de telecomunicaciones

R. FERNÁNDEZ ACEVEDO

La problemática cuestión de la rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Su regulación jurídica en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas

G. GARCÍA ÁLVAREZ

Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico

I. SANZ RUBIALES

Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico

171

Madrid

Septiembre/Diciembre

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 171,
Madrid, septiembre-diciembre (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

SILENCIO ADMINISTRATIVO Y PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR LICENCIAS CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO

ÍÑIGO SANZ RUBIALES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

1. LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR LICENCIAS CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO. APROXIMACIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL: 1.1. *El silencio positivo en la legislación urbanística.* 1.2. *La cláusula que imposibilita la adquisición de licencias por infracción del ordenamiento: su introducción en el Derecho español:* 1.2.1. El problema generado por el silencio positivo: el conflicto entre seguridad jurídica y legalidad. 1.2.2. La solución legislativa y su evolución *pro Administratione.* 1.2.3. La jurisprudencia sigue manteniendo la opción por la legalidad frente a la seguridad jurídica. 1.3. *La explicación dogmática de la negación del silencio positivo contra legem. Crítica:* 1.3.1. ¿La ilegalidad puede convertir el silencio positivo en negativo? 1.3.2. La teoría de la «inexistencia» del acto presunto. 1.3.3. Inexistencia y silencio negativo tienen idénticos efectos.—2. EL MARCO LEGAL: LA CLÁUSULA DE PROHIBICIÓN DE AUTORIZACIONES PRESUNTAS CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO NO CAMBIA LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO SURGIDO POR SILENCIO POSITIVO: 2.1. *El artículo 242.6 TRLS es compatible con el régimen del silencio de la LAP: la conformidad con el ordenamiento es requisito de validez de las licencias presuntas.* 2.2. *Del régimen del silencio de la LAP se deduce la posibilidad de otorgamiento contra legem: la doctrina del Consejo de Estado.* 2.3. *Según la LAP —art. 62.1.f)—, puede haber actos presuntos favorables nulos de pleno derecho.* 2.4. *La prohibición de licencias contra legem por silencio no rompe la presunción de validez del acto presunto estimatorio.*—3. CRÍTICA DE LA INAPLICACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO A LAS SOLICITUDES CONTRA LEGEM DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 3.1. *Es contraria al principio de seguridad jurídica.* 3.2. *Blinda a la Administración, de forma que elude la responsabilidad en la comprobación de la legalidad de la solicitud... y traslada al solicitante la responsabilidad de valorar la conformidad de su iniciativa con el ordenamiento jurídico.* 3.3. *Lleva al absurdo de que la inactividad administrativa beneficia a la Administración y no al particular.* 3.4. *Supone una ilícita ampliación de plazos para resolver.* 3.5. *La Administración dispone de otras técnicas para evitar perjuicios al interés general: la suspensión administrativa de licencias ilegales.*—4. LA ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LAS LICENCIAS OTORGADAS POR SILENCIO: 4.1. *Licencias nulas de pleno derecho y anulables.* 4.2. *Revisión administrativa y control judicial de las licencias inválidas.*—5. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En materia de licencias urbanísticas rige el silencio estimatorio ante la inactividad administrativa. Sin embargo, el artículo 242.6 del *Texto Refundido de la Ley del Suelo* de 1992 prohíbe adquirir por silencio administrativo licencias contrarias al ordenamiento urbanístico. Esta previsión ha sido interpretada tradicionalmente como impeditiva del surgimiento del acto estimatorio, de forma que la adecuación al ordenamiento constituiría un requisito del silencio positivo. Y la disconformidad provocaría la inexistencia del acto o el silencio negativo. Sin embargo, según las Leyes 30/1992-4/1999, puede haber licencias ilegales otorgadas por silencio que gozan de presunción de validez hasta que la Administración (en revisión de oficio) o los Tribunales las anulen; lo que no cabe es la denegación intempestiva de la solicitud de la licencia.

Palabras clave: silencio administrativo; licencias urbanísticas; presunción de validez.

ABSTRACT

«Positive administrative silence» operates as a general rule in case of administrative silence in the sphere of urbanistic licenses. Nevertheless, Article 242.6 *Texto Refundido de la Ley del Suelo* 1992 prevents from acquiring licenses contraries to urbanistic regulations. This provision has been customarily construed as an obstacle for the emergence of an act granting the license through «administrative silence»; being considered the consistency with the laws and regulations on this field as a condition for the «positive silence». Thus, any discordance with the former would bring about either the non-existence of the act or a «negative silence». Notwithstanding, following the provisions of Leyes 30/1992-4/1999, it may be possible to speak about illegal licenses granted through silence, with presumption of validity until the Administration (on revision ex officio) or courts proceed to annul them. But the extemporaneous denial of the application for the license is not conceivable.

Key words: administrative silence; urbanistic licenses; presumption of validity.

1. LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR LICENCIAS CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO. APROXIMACIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

1.1. *El silencio positivo en la legislación urbanística*

Desde la entrada en vigor de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, las licencias urbanísticas han estado sometidas a un régimen de silencio administrativo positivo. En concreto, el artículo 165.2 LS'56 se remitía a las previsiones del RSCL en cuanto al procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias urbanísticas¹. Y el artículo 9.1.7.º RSCL (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955) señalaba:

a) *«El peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos (...), podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo (...), y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo.»*

b) (...)

c) *«Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores (...), se entenderá otorgada por silencio administrativo.»*

Como se ve, se aplica en ambos supuestos —obras mayores y menores— el régimen del silencio positivo.

¹ «El procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las entidades locales» (art. 165.2 Ley de 12 de mayo de 1956, de *Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*).

Aunque todavía colea la discusión sobre la vigencia de este precepto reglamentario², debe entenderse que esta previsión del artículo 9.1.7.º ha quedado derogada —en lo que se muestre como incompatible con ella— por la Ley 30/1992³.

El mismo planteamiento (silencio positivo, remisión a las previsiones del RSCL) se mantuvo en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (art. 178); el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por RD 2187/1979, de 23 de junio, contiene una redacción idéntica a la del Texto Refundido (art. 4.1).

Las leyes autonómicas de urbanismo han mantenido el silencio estimatorio en el procedimiento de concesión de licencias. En el caso de Castilla y León, la Ley 5/1999, de Urbanismo, establece en su artículo 99.3 que, «*transcurridos los plazos señalados*» en la Ley desde la solicitud sin que se haya resuelto, «*podrá entenderse otorgada la licencia*».

1.2. *La cláusula que imposibilita la adquisición de licencias por infracción del ordenamiento: su introducción en el Derecho español*

1.2.1. *El problema generado por el silencio positivo: el conflicto entre seguridad jurídica y legalidad.*

Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, la instauración generalizada del silencio positivo por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no planteó problemas interpretativos serios en cuanto al cómputo de los plazos o a la naturaleza de éstos; el problema principal que planteó el silencio positivo era el de determinar el contenido concreto de la autorización o aprobación obtenidas por esta vía⁴.

Este autor sistematiza en tres líneas la jurisprudencia recaída al respecto: un planteamiento *pro* «seguridad jurídica», según el cual la

² F. A. CHOLBI CACHÁ (2002), *El Procedimiento de Concesión de las Licencias de Urbanismo (especial referencia a la aplicación del silencio positivo)*, El Consultor, Madrid, págs. 507-514; T. QUINTANA LÓPEZ (2006), «El silencio de la Administración en el Derecho urbanístico», en VV.AA., *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 408-409.

³ «La pretensión unificadora de la Ley 30/1992, su carácter de norma posterior y, además, básica, proporcionan sólidos argumentos en pro de su aplicación prioritaria» [L. MARTÍN REBOLLO (2005), *Leyes administrativas*, 11.ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, pág. 1124]; en sentido similar, F. LLISET BORRELL y J. A. LÓPEZ PELLICER (2002), *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, 2.ª ed., El Consultor, Madrid, págs. 86-87.

⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004), *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.ª ed., Civitas, Madrid, pág. 604.

autorización presunta respondería completamente a la solicitud; otro planteamiento, más sensible a la legalidad, que entendía que no cabía admitir la obtención por silencio de facultades prohibidas por la ley; finalmente, una línea intermedia aceptaba la obtención por silencio de todo lo solicitado, salvo que la autorización incurriese en un vicio de nulidad de pleno derecho⁵. En definitiva, se planteaba un dilema entre seguridad jurídica y legalidad⁶.

Esta confrontación de líneas jurisprudenciales se vio interrumpida por la aprobación de la reforma de la Ley del Suelo, de 1975, que incluyó una cláusula de defensa de la legalidad a ultranza⁷, en la línea de la segunda de las alternativas expuestas, que se vio confirmada por el propio legislador.

1.2.2. *La solución legislativa y su evolución pro Administratione.*

El Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, aportó una importante novedad en la regulación del otorgamiento por silencio de las licencias urbanísticas: después de remitirse a la legislación local en lo que se refiere al procedimiento de otorgamiento de las licencias, el artículo 178.3 establecía:

«En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento».

Este texto legal, que establece por primera vez a nivel normativo la cláusula de prohibición de licencias *contra legem* por silencio, sirvió para consolidar aquella segunda línea jurisprudencial señalada más arriba, más proclive a la salvaguarda de la legalidad que a la seguridad jurídica, en un curioso proceso de «realimentación» circular⁸.

Esta cláusula tenía, por otra parte, un alcance mucho menos restrictivo que en la legislación vigente, porque se limitaba a prohibir la adquisición de las facultades contrarias a Derecho, no de la licencia

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004: 604).

⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN (2005), *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, pág. 509.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004: 605).

⁸ J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992): «Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas», núm. 127 de esta REVISTA, pág. 106.

en general. Como recuerda una reciente sentencia, «de lo dispuesto en esta norma se desprende que adquiriría por silencio positivo la licencia, pero tan sólo en la medida en que se acomodara a la normativa urbanística; en consecuencia se adquiriría parcial o totalmente, pero la licencia como tal se adquiriría». En efecto, «lo que decía el TR del 76 es que no se adquirirían facultades en contra del ordenamiento urbanístico, por silencio, lo que significa que no se adquirirían las facultades del proyecto que [fueran] contrarias al ordenamiento urbanístico, pero no determinaba que no se adquiriera la licencia, en cuanto al resto del proyecto que fuera conforme con dicho ordenamiento»⁹.

Este precepto (art. 178.3 TRLS) fue desarrollado por el Reglamento de Disciplina Urbanística, que mantuvo —y mantiene— la remisión a la legislación local (art. 4.1) y reitera dicho artículo 178.3 en su artículo 5.1, aunque añade una coletilla que tiene notable interés, porque niega la posibilidad de indemnización a favor de los solicitantes que ejecuten los proyectos con ilegalidades cuando la Administración, que no se pronunció en el plazo previsto, suspenda la actividad o demuela lo realizado (art. 5.2).

Posteriormente, la LS'90 (Ley 8/1990, de 25 de julio, del Suelo y Urbanismo) mantuvo la cláusula de prohibición de adquirir facultades *contra legem* con similar redacción a la de la LS'75: «*En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico aplicables*» (DA 4.^a).

