

SILENCIO ADMINISTRATIVO Y REVISIÓN DE OFICIO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS: EL REGRESO DE EURÍDICE

José Luis Martín Moreno

Letrado Mayor del Consejo Consultivo de Andalucía

Sumario: 1. Introducción. 2. Objeto de la revisión. A. Recapitulación: treinta y tres años vagando por el Aqueronte para acabar en un mar de inseguridad. B. Una disonancia mayor. C. Última vuelta de tuerca: la modificación de la Ley 30/1992. D. El regreso de Eurídice: propuesta de reformulación del silencio positivo en la concesión de licencias urbanísticas. 3. Los sujetos de la revisión de oficio. A. Legitimación para ejercitar la acción de nulidad: relevancia del reconocimiento de la acción pública. B. Nueva disonancia: la revisión de oficio accionada por las CCAA como alternativa frente a la impugnación judicial de actos de las Corporaciones Locales. C. Intensificación de las disonancias: consecuencias jurídicas erróneas que se ha extraído de la calificación de las Administraciones de las CCAA como “interesados” en el procedimiento de revisión de oficio. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La revisión de oficio de las licencias urbanísticas vuelve al primer plano de la actualidad jurídica, tanto por la jurisprudencia sentada en el último año, como por la multiplicación de supuestos en los que se hace aplicación de este instituto jurídico, poniendo de manifiesto que algo falla en el urbanismo. La tensión entre la defensa de la legalidad urbanística y la protección de la seguridad jurídica se hace más visible que nunca en nuestro país y pone de manifiesto la necesidad de reequilibrar el sistema de revisión de oficio, dotándolo de efectividad; pero también contrapesando la potestad exor-

bitante que en él se ejercita para evitar el sacrificio de la seguridad jurídica.

La situación actual, influenciada por acontecimientos muy negativos para la legalidad urbanística, se juzga poco coherente con la nueva concepción que se predica de la posición de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos. Así, la negación absoluta del silencio positivo cuando pueda dar lugar a la adquisición de derechos o facultades contrarios a la normativa urbanística y de ordenación del territorio; la facilidad con que se aprecian determinadas causas de nulidad, la confusión de roles por la entrada en juego de competencias concurrentes de las Administraciones Locales

y Autonómicas; la relajación en la aplicación de la caducidad de estos procedimientos y el frecuente olvido de la equidad, buena fe, confianza legítima u otros límites de la revisión de oficio son extremos necesitados de revisión.

El propósito de este trabajo no es abundar sobre lo que ya está