Finalmente, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio), aunque mantiene el régimen del silencio positivo, en la medida en que se remite a la legislación de Régimen local (art. 242.5), sin embargo, amplía el ámbito de la prohibición de adquirir derechos contra el ordenamiento, porque dejan de ser «*facultades*» y pasan a ser «*licencias*». El artículo 242.6 TRLS, básico¹⁰, establece:

⁹ Y la consecuencia era clara: «una resolución tardía del Ayuntamiento denegando la licencia de esta forma obtenida sería nula de pleno derecho, ya que [supondría] una revocación de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento revocatorio establecido por la Ley» (STSJ Valencia de 14 de mayo de 2001, FD 2.º). En contra de esta interpretación, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO (1981), *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, pág. 262, que entienden que, como consecuencia de que la licencia es un acto único de control de legalidad, no cabe sostener la posibilidad de autorizaciones referidas sólo a partes o elementos de la edificación.

¹⁰ Tal y como establece la STC 61/1997, de 20 de marzo, en su FJ 34, al referirse a este párrafo: «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.º CE) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al artículo 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».

«En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

La redacción de este precepto conlleva una importante restricción de derechos de los solicitantes de licencias, porque impide la adquisición de las licencias por cualquier infracción (incluso menor) del ordenamiento jurídico. Precisamente por ello, puede estar incurriendo en una infracción por *ultra vires*, ya que, por la vía de la refundición, hace decir al Texto Refundido lo que no decía ni el TR del 76 ni la Ley del 90¹¹, y en claro perjuicio de los derechos de los particulares: de la no adquisición de «facultades» se pasa a la no adquisición de «licencias»¹².

En el mismo año que el Texto Refundido de la Ley del Suelo se aprobó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (Ley 30/1992), que tímidamente todavía —tuvo que ser mucho más explícita la Ley 4/1999, de reforma de la anterior— configuró el efecto del silencio estimatorio como un verdadero acto (así lo establece expresamente la EM de la Ley 4/1999), por lo que podían llegar a surgir actos estimatorios presuntos contrarios a la legalidad, aunque ni el legislador sectorial ni los Tribunales lo aceptan claramente¹³.

Con posterioridad, las leyes autonómicas han mantenido una redacción similar a la del artículo 242.6 TRLS (no en vano, éste es un precepto básico). En Castilla y León, la Ley de Urbanismo (Ley 5/1999, de 8 de abril), después de aludir al silencio estimatorio, y a su excepción, en el caso de que el acto solicitado afecte a elementos catalogados o del dominio público, establece en su artículo 99.5: *«No obstante, en ningún caso podrán entenderse otorgadas por silencio administrativo licencias contrarias o disconformes con la legislación o con el planeamiento urbanístico».*

¹¹ También entiende que hay una infracción *ultra vires* la STSJ Valencia de 14 de mayo de 2002 (FD 2.º), como señala la STSJ Valencia de 22 de julio de 2003 (FD 3.º).

¹² La nueva redacción de la cláusula fruto de esta modificación parece, además, contraria al principio de conservación de los actos (aunque este principio se dirige al aplicador), que busca minimizar el alcance de la invalidez, y que señala: *«la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella»* (art. 64.2 LAP), ya que cualquier ilegalidad provocará no la imposibilidad de obtener las facultades «tocadas» por la ilegalidad, sino la licencia, en general. La eventual invalidez de algunas cláusulas no tiene por qué impedir (en muchos casos) la validez de otras, y de la licencia en general, cuando se trate de partes independientes dentro del mismo acto.

¹³ J. M. BAÑO LEÓN (2000), «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», en VV.AA. (coord. por F. SOSA WAGNER), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1357.

1.2.3. *La jurisprudencia sigue manteniendo la opción por la legalidad frente a la seguridad jurídica.*

Tanto el Tribunal Supremo como, en buena medida, los Tribunales Superiores de Justicia han apoyado —y siguen apoyando— con armas y bagajes una interpretación de esta cláusula prohibitiva incluida en las leyes urbanísticas contraria a los derechos de los solicitantes, con base en la doctrina de la «*esponja limpiadora*», según la cual el silencio positivo no puede limpiar los vicios y defectos del acto. Se afirma reiteradamente que el cumplimiento de la legalidad —la adecuación al ordenamiento jurídico— constituye un requisito de existencia del silencio positivo¹⁴, de tal forma que si el acto es ilegal, el acto estimatorio no llega a surgir. Lo que se pretende, por lo tanto, es evitar perjuicios al interés público¹⁵, es decir, impedir que «la pasividad de la Administración se convierta en una decisión *que vulnera el ordenamiento jurídico...*, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento jurídico» (STS de 4 de abril de 1997, Ar. 2745). De esta forma no caben los actos presuntos *contra legem*: la ilegalidad de la solicitud provoca la «inexistencia» del acto presunto (vid. *infra*, 1.3.2).

En cuanto al alcance de la ilegalidad necesaria para destruir el silencio positivo, desde la STS de 1 de diciembre de 1982 (Ar. 733) se sigue la dirección «correcta», según GARCÍA-TREVIJANO: la inaplicación del silencio positivo o «inexistencia» (según algunos) del acto no exigía que la infracción del ordenamiento contenida en la solicitud fuera radical (nulidad de pleno derecho), sino que bastaba para ello cualquier ilegalidad (también un vicio de anulabilidad), salvo los vicios formales menores, para entender que el acto no había llegado a surgir, que era inexistente¹⁶.

¹⁴ Vid., últimamente, las SSTS de 4 de junio de 1997 (Ar. 5015), 12 de mayo y 2 de noviembre de 1999 (Ar. 3631 y 8478), 31 de enero de 2000 (Ar. 582), 22 de febrero del mismo año (Ar. 3639), 26 de marzo de 2001 (Ar. 6609), 26 de marzo de 2004 (Ar. 2268), etc.

¹⁵ Vid., entre otras, las SSTS de 28 de octubre de 1988 (Ar. 8297), de 19 de noviembre de 1990 (Ar. 8769) o de 26 de marzo de 2001 (Ar. 6609). Cfr. J. M. BAÑO LEÓN (2000: 1358-1359).

¹⁶ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990), *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, págs. 305-306. Sin embargo, algunas sentencias posteriores, como las SSTS de 20 de junio y 7 de octubre de 1980, o de 13 de noviembre de 1986 (Ar. 6403), matizaron el criterio maximalista de la Ley, al exigir que la ilegalidad que impedía obtener las facultades urbanísticas fuera clara y determinante, manifiesta, de tal forma que resultara indiscutible: cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004: 605); M. RIVERO GONZÁLEZ (2000), «Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado», en VV.AA., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, pág. 296. Recientemente, algunas decisiones de Tribunales Superiores de Justicia han vuelto a reiterar la necesidad de que la infracción sea notoria y manifiesta: p. ej., STSJ Andalucía (Granada) de 30 de julio de 2003.

Desde entonces, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como también la denominada «jurisprudencia menor» han seguido manteniendo que no cabe obtener por silencio facultades contrarias a Derecho cuando exista legislación sectorial que así lo establezca (p. ej., art. 242.6 TRLS o los artículos correspondientes de las leyes autonómicas)¹⁷.

Ahora bien, durante todos estos años no han faltado tampoco decisiones jurisprudenciales que entendían que el silencio positivo opera también ante solicitudes de licencias *contra legem*, de tal forma que la Administración no podría libremente revocar su otorgamiento tácito¹⁸: así, las SSTs de 7 de octubre de 1980 (Ar. 3871), de 2 de marzo de 1987 (Ar. 3452), de 6 de mayo y de 2 de noviembre del mismo año (Ar. 5233 y 7757), de 24 de octubre de 1989 (Ar. 7481), de 20 de enero de 1998 (Ar. 243), de 22 de febrero de 2000 (Ar. 3639)¹⁹. Últimamente, algunos Tribunales Superiores de Justicia, como el valenciano, mantienen este planteamiento —véase la STSJ Valencia núm. 66, de 14 de mayo de 2002 (FD 2.º), que recoge, igualmente, la STSJ Valencia núm. 1156, de 2003, o la del TSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2000, o la del TSJ Castilla y León (Burgos) de 9 de mayo de 2003²⁰—. Pero son sentencias aisladas, que no constituyen, ni mucho menos, la doctrina mayoritaria dentro de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁷ SSTs de 30 de enero y 26 de octubre de 1998 (Ar. 587 y 8118), 3 de febrero, 24 de noviembre y 15 de diciembre de 1999 (Ar. 669, 7702 y 8760), 29 de junio de 2002 (Ar. 6016), etc.; SSTSJ Cantabria de 9 de marzo de 2001 (Ar. 127343) y de 20 de junio de 2005 (Ar. 176038); una reciente Resolución, de 22 de marzo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma también la subsistencia de la legislación sectorial frente a las previsiones de la LAP (FD 2.º): «La repetida norma no ha sido derogada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, como ha afirmado también la doctrina más autorizada, al entender que una norma general posterior no deroga a una especial anterior si no lo dice expresamente. Además, con posterioridad a la Ley 4/1999, las Comunidades Autónomas han promulgado normas urbanísticas y, todas ellas, y, en concreto en lo aplicable al presente caso, la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña establece en su artículo 5.2 que en ningún caso se pueden considerar adquiridas por silencio administrativo facultades contrarias a dicha Ley o al planeamiento. Y este mismo criterio ha sido declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2001 (Sección 5.ª)».

¹⁸ Cfr. J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 136).

¹⁹ El FD 4.º de esta última sentencia señala: «(...) aunque se estime que tal proyecto incumplía la normativa urbanística municipal, al haber sido otorgada ya la licencia [por silencio administrativo], la Administración debió acudir a la suspensión dispuesta en el artículo 186 de la Ley del Suelo de 1976 y posterior traslado a la Sala jurisdiccional competente, o a la anulación de tal acto declarativo de derechos, a través del mecanismo articulado en el artículo 110 LPA, pero no denegar directamente una licencia de obra ya otorgada».

²⁰ «No es legítimo —dice esta última sentencia en su FD 2.º— que el Ayuntamiento, amparándose en su propia inactividad (...) pretenda recuperar el tiempo perdido optando por la clausura de la actividad».

1.3. *La explicación dogmática de la negación del silencio positivo contra legem. Crítica*

1.3.1. *¿La ilegalidad puede convertir el silencio positivo en negativo?*

No faltan quienes afirman que la previsión de la cláusula prohibitiva de la adquisición de facultades por silencio en contra del ordenamiento constituye un supuesto de silencio negativo²¹, es decir, de una ficción legal con efectos únicamente procesales, porque en la práctica, ante la inactividad administrativa tras la solicitud, el interesado deberá acudir a los Tribunales para que se le reconozca el derecho que la Administración desconoce²².

Ahora bien, la legislación sectorial establece de forma expresa el carácter estimatorio del silencio en las autorizaciones urbanísticas, pero no califica de silencio negativo la situación cuando se producen infracciones del ordenamiento²³. Y podría hacerlo: al igual que el artículo 43.2 LAP atribuye carácter desestimatorio al silencio cuando suponga la transferencia de *facultades relativas al dominio público o al servicio público* —silencio condicionado—, las leyes sectoriales podrían calificar como silencio negativo la inactividad administrativa ante solicitudes contrarias al ordenamiento; pero —insisto— no lo han hecho²⁴. Configura la cláusula prohibitiva de adquirir licencias

²¹ J. C. LAGUNA DE PAZ (2006), *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Pamplona, pág. 207; T. QUINTANA LÓPEZ (2006: 420); en sentido similar lo afirman los autores del *Memento Práctico Urbanismo 2005-2006* (2005), Francis Lefevre, Madrid, pág. 1146: «El silencio administrativo, como regla general, juega en sentido positivo. Sin embargo, cuando la solicitud de licencia o el proyecto en el que se apoye sean contrarios a la ordenación urbanística, el silencio será siempre negativo».

²² J. M. BAÑO LEÓN (2000: 1357); vid., igualmente, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002a), «Licencia urbanística y silencio administrativo en el Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», *RAAP*, núm. 46, pág. 506.

²³ Tampoco califica la situación de «inexistencia». Pero mientras que el silencio es una técnica depurada y regulada pormenorizadamente por la Ley 30/1992, la inexistencia no está regulada en el Derecho español.

²⁴ Aunque no pueden pasarse por alto algunas diferencias entre ambas situaciones (la de mera ilegalidad y la de transferencia de facultades demaniales o de servicio público): mientras que en el caso de la ilegalidad de las licencias urbanísticas hay un derecho preexistente en el solicitante, derecho que no tiene por qué verse eliminado por la existencia de ilegalidades (en condiciones normales), en el caso de las facultades relativas al dominio o al servicio público no hay ningún derecho previo del solicitante; además, y a sabiendas de la inseguridad que deriva de ambos supuestos, es relativamente asequible conocer de la existencia de servicios públicos o de dominio público, mientras que normalmente resulta difícil conocer todos los pormenores de la legalidad urbanística: la seguridad jurídica queda mejor salvaguardada con la cláusula demanial-servicial que con la relativa a la legalidad general (que incluye la anterior). Es muy clara, en este sentido, y ejemplar para la regulación española, la previsión del artículo 421-19 del *Code de l'urbanisme* francés, que establece un listado de casos (actualmente, ocho), indudables y manifiestos, exceptuados del silencio

como una excepción al silencio positivo, pero distinta de la técnica del silencio negativo²⁵.

Hay otro indicio importante para considerar que la prohibición del otorgamiento de autorizaciones *contra legem* no conlleva la desestimación presunta de la solicitud: la LAP establece una serie de requisitos del régimen del silencio administrativo, en garantía de los particulares: por una parte, el artículo 42.4 impone a la Administración la obligación de «*publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de (...) los efectos que produzca el silencio administrativo*». No hay más que echar un vistazo a estas relaciones publicadas por los municipios (Administraciones competentes para conceder estas autorizaciones urbanísticas) para comprobar que, a pesar del artículo 242.6 TRLS y de los correspondientes de las leyes autonómicas, no se establece el silencio negativo por infracción de la legalidad (aunque sí se prevé en el supuesto del art. 43.2 LAP de las facultades relativas al dominio o al servicio públicos)²⁶; por otra parte, el mismo artículo 43.4 establece que «*las Administraciones públicas informarán a los*

estimatorio en materia de licencias urbanísticas: cfr. M. MONNIER (1992), *Les décisions implicites d'acceptation de l'Administration*, LGDJ, París, págs. 73 y ss. Vid., igualmente, el artículo 23 de la Loi n. 2000-321 du 12 avril 2000, *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, que establece los plazos en los que la Administración puede retirar una decisión implícita de aceptación ilegal.

²⁵ Es paradigmática, en este sentido, la legislación urbanística castellano-leonesa, en cuanto a la calificación de estos supuestos; el artículo 99.3 LUCYL establece: «Transcurridos los plazos... *podrá entenderse otorgada la licencia...*, *excepto cuando el acto solicitado afecte a elementos catalogados o protegidos o al dominio público*. No obstante, *en ningún caso podrán entenderse otorgadas por silencio administrativo licencias contrarias o disconformes con la legislación (...)*». Se aprecia, por lo tanto, una triple calificación: silencio estimatorio (regla general), silencio desestimatorio (catálogos o dominio público) y prohibición de adquirir licencias *contra legem*. Esta prohibición, a pesar de la redacción («en ningún caso *podrán entenderse otorgadas*»), no se incluye como un supuesto de silencio negativo, porque queda fuera de la excepción («excepto...»). Es algo distinto, aunque no se califica. Ese carácter distinto es un indicio de que incluye un requisito de validez y no de silencio. Más claro es el Reglamento (RUCYL, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero), que en el artículo 299, después de afirmar la regla general (otorgamiento por silencio), hace una salvedad («no obstante...») con dos supuestos: *a)* «la solicitud... debe entenderse desestimada...» (en los casos ya conocidos: bienes de interés cultural, dominio público...), y *b)* «en ningún caso pueden entenderse otorgadas...». En definitiva, aunque se plantea como una excepción al silencio positivo, el silencio *contra legem* tiene un tratamiento distinto del que es negativo o desestimatorio.

²⁶ Véase, p. ej., el Anexo del Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ayuntamiento de Valladolid, en lo que se refiere a las licencias urbanísticas *ex* artículo 97 Ley 5/1999, de Urbanismo de Castilla y León: el silencio se califica como estimatorio, salvo que afecte a elementos catalogados o protegidos o al dominio público, en cuyo caso es desestimatorio. No se menciona la ilegalidad como supuesto de silencio negativo. Vid. igualmente, aunque no se trate de una relación de procedimientos, sino de una ordenanza municipal, el artículo 47 de la Ordenanza de 23 de diciembre de 2004 del Ayuntamiento de Madrid, sobre tramitación de licencias urbanísticas, donde se aprecia con absoluta claridad que la prohibición de adquisición de facultades *contra legem* no es ningún supuesto de silencio negativo.

administrados... de los efectos que pueda producir el silencio administrativo... en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente». Tampoco aquí se viene señalando, en la práctica, el posible silencio negativo en caso de ilegalidad, por lo que resulta inaceptable que se dicte resolución expresa extemporánea desestimatoria basada en el artículo 242.6 TRLS²⁷.

1.3.2. *La teoría de la «inexistencia» del acto presunto.*

Como se acaba de ver, la legislación parece configurar la cláusula prohibitiva de adquirir licencias como una excepción al silencio positivo, pero sin calificarlo expresamente como silencio negativo. ¿Qué naturaleza jurídica tiene, entonces?

La mayor parte de las decisiones jurisprudenciales relativas a licencias urbanísticas *contra legem* obtenidas por silencio reconocen que la adecuación al ordenamiento constituye un requisito del silencio positivo, esto es, del carácter estimatorio del silencio²⁸. El silencio positivo previsto por las leyes del suelo sería, desde esta perspectiva, un silencio positivo condicionado, sometido a la condición de que lo solicitado no sea ilegal²⁹. Y si «*quien puede lo más, puede lo menos*», si por norma con rango de ley se puede establecer el silencio negativo (art. 43.2 LAP), con más razón se podrá establecer un «*silencio condicionado*» del estilo del previsto por el artículo 242.6 TRLS³⁰.

Si esto es así, la presencia de una infracción al ordenamiento impide que surja el acto administrativo, convierte el acto presunto en

²⁷ J. CASTELAO RODRÍGUEZ (2005), «Las licencias urbanísticas en la legislación estatal y en la Ley 5/1999», en VV.AA. (coord. por E. SÁNCHEZ GOYANES y A. MARINERO PERAL), *Derecho urbanístico de Castilla y León*, Edit. Abella-El Consultor, Madrid, pág. 1244.

²⁸ Los requisitos para que se produzca el silencio positivo eran, según GARCÍA-TREVIJANO, los siguientes: 1) la solicitud debe formularse correctamente; 2) se deben seguir por el solicitante los trámites previstos, y 3) es preciso que lo solicitado no sea contrario a la ley. Cfr. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990: 298 ss.); vid., igualmente, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002a: 505); S. MARTÍN VALDIVIA (1999), «El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares (análisis comparativo de la nueva regulación legal de la institución)», núm. 149 de esta REVISTA, pág. 433; hoy en día mantiene este planteamiento T. QUINTANA LÓPEZ (2006: 416 ss.).

²⁹ Equivaldría a una «autorización provisional», producida por el transcurso del tiempo sin actividad administrativa, que puede ser anulada posteriormente por una resolución expresa desestimatoria de la solicitud. El riesgo de realizar o no la actividad provisionalmente autorizada recae exclusivamente sobre el solicitante: J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 131).

³⁰ A. BOIX PALOP (2002), «La discutible necesidad de la licencia de obras menores», en VV.AA. (coord. por J. M. BAÑO LEÓN y J. CLIMENT BARBERÁ), *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M. Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1338; J. M. BAÑO LEÓN (2000: 1357); M. SÁNCHEZ MORÓN (2005: 510).

«inexistente»³¹. GARCÍA-TREVIJANO entendía que el ámbito donde de forma más clara se apreciaba la diferencia entre acto nulo y acto inexistente era el silencio positivo; de tal forma que la petición contraria a la legalidad no daba lugar a un acto (presunto) viciado de nulidad, sino a un acto inexistente, o, mejor dicho, a la inexistencia de acto, por lo que el silencio no habría producido efectos³².

Sin embargo, por una parte, este planteamiento es anterior a la previsión del artículo 62.1.f) LAP, que califica como nulos de pleno derecho los actos presuntos por los que se obtienen facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición. Sería absurdo que la mera ilegalidad conllevara la inexistencia y una infracción grave del ordenamiento, la nulidad de pleno derecho, tal y como establece el artículo 62.1.f) LAP.

Y, por otra, es importante recordar que la categoría de la inexistencia no está recogida por nuestro Derecho positivo³³. Además, la doctrina tiende a calificar como inexistentes no tanto los actos (presuntos) que infringen el ordenamiento, sino los actos a los que falta incluso la apariencia de tal acto, que no tienen los requisitos necesarios para su perfección y, por tanto, carecen de presunción de validez³⁴. En este sentido, las ilegalidades groseras, manifiestas, incluidas en la solicitud de autorización no pueden crear actos estimatorios: no surge el silencio positivo cuando la solicitud carece de los elementos esenciales para identificarla como tal³⁵; no hay acto ni presunción de validez.

³¹ Sobre la peculiar categoría de acto inexistente por silencio, véase E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990: 295 ss.); una aguda crítica a este planteamiento doctrinal y jurisprudencial puede verse en V. BACA ONETO (2006), *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 68.

³² E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1992: 178).

³³ Cfr. M. BELADIEZ ROJO (1995), «Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión», núm. 138 de esta REVISTA, pág. 147.

³⁴ Cfr. V. AGUADO I CUDOLA (2001), *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, pág. 103; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004: 622); M. REBOLLO PUIG (2005), «La presunción de validez», *REDA*, núm. 128, pág. 612, y el listado de autores que cita, etc.

³⁵ M. GÓMEZ PUENTE (2000), *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, págs. 679 y 691. Las solicitudes deben reunir los requisitos formales del artículo 70 LAP y la documentación necesaria para que la Administración pueda adoptar una decisión; y no los reúne cuando la solicitud de construcción de una casa no adjunta proyecto alguno, cuando el *petitum* es indeterminado o ambiguo, cuando el solicitante carece de legitimación, cuando la Administración carece totalmente de la competencia para resolver; cuando la solicitud es anónima, o de contenido imposible o manifiestamente infundado. En estos casos no hay auténtica solicitud, por lo que no surge el deber de resolver en cuanto al fondo. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, con posterioridad a la Ley 30/1992, pasó a aceptar la nulidad de pleno derecho de los actos presuntos estimatorios, reduciendo la categoría de la inexistencia (de la que fue su principal valedor) a los supuestos de solicitudes incompletas, que impiden pronunciarse a la Administración, e, igualmente, al supuesto de que se solicite la licencia a una autoridad distinta de la competente (supuestos incluidos en los señalados por GÓMEZ PUENTE): E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1994), *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, págs. 34 y ss.

1.3.3. *Inexistencia y silencio negativo tienen idénticos efectos.*

La peculiar categoría de la inexistencia no se separa mucho, en la práctica, de la de silencio negativo, cuando se aplica a las licencias urbanísticas presuntas *contra legem*. En efecto, aquélla es reconducible a ésta, porque la inexistencia no tiene, *per se*, cabida en el ordenamiento español, y los efectos que se le intentan atribuir son los mismos que produce la técnica del silencio desestimatorio en materia autorizatoria. Así, los efectos de una y otro son los mismos: por una parte, la ausencia de acto autorizante (bien porque se ha denegado la autorización, bien porque no existe ésta); por otra, la posibilidad de impugnación judicial de dicha ausencia: aunque, propiamente, un acto «inexistente» no podría dar lugar a la impugnación judicial, lo cierto es que la jurisprudencia admite sin dudarlos los recursos contra dichos actos que ella califica como inexistentes (es sabido que el efecto característico del silencio negativo —que no de la inexistencia— es la apertura de la vía judicial).

Aunque «con estas previsiones, el legislador sectorial no establece una excepción al régimen del silencio administrativo, sino que *extiende su carácter negativo a todas las solicitudes contrarias al ordenamiento jurídico*»³⁶, lo cierto es que la jurisprudencia prefiere utilizar la teoría de la inexistencia a la técnica del silencio: en las decisiones judiciales nunca se habla de silencio negativo o desestimatorio en caso de ilegalidad. Este planteamiento responde a un motivo claro: prefieren los jueces utilizar el término de inexistencia, que responde a un concepto jurídico inexistente (valga la redundancia) en el Derecho positivo, por lo que no puede someterse a una regulación normativa estricta (sólo jurisprudencial). Término de «inexistencia» que —en la práctica— responde al concepto de silencio negativo, como acabamos de ver.

A la vista de esto, algo falla en la jurisprudencia cuando se aplica una técnica con un régimen jurídico normativo claro (silencio negativo: que conlleva la presunción de denegación y la posibilidad de impugnación) y los aplicadores no la califican con su nombre y buscan una curiosa teoría —la de la inexistencia— para justificarla; y cuando se inaplica otra —silencio positivo, complementado, en su caso, con la nulidad de pleno derecho— expresamente prevista por la ley.

³⁶ J. C. LAGUNA DE PAZ (2006: 207).

2. EL MARCO LEGAL: LA CLÁUSULA DE PROHIBICIÓN DE AUTORIZACIONES PRESUNTAS CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO NO CAMBIA LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO SURGIDO POR SILENCIO POSITIVO

2.1. *El artículo 242.6 TRLS es compatible con el régimen del silencio de la LAP: la conformidad con el ordenamiento es requisito de validez de las licencias presuntas*

Ha quedado señalado de forma reiterada que la legislación configura la prohibición de adquirir licencias *contra legem* como una aparente excepción al silencio positivo, pero sin calificarla expresamente como silencio negativo: la doctrina de la «inexistencia» aplicada a estos supuestos es incoherente con la mayor parte de los supuestos, que tienen apariencia clara de acto, y la del silencio negativo es inaplicable, por no prevista; la única solución pasa por entender que la adecuación al ordenamiento constituye un requisito de validez de los actos (no de existencia, y tampoco de silencio estimatorio), de tal forma que las licencias presuntas *contra legem* serán inválidas (no otorgan facultades o derechos a los solicitantes), aunque gocen de presunción de validez³⁷.

En efecto, la regulación legal permite una interpretación de la cláusula compatible con el silencio positivo de las autorizaciones urbanísticas; de hecho, el artículo 242.6 TRLS declara simplemente la invalidez de una licencia otorgada por silencio. Por lo tanto, no se puede afirmar que el artículo 242.6 TRLS sea inconstitucional, por contradecir las previsiones del artículo 43.4 LAP, porque no son incompatibles³⁸.

Es cierto que la terminología utilizada por el artículo 242.6 TRLS puede dar lugar a más de un equívoco: «*en ningún caso se entenderán adquiridas*», dice. Ese «*se entenderán*» podría interpretarse como una presunción, ya que recuerda de forma inevitable la terminología propia del silencio administrativo: «*los interesados podrán entender estimadas por silencio...*»; «*el recurso de alzada... se entenderá estimado...*» (art. 43.2 LAP); sin embargo, la LAP identifica «*entender estimadas*» con «*estimación*» y «*entender desestimadas*» con «*desestimación*», y en todo caso las califica de auténticos actos administrativos (estimatorios o desestimatorios)³⁹. Por eso, el vocablo

³⁷ J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002a: 510).

³⁸ En sentido similar, M. BELADIEZ ROJO (1995: 151).

³⁹ Estos términos, sin embargo, no conllevan presunciones, porque —como señala el mismo precepto, en el párrafo siguiente (art. 43.3 LAP)— «*la estimación por silencio tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo*»: no sólo es un «verdadero acto ad-

«se entenderán adquiridas» equivale a «se adquirirán», sin presunción alguna.

De acuerdo con lo anterior, la redacción del artículo 242.6 TRLS responde a la de un supuesto de invalidez: es característica de los actos inválidos, porque no generan facultades ni deberes⁴⁰ (en el caso, no se adquieren las licencias), aunque deben ser respetados u obedecidos por razón de la presunción de validez de los actos administrativos.

En efecto, la presunción de validez de los actos obtenidos por silencio positivo no es incompatible con la invalidez, incluso radical, de éstos; es más, es en el ámbito de la nulidad de pleno derecho donde aquella presunción despliega todos sus efectos, «porque es una regla llamada a operar sin que se sepa a ciencia cierta si el acto es una cosa u otra»; y «aunque haya razones para entender que el acto es nulo de pleno derecho, la presunción despliega sus efectos»⁴¹.

Sorprende, por ello, lo que señalan algunos autores que entienden incompatibles los regímenes del silencio de la LAP y el artículo 242.6 TRLS; de acuerdo con lo que aquélla establece en las disposiciones adicionales, y a sabiendas de que la LAP es posterior al TRLS, no parece que quepa la aplicación del principio *lex specialis derogat generalem* y, con base en la incidencia de la LAP en la normativa sectorial (plasmada en las disposiciones adicionales, que la limitan en algunos ámbitos sectoriales) y en una interpretación *sensu contrario* de la disposición derogatoria de aquélla, el artículo 242.6 TRLS debería entenderse derogado por el sistema del silencio de la LAP⁴².

ministrativo eficaz» (tal y como establece la *Exposición de Motivos* de la Ley 4/1999), sino que la Ley tampoco reitera lo de «entender estimado», sino que habla de «estimación», a secas. Pero, a continuación, la Ley alude a «la desestimación por silencio». Es decir, que incluso cuando la inactividad se configura como una «ficción legal para permitir (...) acceder al recurso contencioso-administrativo», la Ley habla de desestimación, y no de «entender desestimada». Y el párrafo siguiente lo confirma (art. 43.4): a) «En los casos de estimación por silencio...»; b) «En los casos de desestimación por silencio». Finalmente, el artículo 43.5 señala: «Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada». En definitiva, el «entender» estimadas o desestimadas las solicitudes significa que, efectivamente, surgen actos administrativos estimatorios o desestimatorios.

⁴⁰ Cfr. M. REBOLLO PUIG (2005: 611).

⁴¹ M. REBOLLO PUIG (2005: 608). «Esto es así, no sólo porque es lo que se deduce del artículo 57.1 LAP que no establece ninguna matización, sino porque es lo lógico, lo razonable, lo único que da sentido a la presunción y lo que se deduce de todo el sistema».

⁴² V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 116 y 119); V. BACA ONETO (2006: 57); en sentido similar, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002a: 508-509); J. CASTELAO RODRÍGUEZ (2005: 1243). Según este autor, «la conclusión... no puede ser otra que considerar que el contenido del artículo 242.6 LS92 ha devenido en ilegal, por contradecir frontalmente las previsiones de la LRJAP y PAC, en su versión actual». Aparte de que la situación jurídica no sería la ilegalidad, sino la inconstitucionalidad (por tener contenidos contrarios a una Ley básica), en el artículo 242.6 TRLS no se afirma expresamente ningún criterio contrario a la técnica del silencio positivo.

Sin embargo, como hemos visto —y la normativa autonómica de desarrollo del artículo 242.6 TRLS confirma, porque no se ha cuestionado su constitucionalidad—, cabe, sin forzar, una interpretación de este precepto que lo haga compatible con las previsiones de la LAP.

2.2. *Del régimen del silencio de la LAP se deduce la posibilidad de otorgamiento contra legem: la doctrina del Consejo de Estado*

De la redacción legal (LAP) se deduce con mediana claridad el carácter automático del silencio positivo, en tanto en cuanto no se incurra en ninguna de las excepciones legales. En efecto, el artículo 43.2 establece: «*Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario europeo establezca lo contrario*»⁴³. Y en el párrafo siguiente se confirma: «*La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento*». Por este mecanismo se pueden entender estimadas pretensiones ilegales⁴⁴.

De acuerdo con estas previsiones —sustancialmente, las que se incluían en el Proyecto de Ley—, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, es contundente y afirma con claridad la aplicabilidad del silencio positivo en los casos de ilegalidad. En efecto, según el órgano consultivo:

«El anteproyecto, en garantía de la certeza en la situación del administrado, *no condiciona en ningún momento el efecto estimatorio del silencio a la conformidad al ordenamiento jurídico de lo solicitado*; el silencio positivo actúa por el simple transcurso del tiempo, sin más requisitos. El artículo 43.3 proyectado dice: “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los

⁴³ «*Quedan exceptuados* —sigue diciendo el artículo 43.2 LAP— *de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio*».

⁴⁴ J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002a: 508).

efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (...)»⁴⁵.

La regulación proyectada, por lo tanto, *mantiene la consideración del acto presunto estimatorio como un acto a todos los efectos, cuya eliminación sólo es posible por las vías previstas en los artículos 102 y 103 de la Ley (...)»*⁴⁶.

2.3. Según la LAP —art. 62.1.f)—, puede haber actos presuntos favorables nulos de pleno derecho

En efecto, la redacción del artículo 62.1.f) LAP es clarificadora: «*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*». Este supuesto de nulidad de pleno derecho se recoge por primera vez en la Ley 30/1992, que lo crea como complemento de la regulación del silencio administrativo, tal y como establece la Exposición de Motivos de la LAP (IX *in fine*).

La Ley señala que los actos surgidos por silencio ilegales y favorables son nulos de pleno derecho cuando los destinatarios carecen de los requisitos esenciales para adquirir las facultades o derechos⁴⁷. En una interpretación *sensu contrario* de esta cláusula, se puede afirmar que si los destinatarios cumplen con aquellos requisitos esenciales, esos actos presuntos transferirán facultades *contra legem* válidamente o, en el peor de los casos, serán meramente anulables⁴⁸.

Es decir, la Ley reconoce, por una parte, que la inactividad administrativa puede transferir facultades en contra del ordenamiento a los administrados y, por otra (implícitamente), que el silencio *contra legem* no impide, por sí solo, la ejecutividad de los actos: el silencio producirá efectos hasta que se reaccione contra él y se declare la nu-

⁴⁵ «Además, reconoce expresamente que, en los casos de estimación por silencio, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo puede ser confirmatoria del mismo, de modo que, como señala la Exposición de Motivos del anteproyecto, la Administración únicamente lo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley».

⁴⁶ Dictamen núm. 5356/1997, sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, de 22 de enero de 1998.

⁴⁷ Sobre el concepto de requisitos esenciales pueden verse las opiniones recogidas por V. AGUADO I CUDOLÀ (2006), «El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual», en VV.AA., *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 216 y ss.

⁴⁸ V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 115). En el mismo sentido, este autor trae a colación el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de diciembre de 1994 (núm. 1979).

lidad⁴⁹. Lo cual supone contrariar abiertamente la doctrina jurisprudencial asentada dictada en aplicación del artículo 242.6 TRLS.

Por otra parte, el artículo 62.1.f) LAP está creando la categoría de actos presuntos favorables gravemente ilegales y, por lo tanto, nulos de pleno derecho: no cabe ya, por lo tanto, afirmar que no pueden existir actos presuntos favorables nulos de pleno derecho⁵⁰. Ahora bien, estos actos, en cuanto tales, aunque nulos, están cubiertos por la presunción de validez y sólo dejan de someterse a ésta cuando así se declara.

En definitiva, si en un determinado ámbito de actuación administrativa la ley prevé que el silencio es positivo, los actos presuntos *contra legem* se deben entender como estimatorios, sin perjuicio de que puedan incurrir en invalidez, absoluta o relativa⁵¹.

2.4. *La prohibición de licencias contra legem por silencio no rompe la presunción de validez del acto presunto estimatorio*

La jurisprudencia que viene interpretando la cláusula que impide adquirir por silencio licencias contrarias al ordenamiento como manifestación del silencio desestimatorio o negativo no tiene en cuenta el juego de la presunción de validez de los actos administrativos. En efecto, la presunción de validez de los actos (cfr. art. 57 LAP) es aplicable a los que surgen del silencio positivo⁵², por lo que son ejecutivos mientras no se declare su invalidez o se suspendan de acuerdo con la ley. Buena prueba de ello —de la existencia de la presunción de validez en actos incluso nulos— es la previsión del artículo 62.1.f) LAP.

De esta forma, cuando el artículo 242.6 TRLS dice que «*no se pueden entender adquiridas por silencio las licencias...*», significa que los derechos o facultades reconocidos en virtud del silencio positivo simplemente se presumen adquiridos en virtud de la presunción de

⁴⁹ M. GÓMEZ PUENTE (2000: 691); V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 106); J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (1995), *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 37.

⁵⁰ Como entendía E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990: 297-298).

⁵¹ M. GÓMEZ PUENTE (2000: 679); V. AGUADO I CUDOLÀ (2006: 215). En contra, sin embargo, vid. R. PARADA VÁZQUEZ (2004), *Derecho Administrativo III (Bienes públicos. Derecho urbanístico)*, 10.ª ed., Marcial Pons, Madrid, pág. 535, que señala: «Esta regulación —se refiere al art. 62.1.f) LAP— implica, pues, una ampliación del efecto del silencio positivo que la Administración sólo podrá desconocer cuando acredite que faltan “requisitos esenciales” para la debida obtención de la licencia, sin que sea suficiente que la petición hubiera incurrido en simple infracción del ordenamiento urbanístico o de las determinaciones de los planes». En definitiva, PARADA admite la posibilidad del silencio negativo en el caso de que la licencia presunta sea nula de pleno derecho: no reconoce un acto presunto favorable y nulo de pleno derecho.

⁵² M. GÓMEZ PUENTE (2001: 691); M. REBOLLO PUIG (2005: 615).

validez de los actos administrativos, que puede destruirse por los medios reconocidos por la legislación administrativa⁵³.

Y un particular puede actuar amparado por un acto administrativo (p. ej., licencia) ilegal, pero con presunción de validez, hasta que es eliminado por los medios previstos. De esta forma, «si la autorización sigue desplegando sus efectos, la conducta del particular estará jurídicamente amparada por ella. Mientras no se destruya la presunción de validez hay que aceptar que la conducta no es antijurídica»⁵⁴. Pero esta presunción de validez vincula no sólo a los particulares, sino también a la Administración, que sólo puede eludirla mediante la anulación o declaración de invalidez⁵⁵.

En definitiva, el gran problema generado por la jurisprudencia que inventó el concepto de «inexistencia» del acto presunto ilegal era que interpretaba que el silencio comportaba la adquisición, si bien temporal, de facultades o derechos⁵⁶; sin embargo, como hemos visto, los actos nulos no otorgan facultad alguna, aunque en virtud de la presunción de validez de estos actos pueda presumirse la adquisición de derechos y facultades (del acto nulo no pueden surgir facultades, pero debe respetarse su contenido hasta que se declare la invalidez).

En resumen, si un acto expreso inválido, en virtud de la presunción de validez de que goza, produce efectos hasta que se declara su invalidez, exactamente lo mismo es predicable de un acto presunto también inválido⁵⁷. La tutela de la situación del solicitante, y especialmente su seguridad jurídica, llevan, por lo tanto, a tratar de la misma manera los actos expresos y los derivados del silencio: el régimen de invalidez es el mismo para ambos⁵⁸. En la misma línea se mueven tanto la jurisprudencia francesa como la propia Administración, que se esfuerzan por aplicar los principios que rigen las decisiones expresas a las autorizaciones derivadas del silencio administrativo⁵⁹.

⁵³ V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 117-118); M. BELADIEZ ROJO (1995: 150).

⁵⁴ M. REBOLLO PUIG (2005: 601).

⁵⁵ M. REBOLLO PUIG (2005: 603 ss.).

⁵⁶ Así lo explica V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 119).

⁵⁷ J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 139).

⁵⁸ M. BELADIEZ ROJO (1995: 151).

⁵⁹ M. MONNIER (1992: 164-165, 173-174, etc.).

3. CRÍTICA DE LA INAPLICACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO A LAS SOLICITUDES CONTRA LEGEM DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1. *Es contraria al principio de seguridad jurídica*

La institución del silencio administrativo tiene una finalidad evidente: se crea en beneficio de los particulares frente a las consecuencias perjudiciales de la inactividad administrativa; por una parte —esto se manifiesta con más claridad en el silencio negativo—, permite la impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa, de acuerdo con el derecho a la tutela judicial efectiva; por otra, afianza la seguridad de los solicitantes, que no tienen que soportar los perjuicios derivados de la inactividad administrativa, especialmente cuando se trata del ejercicio de derechos preexistentes (silencio positivo), como es el caso de las licencias urbanísticas, que responden al esquema clásico de autorización: son regladas⁶⁰, tienen carácter declarativo y no suponen transferencia de potestades: la Administración procede a la remoción de límites al ejercicio de facultades que ya correspondían al destinatario⁶¹ (de acuerdo con el art. 43.2 LAP en su redacción inicial, de 1992)⁶².

Este derecho del solicitante justifica la existencia de un derecho de veto sobre la solicitud ejercitable por la Administración durante

⁶⁰ La labor administrativa se ciñe a la constatación de la adecuación de la solicitud al ordenamiento jurídico, sin que sea precisa la valoración del interés público en juego; la jurisprudencia del TS insiste en el carácter reglado de las licencias urbanísticas: vid., entre otras, las SSTs de 16 de abril de 1997 (Ar. 2781), de 2 de noviembre de 1999 (Ar. 8478), de 26 de marzo de 2001 (Ar. 6609), etc.

⁶¹ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2005), *Manual de Derecho urbanístico*, 18.ª ed., El Consultor, La Ley-Actualidad, Madrid, págs. 208-209. En relación con la autorización, en general, véase J. C. LAGUNA DE PAZ (2006: 54, 85-86, 139 ss.) y la jurisprudencia citada por este autor. Puede verse, igualmente, la STS de 26 de marzo de 2001 (Ar. 6609): «(...) toda licencia urbanística no es más que un acto administrativo de autorización, de simple declaración formal de un derecho preexistente (...) por lo que, dada su naturaleza reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actividad pretendida se adapte o no a la concreta ordenación aplicable» (FD 2.º).

⁶² La vieja redacción del artículo 43.2 LAP (antes de su reforma por la Ley 4/1999) establecía: «Cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo, se podrán entender estimadas aquellas en los siguientes supuestos: (...) b) Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, en cuyo caso se entenderán desestimadas». Es indicativa también de la preexistencia de este derecho en el solicitante la previsión del silencio positivo como regla general en los procedimientos de autorizaciones, tal y como establece el RD 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan las normas reguladoras de los procedimientos administrativos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones a la Ley 30/1992 —art. 4.1.a)—.

un plazo determinado, y cuyo no ejercicio implica la plena eficacia jurídica de los actos del solicitante⁶³.

Resulta, por eso, sorprendente la interpretación de la cláusula como silencio negativo o acto inexistente, cuando si no hubiera infracción el silencio sería estimatorio. Con ello desaparece todo atisbo de seguridad jurídica, porque el solicitante no tiene por qué saber si una licencia presunta de acuerdo con su solicitud infringe o no la legalidad⁶⁴. Es absurdo que el solicitante sepa que el silencio «significa algo» pero no sepa qué, que sepa que la pasividad administrativa produce efectos jurídicos pero no sepa cuáles, a ciencia cierta.

Transcurrido el plazo para la emisión de la autorización sin que se haya producido una resolución expresa, ¿a qué sentido debe atenderse el solicitante?; ¿al positivo?; ¿y si resulta que hay infracción y, según algunos, silencio negativo?; ¿al negativo?; ¿y qué sentido tiene una impugnación cuando se trata de una solicitud de licencias cuyo contenido puede ser adecuado al ordenamiento? Es realmente serio el embate que sufre el principio de seguridad jurídica con esta interpretación, porque se niega toda garantía al particular favorecido por el silencio, ya que la Administración puede revocar o desconocer por resolución extemporánea lo que se hubiera obtenido por silencio estimatorio⁶⁵.

La situación de inseguridad se mantiene hasta que se produce la decisión administrativa expresa o, en su caso, la resolución judicial⁶⁶, hasta tal punto que sería más adecuado a la seguridad el silencio negativo indubitable, porque los solicitantes saben a qué atenderse en todo caso. Es decir, lo más adecuado es el silencio positivo siempre; peor, el silencio negativo siempre; pero lo que es verdaderamente contrario al principio de seguridad jurídica es el silencio que puede ser positivo o negativo en función de la eventual ilegalidad (ni necesariamente grave, ni necesariamente sustantiva) de la licencia conforme a la solicitud. No debe olvidarse que la legislación urbanís-

⁶³ F. GARRIDO FALLA, A. PALOMAR OLMEDA y H. LOSADA GONZÁLEZ (2005), *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, págs. 640-641. Aunque posiblemente la técnica más adecuada a la preexistencia de un derecho en el solicitante sea la comunicación previa con derecho de veto, la conveniencia de sustitución del silencio positivo por la comunicación previa con posibilidad de veto es manifiesta en el caso de las obras menores: cfr. A. BOIX PALOP (2002: 1340-1342).

⁶⁴ J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 106), que cita, igualmente, a J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1986), «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», *Documentación Administrativa*, núm. 208, pág. 107; cfr., igualmente, S. MARTÍN VALDIVIA (1999: 433); J. C. LAGUNA DE PAZ (2006: 208).

⁶⁵ J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 106).

⁶⁶ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990: 177); E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO (1981: 262-263); T. COBO OLVERA (2002), *Régimen jurídico de las Administraciones públicas. Análisis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero*, El Consultor, Madrid, pág. 438.

tica es prolija, pero el conocimiento exhaustivo de los planes urbanísticos está en manos únicamente de unos pocos, y los solicitantes de una licencia, de buena fe, no tienen por qué conocer todos los pormenores legales, reglamentarios y de los planes.

En efecto, con la interpretación de la cláusula como silencio negativo o acto inexistente, el que solicita la autorización no sabe a ciencia cierta cuál es el sentido (estimatorio o no) del silencio ante su solicitud, y debe decidir por sí mismo si su solicitud es acorde o no a la legalidad, con el agravante de que si no «acierta» se verá sometido a las correcciones que correspondan, con lo que esta técnica conlleva una grave inseguridad jurídica para el administrado, aparentemente beneficiado de dicha técnica⁶⁷.

3.2. *Blinda a la Administración, de forma que elude la responsabilidad en la comprobación de la legalidad de la solicitud... y traslada al solicitante la responsabilidad de valorar la conformidad de su iniciativa con el ordenamiento jurídico*

Lo más escandaloso de la configuración de cláusula de prohibición de obtener licencias *contra legem* por silencio como silencio negativo es la elusión de responsabilidad que se produce respecto de la Administración. En efecto, al articular esta prohibición como silencio negativo, es imposible otorgar en tiempo una licencia que infrinja el ordenamiento jurídico (tanto sustantivo como procedimental); de esta forma, el otorgamiento de licencias por silencio se somete a unos requisitos de existencia desproporcionados, que exceden con mucho lo que se pide a un acto administrativo expreso⁶⁸: mientras que el acto expreso es perfecto desde que se dicta, el presunto sólo obtendría la perfección si fuese, además, ajustado al ordenamiento jurídico⁶⁹.

En efecto, la Administración puede —y las decisiones de los Tribunales lo demuestran a diario— otorgar de forma expresa autorizaciones ilegales⁷⁰. Pues bien, cuando la Administración dicta actos autorizatorios expresos, asume la responsabilidad de comprobar la adecuación de la solicitud al ordenamiento jurídico, y lo expresa en

⁶⁷ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990: 178).

⁶⁸ J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002a: 505).

⁶⁹ Cfr. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990: 298 ss.).

⁷⁰ El automatismo con que se otorgan muchas licencias, sin un examen suficiente del cumplimiento de los requisitos legales por la solicitud, no es raro en la actuación administrativa local; además, en ocasiones, el apetito recaudatorio prima sobre la tutela de la legalidad: J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 112-113).

la decisión adoptada; asume el riesgo de cometer errores, de infringir el ordenamiento en su decisión de otorgamiento; mientras que si no resuelve en el plazo previsto, no corre ningún riesgo de infringir el ordenamiento sustantivo en el plazo previsto. Por lo tanto, desaparece todo atisbo de responsabilidad vinculada a las infracciones del ordenamiento jurídico, porque la Administración se «blinda» frente a los errores o ilegalidades sustantivas (aunque infrinja la prescripción procedimental de resolver en plazo).

Con estos datos se fomenta la inactividad administrativa. Si por no resolver expresamente se evitan las responsabilidades derivadas de una eventual ilegalidad (derivada, p. ej., de un estudio apresurado o superficial), no cabe duda de que las Administraciones no extremarán sus esfuerzos para resolver en plazo.

En definitiva, a la Administración le puede resultar más beneficioso el incumplimiento que el cumplimiento de la obligación de resolver expresamente (sin perjuicio de la eventual responsabilidad disciplinaria que puede deducirse del incumplimiento de las normas procedimentales: art. 43.7 LAP) para eludir la responsabilidad derivada de la posible infracción de las normas sustantivas.

En efecto, además de eludir la responsabilidad que le corresponde de garantizar la legalidad de las solicitudes (atribuida por la ley, que sujeta la actividad privada a la previa obtención de la licencia), la Administración traslada al solicitante la responsabilidad de valorar la conformidad de su iniciativa con el ordenamiento jurídico (al menos hasta que no dicte la resolución expresa extemporánea). Así, la inactividad de la Administración puede provocar la paralización de la actividad privada, porque en muchas ocasiones no es evidente la conformidad o no de la solicitud al ordenamiento jurídico, o puede haber valoraciones diferentes o incluso contradictorias de la normativa. Y si el solicitante, ante el silencio administrativo, actúa, puede correr el riesgo de que la Administración ordene con posterioridad el cese de esa actividad, sin que se le reconozca derecho a la indemnización⁷¹. En todo caso, la decisión desestimatoria extemporánea obligará normalmente a utilizar la vía judicial, con lo que se traslada al particular la carga de la impugnación.

En definitiva, se produce una elusión y un traslado de responsabilidades que no se dan cuando la Administración resuelve de forma expresa en plazo y asume las consecuencias del control de legalidad operado a través de la autorización: la Administración queda en me-

⁷¹ Artículo 5.2 RDU: «Cuando, en el supuesto del número anterior, el peticionario de la licencia ejecute las determinaciones del proyecto, no habrá lugar a indemnización a su favor si se ordenare posteriormente la suspensión de actividades o la demolición de lo realizado».

por situación cuando emite «actos presuntos» que cuando dicta actos expresos⁷².

3.3. *Lleva al absurdo de que la inactividad administrativa beneficia a la Administración y no al particular*

El silencio es una técnica de protección de los interesados ante la inactividad de la Administración, inactividad que constituye una negligencia intolerable, que no debe perjudicar al administrado⁷³. Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, que afirma con contundencia que el silencio administrativo debe ser «*la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado*». Y la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de la anterior, esto es, de la Ley 4/1999, recuerda que «*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 hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas*». Es decir, la técnica del silencio administrativo constituye una reacción del ordenamiento para proteger a los administrados de la pasividad (y por lo tanto ilegalidad) administrativa⁷⁴. Pero no resulta concebible que la pasividad administrativa beneficie a la Administración y no al administrado, que es lo que ocurre cuando se interpreta la cláusula de prohibición de la adquisición de licencias *contra legem* como silencio negativo⁷⁵. Quien obtiene un beneficio de la inactividad administrativa no es el particular, que no ha obtenido la licencia expresa y no sabe realmente si se le ha otorgado o no (y, por lo tanto, no sabe si puede o no impugnar ese silencio), sino la Administración, que sabe

⁷² J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 114).

⁷³ M. MONNIER (1992: 171).

⁷⁴ Habilita a los particulares para utilizar en su beneficio la ficción en que el acto consiste: cfr. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002b), «El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas», núm. 159 de esta REVISTA, pág. 104. Además, en los supuestos de silencio administrativo ante solicitudes de licencias cuyo otorgamiento sería contrario al ordenamiento, la ilegalidad no la comete el solicitante, porque no infringe en ningún momento la Ley (puede no tener derecho a lo que solicita, pero eso es distinto a una actuación «ilegal»), sino la Administración: cuando ésta no resuelve en el plazo legalmente previsto está infringiendo la legalidad procedimental [J. CASTELAO RODRÍGUEZ (2005: 1243)].

⁷⁵ A esta disfuncionalidad alude LAGUNA DE PAZ cuando señala que la cláusula citada intenta proteger el interés general, pero «lo hace de una forma disfuncional, que desvirtúa la figura del silencio, en perjuicio justamente de quien está prevista esta institución: el ciudadano»: J. C. LAGUNA DE PAZ (2006: 205-206).

que con el silencio negativo habrá eliminado el riesgo de dictar una resolución ilegal en plazo. En esta línea, SANTAMARÍA PASTOR señaló la paradoja a que lleva esta interpretación: la Administración que cumple con su deber recibe un trato peor que la que lo incumple, porque si se otorga en plazo y de forma expresa una licencia ilegal sólo se puede revocar vía revisión de oficio, mientras que, con la interpretación señalada, si la Administración no actúa en plazo puede denegar de forma extemporánea la licencia solicitada⁷⁶.

En esta misma línea argumental se mueve el Tribunal Constitucional, que tempranamente —ya en su sentencia 6/1986, de 21 de enero— advirtió que «no puede calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales» —FJ 3.º.c)—. Esta doctrina, reiterada en diversas ocasiones⁷⁷, está referida en el caso al silencio negativo, aunque es perfectamente aplicable al silencio positivo y no faltan quienes la vinculan a los principios constitucionales de seguridad jurídica, eficacia y responsabilidad de la Administración (arts. 9.3, 103.1 y 106.2 CE)⁷⁸.

En definitiva, el particular, cuando solicita una autorización a la Administración competente, tiene derecho a que la Administración compruebe su adecuación a la legalidad en un plazo determinado. Y si el particular tiene derecho a esa comprobación, no puede ocurrir que el incumplimiento de la obligación administrativa (la otra cara de la moneda del derecho del particular) pueda tener como efecto la denegación tardía de la solicitud.

Además, la Administración es la responsable no sólo de que las licencias concedidas se ajusten a la legalidad, sino también del cumplimiento riguroso de los trámites establecidos por la norma jurídica.

Como recuerda GONZÁLEZ NAVARRO, en un Estado de Derecho no es admisible que se hagan recaer sobre el interesado las consecuencias del incumplimiento por parte de la Administración de su deber de resolver. En efecto, si la regla general del silencio positivo es un error, el hacer recaer sobre el interesado las consecuencias de haber adquirido facultades *contra legem* es una injusticia⁷⁹.

⁷⁶ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1986: 112); M. RIVERO GONZÁLEZ (2000: 297).

⁷⁷ Vid., entre otras, las SSTC 179/2003, de 13 de octubre, FJ 4.º; 220/2003, FJ 5.º; 14/2006, de 16 de enero, FJ 2.º, etc.

⁷⁸ J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 142).

⁷⁹ F. GONZÁLEZ NAVARRO (2005), *Procedimiento administrativo local*, tomo II, Iustel, Madrid, págs. 471-473.

3.4. *Supone una ilícita ampliación de plazos para resolver*

Frente a la tradicional finalidad «sancionadora» de la inactividad administrativa, el silencio administrativo positivo cumple hoy en día más bien una función de tutela de la libertad o la autonomía de los solicitantes de una autorización: el control administrativo se hace menos formalista y más rápido, porque se aligera el peso de la exigencia de la previa autorización y se ofrecen a los terceros las mismas garantías que las que derivan de una decisión expresa. En definitiva, la finalidad del silencio estimatorio responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores donde la realidad demuestra que no existe tal agilidad⁸⁰.

Ahora bien, la Ley básica de Régimen Jurídico permite a la Administración suspender el procedimiento de resolución (art. 42.5 LAP) o ampliarlo (arts. 42.6 y 49 LAP), siempre motivadamente⁸¹; si el problema real es la falta de tiempo y no la desidia administrativa, se puede evitar la inseguridad derivada de la cláusula de marras ampliando el plazo para posibilitar la resolución expresa; entre una resolución presunta en un tiempo razonable pero de contenido dudoso y una resolución expresa en un plazo algo más largo, será preferible optar por la seguridad de la resolución expresa: «alárguense los plazos para resolver, pero resuelva la Administración»⁸². Pero, desgraciadamente, no es éste el comportamiento habitual de las Administraciones autorizantes.

La praxis judicial —negadora del silencio positivo *contra legem*— conlleva que la Administración puede sin mayor problema resolver extemporáneamente sin necesidad de suspender o ampliar el procedimiento según la ley, de tal manera que el particular pierde el derecho a tener una resolución expresa en el plazo previsto por la ley. En efecto, con la interpretación jurisprudencial, el particular deberá esperar la resolución expresa, porque siempre queda el riesgo de que una ilegalidad menor implique el carácter desestimatorio del silencio. Con lo cual, la interpretación que niega el carácter estimatorio al silencio en el caso de licencias *contra legem* permite a la Administración incumplir los plazos de resolución de la solicitud, sin necesidad de acudir a las previsiones de la ley para la suspensión del plazo o para su ampliación.

⁸⁰ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1990: 103); M. MONNIER (1992: 172).

⁸¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004: 611-612). Vid., entre la normativa autonómica, el artículo 99.2 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

⁸² F. GONZÁLEZ NAVARRO (2005: 472). De esta forma, «ya no hay que suspender sobre la cabeza del particular la espada de Damocles que significa que la Administración, si a bien lo tiene, pueda iniciar un procedimiento revocatorio».

3.5. *La Administración dispone de otras técnicas para evitar perjuicios al interés general: la suspensión administrativa de licencias ilegales*

Se defiende la inaplicación del silencio positivo a solicitudes de licencias *contra legem* para evitar los daños al interés público, porque permite denegar extemporáneamente y de forma expresa la solicitud, de tal forma que la licencia desaparece del mundo jurídico, o no llega a existir⁸³.

Pero la normativa administrativa, general y sectorial, pone en manos de las Administraciones competentes una panoplia de técnicas de suspensión de la eficacia de estos actos ilegales que son respetuosas con el carácter estimatorio del silencio y con la presunción de validez de los actos (también presuntos).

En efecto, la suspensión, que es una excepción a la ejecutividad de los actos administrativos, tiene como finalidad evitar la producción de daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, y la ley facilita su adopción de acuerdo con el principio del *fumus boni iuris*.

De acuerdo con ello, la Ley 30/1992 autoriza a la Administración para suspender —incluso de oficio— los actos objeto de un recurso administrativo (art. 111) o de un procedimiento de revisión de oficio (art. 104), por lo que con la iniciación del procedimiento de revisión de oficio se puede adoptar la suspensión de los efectos del acto, que no se levantará hasta la resolución del procedimiento.

Pero la legislación urbanística posibilita también la suspensión administrativa de los efectos de las licencias, cuando éstas infringen gravemente el ordenamiento: tanto la normativa estatal (supletoria: art. 186.1 TRLS'76, que atribuye al alcalde la potestad de suspensión de las licencias cuyo contenido «*constituya manifiestamente una infracción urbanística grave*») como la autonómica⁸⁴. En todo caso, el mantenimiento de la suspensión de los efectos de la licencia está

⁸³ Una crítica a este planteamiento puede verse en J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1992: 112 ss.).

⁸⁴ P. ej., artículo 119.1 LUCYL: «*El Ayuntamiento deberá suspender los efectos de las licencias urbanísticas y órdenes de ejecución cuyo contenido constituya una infracción urbanística grave o muy grave, y en consecuencia ordenar la paralización inmediata de los actos que se estén ejecutando a su amparo. Este acuerdo se trasladará al Órgano judicial competente, a los efectos previstos en la legislación reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*». Ahora bien, mientras que en el artículo 186.1 TRLS'76 no se alude al concepto técnico de infracción tipificada [L. PAREJO ALFONSO (2006), *La disciplina urbanística*, Iustel, Madrid, pág. 77], en la Ley castellano-leonesa la gravedad se refiere a las infracciones que justifican la imposición de sanciones administrativas, esto es, a las infracciones tipificadas como tales por la Ley —art. 115.1.a) y b)—, pero muestra cuáles son las prioridades del legislador castellano-leonés en la valoración de la gravedad de las infracciones urbanísticas, a efectos de privar de eficacia a los actos correspondientes.

condicionado a la posterior impugnación-traslado, en el plazo de diez días, ante la jurisdicción contencioso-administrativa: la Ley jurisdiccional prevé la aplicación de un procedimiento especial de impugnación de actos ya suspendidos por la Administración (art. 127.1 LJCA)⁸⁵.

Como puede comprobarse, si las licencias son ilegales, tanto la propia Administración —previo Dictamen del Consejo de Estado— como los jueces las anularán; pero sólo cuando se trate de ilegalidades graves puede la Administración impedir que produzcan efectos perjudiciales al interés general.

4. LA ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LAS LICENCIAS OTORGADAS POR SILENCIO

4.1. *Licencias nulas de pleno derecho y anulables*

Tal y como se ha señalado en las páginas anteriores, el artículo 242.6 TRLS (y los correspondientes autonómicos) no puede ser interpretado ni como un supuesto de inexistencia ni como un caso de silencio desestimatorio⁸⁶: sólo en los casos expresamente previstos (transferencia de facultades demaniales o relativas al servicio público) cabe el silencio negativo y, excepcionalmente, la inexistencia, cuando la solicitud carece de los elementos esenciales para identificarla como tal (que incluiría también el supuesto de que se solicite la licencia a una autoridad distinta de la competente: vid. *supra*, 1.3.2).

Lo que se plantea ahora es si la cláusula prohibitiva es un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho (además de los previstos en el artículo 62.1 LAP), que vendría habilitado por la previsión de la letra g) del mismo artículo («*cualquier otro* [supuesto de nulidad de pleno derecho] *que se establezca expresamente en una disposición de rango legal*»).

La contundencia de la redacción —«*en ningún caso se entenderán adquiridas... licencias...*»— del artículo 242.6 TRLS parecería apuntar a un supuesto de invalidez radical. Y así lo reconocen algunos autores, que lo tratan como un supuesto específico de nulidad de pleno

⁸⁵ Sobre las peculiaridades de esta vía judicial y su aplicabilidad a la suspensión de actos urbanísticos por el alcalde, vid. I. SANZ RUBIALES (2002), «El nuevo régimen de la impugnación de actos y acuerdos locales», en VV.AA., *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.ª Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 825.

⁸⁶ Vid. *supra*, 1.3. Y sobre la terminología utilizada, vid. 2.1.

derecho⁸⁷, por lo que sería necesario utilizar los procedimientos de revisión de oficio para eliminar estas licencias del mundo jurídico.

En efecto, la sanción de la solicitud de una licencia ilegal es la no adquisición de la licencia, sin matices; es decir, la imposibilidad de adquirir las facultades solicitadas, el no surgimiento de las facultades y derechos característicos de la autorización: *no pueden existir* las licencias otorgadas por silencio en contra de la normativa urbanística aplicable, esto es, no se pueden otorgar. Y si no pueden existir es porque *son nulas de pleno derecho*. Como consecuencia del carácter *ipso iure* de la nulidad de pleno derecho, «debe seguir afirmándose que del acto nulo no nacen nunca los derechos, obligaciones, deberes y situaciones que declara y que ello es así *ab initio* y *ope legis*, sin que la resolución que la pronuncie sea constitutiva»⁸⁸.

Sin embargo, ni el artículo 242.6 TRLS ni los correspondientes de las leyes autonómicas califican expresamente estos supuestos de nulidad de pleno derecho. Sin embargo, el artículo 62.1.g) LAP exige que se establezca *expresamente* dicha calificación, para evitar problemas de inseguridad jurídica: en este mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado⁸⁹. De hecho, la propia legislación urbanística incorpora supuestos específicos de nulidad de pleno derecho de licencias, calificados como tales (p. ej., art. 255.2 TRLS)⁹⁰, cosa que no hace con las licencias meramente ilegales. No parece, pues, conforme con el régimen español de la invalidez la calificación de los supuestos de nulidad radical exclusivamente por sus efectos.

⁸⁷ J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2002a: 510). Vid. también, aunque no queda claro si identifica el supuesto de la cláusula urbanística con la, en principio, más estricta del artículo 62.1.f) LAP, F. GONZÁLEZ NAVARRO (1997), *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*, tomo III, Eunsa, Pamplona, pág. 930.

⁸⁸ En relación con la nulidad, en general, M. REBOLLO PUIG (2005: 611).

⁸⁹ *Dictamen del Consejo de Estado* núm. 5356/1997, sobre el *Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, de 22 de enero de 1998: «A la vista del párrafo g) del artículo 62.1, que extiende la nulidad de pleno derecho a “cualquier otro [caso] que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”, considera el Consejo de Estado que debiera abordarse el problema que suscita la falta de rigor o de univocidad en la calificación de los vicios de invalidez que están configurados en diversas normas del ordenamiento. (...). Parece que lo más frecuente es que las leyes utilicen el calificativo “nulo” como sinónimo de inválido, sin plantearse ni resolver la determinación del grado de invalidez, que quedaría remitida a lo que resultara de la Ley general que establece el régimen jurídico de los actos administrativos (la Ley 30/1992), de modo que sólo se incluirían en el párrafo g) del artículo 62.1 los actos incurridos, por expresa determinación legal, en “nulidad de pleno derecho”. Pero la heterogeneidad de supuestos y la diversidad de criterios, que pueden entrar en conflicto, aconsejan que el artículo 62 precise su formulación para circunscribirse a los “actos nulos de pleno derecho”, en su sentido más preciso, sin acoger los que, aun calificados como “nulos”, adolecen de un vicio de anulabilidad» (la cursiva es nuestra).

⁹⁰ «Las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los Planes serán nulas de pleno derecho».

Por otra parte, resultaría sorprendente que cualquier infracción del ordenamiento jurídico se convirtiese en un supuesto de nulidad de pleno derecho —y no sólo el otorgamiento con carencia de requisitos esenciales: art. 62.1.f) LAP—. En efecto, si se calificase esta cláusula como supuesto de nulidad de pleno derecho, cualquier infracción del ordenamiento, aunque fuese no cualificada (incluso aunque se tratase de una irregularidad no invalidante), provocaría la nulidad de pleno derecho del acto, insubsanable con el transcurso del tiempo. Una situación como ésta generaría una gran inseguridad jurídica en los solicitantes, que podrían ver revisada su licencia por irregularidades menores «en cualquier momento» y sería contraria al principio de conservación de los actos (*favor acti*).

Además, aunque se prevé expresamente que «*en ningún caso se entenderán adquiridas licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*», eso no significa que los vicios no sean convalidables. Una vez convalidados los vicios de anulabilidad, la licencia adquiere validez y, por lo tanto, produce efectos lícitamente.

Ello no obstante, las licencias ilegales pueden incurrir en nulidad absoluta: cuando el solicitante de la licencia ilegal carezca de los requisitos esenciales para poderla obtener, la licencia será nula de pleno derecho en virtud del artículo 62.1.f) LAP. Al igual que si se refiere a construcciones que infrinjan el uso urbanístico previsto para las zonas verdes (art. 255 TRLS'92). Es decir, habrá nulidad de pleno derecho en algunos casos de infracciones agravadas del ordenamiento, de acuerdo con las leyes, pero no en todos los supuestos de infracción⁹¹.

4.2. *Revisión administrativa y control judicial de las licencias inválidas*

Según el artículo 242.6 TRLS'92 y a la luz, como hemos visto, de la LAP, se puede concluir que el silencio en una solicitud de licencia urbanística *contra legem* crea un acto administrativo, que puede ser nulo de pleno derecho (si el vicio de invalidez es incardinable en los supuestos del art. 62.1 LAP), anulable (art. 63.1 LAP) o, incluso, per-

⁹¹ AGUADO I CUDOLÀ pone un ejemplo que permite distinguir la ausencia de requisitos esenciales —causa de nulidad de pleno derecho— y de requisitos no esenciales —mera anulabilidad—: «la calificación del suelo por el plan como edificable sería un requisito esencial para el otorgamiento de la licencia de edificación, mientras que no lo sería la carencia de unos derechos de aprovechamiento urbanístico inferiores al volumen real del edificio cuya construcción autoriza la licencia» [V. AGUADO I CUDOLÀ (2006: 221)].

fectamente válido (en el caso de que conlleve irregularidades no invalidantes: art. 63.2 y 3 LAP)⁹².

Las licencias obtenidas por silencio e inválidas no se pueden eliminar por la simple revocación (art. 105 LAP) porque son actos favorables. Pero la Administración dispone de otros medios lícitos (además de los recursos —arts. 107 y ss. LAP⁹³— o de los requerimientos —arts. 44 LJCA y 65-67 LBRL—, a instancia de parte): la revisión de oficio, en el caso de actos nulos de pleno derecho (art. 102 LAP⁹⁴), y la impugnación en vía contenciosa para los actos anulables; ahora bien, la normativa prevé, en estos casos, diversos modos de acceso al contencioso: con carácter general, el recurso de lesividad (*ex* arts. 103 LAP y 43 y 45.4 LJCA), para los actos anulables⁹⁵, que tiene el inconveniente, para la Administración autora de la ilegalidad, de no poder suspender el acto administrativo (sólo cabe la suspensión judicial)⁹⁶; pero en materia urbanística cabe también la posibilidad de utilizar la vía de la suspensión administrativa de los actos gravemente o manifiestamente anulables, vinculada a la posterior impugnación-traslado en vía contenciosa (art. 127 LJCA). Esta posibilidad impugnatoria, ligada a la previa suspensión, presenta ventajas indudables e impide la producción de efectos perjudiciales de la licencia ilegal (*vid. supra*, 3.5).

En todo caso, el principio de conservación de los actos, vinculado con el principio constitucional de eficacia en la actuación de la Administración pública (art. 103.1 CE) y reconocido en el artículo 66 LAP, conlleva la limitación de los efectos de la invalidez, al establecer

⁹² En efecto, no le falta razón a BELADIEZ cuando señala que «considerar inválido todo acto o negocio que infrinja una determinación legal, si bien pudiera parecer la consecuencia lógica del carácter imperativo de la norma jurídica, no resulta, sin embargo, admisible en nuestro derecho (...) El principio de conservación exige la conservación de todos aquellos actos que sean capaces de cumplir su finalidad válidamente, y por ello no podrán considerarse inválidos aquellos actos que a pesar de haber infringido la ley han podido cumplir el fin que a través de los mismos se pretendía conseguir»: M. BELADIEZ ROJO (1994: 67-68).

⁹³ En materia urbanística, tanto la interposición de recursos administrativos como la acción de nulidad están abiertas a todos los ciudadanos, por el reconocimiento legal expreso de la acción pública (art. 304 TRLS'92).

⁹⁴ V. AGUADO I CUDOLÀ (2001: 106). Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN (2005: 510). J. C. LAGUNA DE PAZ entiende que la mera calificación como nulos de dichos actos —*ex* art. 62.1.f) LAP— constituye una importante corrección frente a los riesgos que puede tener para el interés general el silencio administrativo positivo: J. C. LAGUNA DE PAZ (2006: 207).

⁹⁵ En el mismo sentido puede verse el *Dictamen del Consejo de Estado* núm. 5356/1997, sobre el *Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, de 22 de enero de 1998; o la STSJ Valencia núm. 1156, de 22 de julio de 2003, FD 4.º. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004: 610); *vid.*, igualmente, T. COBO OLVERA (2002: 438).

⁹⁶ En el mismo sentido, F. SANZ GANDÁSEGUI (2000), «Título VII», en VV.AA., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, págs. 680-681.

que «*el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción*»⁹⁷. De acuerdo con esto, los efectos de la cláusula prohibitiva en la validez de la licencia presunta deben interpretarse restrictivamente.

5. CONCLUSIÓN

La técnica del silencio positivo, aplicable a las solicitudes de licencias urbanísticas, ha generado y genera numerosos problemas en su aplicación, por el riesgo de que surjan actos ilegales como consecuencia de la inactividad administrativa; de ahí que primero la jurisprudencia y luego las leyes urbanísticas hayan establecido la cláusula de que por silencio no se pueden adquirir licencias contrarias al ordenamiento.

Esta cláusula admite varias interpretaciones. Frente a la mayoritaria tesis jurisprudencial, que entiende que el acto autorizatorio es inexistente o no llega a surgir en el caso de solicitudes ilegales (lo que equivale, en la práctica, al silencio negativo), la interpretación conjunta de dicha cláusula y del régimen del silencio (art. 43.2), de la presunción de validez (art. 57) y de la nulidad de pleno derecho —especialmente el art. 62.1.f)— de la Ley de Régimen Jurídico lleva a entender que se pueden generar auténticas licencias ilegales. Este planteamiento, adecuado a la Ley, fortalece la situación jurídica del solicitante (especialmente su seguridad jurídica) y no impide la posterior revisión del acto inválido (no menoscaba la legalidad). Por lo tanto, la supuesta oposición entre seguridad y legalidad es falsa, porque la presunción de validez es predicable de todos los actos con apariencia de tales, no sólo de los expresos, sino también de los surgidos por silencio administrativo, aunque sean contrarios al ordenamiento jurídico.

La Administración, obligada a resolver expresamente, dispone de diversas técnicas para evitar lícitamente que llegue a surgir un acto presunto contrario al ordenamiento. Puede ampliar los plazos y suspender el procedimiento para resolver expresamente y evitar la producción del silencio. Pero si, a pesar de todo, incumple su obligación de resolver en plazo, se produce por silencio el acto autorizatorio, que

⁹⁷ A la hora de anular actos en los que la voluntad de los interesados se configura como presupuesto esencial para la emanación de aquéllos (p. ej., en las autorizaciones), la Administración tiene que tener en cuenta dicha voluntad para determinar si procede declarar la nulidad total o parcial del acto: cfr. J. BELADIEZ ROJO (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 302-303.

disfruta de la presunción de validez aunque sea ilegal, y produce efectos mientras no se declare su invalidez. No se puede, por lo tanto, emitir una resolución denegatoria extemporánea, porque el régimen de invalidez de los actos presuntos es el mismo que el de los actos expresos.

La licencia ilegal otorgada por silencio puede ser nula de pleno derecho, meramente anulable o perfectamente válida. Los medios para eliminarla del mundo jurídico por iniciativa de la Administración dependen del tipo de invalidez: si es absoluta, la revisión de oficio; si es relativa, el recurso de lesividad o la suspensión-impugnación regulada por la legislación urbanística y la Ley jurisdiccional.

Posiblemente sea preciso modificar *lege ferenda* el régimen del silencio positivo: reduciendo los supuestos a los que resulta aplicable (que pueden multiplicar las ilegalidades y provocar el desbordamiento de la Administración) o convirtiéndolo, en su caso, en un sistema de comunicación previa con reserva de veto.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, V. (2001): *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid.
- (2006): «El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual», en VV.AA., *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BACA ONETO, V. (2006): *La invalidez de los contratos*, Thomson-Civitas, Madrid.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2000): «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», en VV.AA. (coord. por F. SOSA WAGNER), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.
- (1995): «Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión», núm. 138 de esta REVISTA.
- BOIX PALOP, A. (2002): «La discutible necesidad de la licencia de obras menores», en VV.AA. (coord. por J. M. BAÑO LEÓN y J. CLIMENT BARBERA), *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.^a Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASTELAO RODRÍGUEZ, J. (2005): «Las licencias urbanísticas en la legislación estatal y en la Ley 5/1999», en VV.AA. (coord. por E. SÁNCHEZ GOYANES y A. MARINERO PERAL), *Derecho urbanístico de Castilla y León*, Edit. Abella-El Consultor, Madrid.
- COBO OLVERA, T. (2002): *Régimen jurídico de las Administraciones públicas. Análisis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero*, El Consultor, Madrid.
- CHOLBI CACHÁ, F. A. (2002): *El Procedimiento de Concesión de las Licencias de Urbanismo (especial referencia a la aplicación del silencio positivo)*, El Consultor, Madrid.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. (1992): «Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas», núm. 127 de esta REVISTA.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2005): *Manual de Derecho urbanístico*, 18.^a ed., El Consultor, La Ley-Actualidad, Madrid.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2004): *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.ª ed., Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L. (1981): *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (1990): *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid.
- (1994): *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid.
- GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A., y LOSADA GONZÁLEZ, H. (2005): *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid.
- GÓMEZ PUENTE, M. (2000): *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1997): *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*, tomo III, Eunsa, Pamplona.
- (2005): *Procedimiento administrativo local*, tomo II, Iustel, Madrid.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2006): *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Pamplona.
- LLISET BORRELL, F., y LÓPEZ PELLICER, J. A. (2002): *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, 2.ª ed., El Consultor, Madrid.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2005): *Leyes administrativas*, 11.ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- MARTÍN VALDIVIA, S. (1999): «El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares (análisis comparativo de la nueva regulación legal de la institución)», núm. 149 de esta REVISTA.
- MONNIER, M. (1992): *Les décisions implicites d'acceptation de l'Administration*, LGDJ, París.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (1995): *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid.
- (2002a): «Licencia urbanística y silencio administrativo en el Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 46.
- (2002b): «El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas», núm. 159 de esta REVISTA.
- PARADA VÁQUEZ, R. (2004): *Derecho Administrativo III (Bienes públicos. Derecho urbanístico)*, 10.ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, L. (2006): *La disciplina urbanística*, Iustel, Madrid.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (2006): «El silencio de la Administración en el Derecho urbanístico», en VV.AA., *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 408-409.
- REBOLLO PUIG, M. (2005): «La presunción de validez», *REDA*, núm. 128.
- RIVERO GONZÁLEZ, M. (2000): «Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado», en VV.AA., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2005): *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1986): «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», *Documentación Administrativa*, núm. 208.
- SANZ GANDÁSEGUI, F. (2000): «Título VII», en VV.AA., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona.
- SANZ RUBIALES, I. (2002): «El nuevo régimen de la impugnación de actos y acuerdos locales», en VV.AA., *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.ª Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



00171

9 770034 763905

19,00 €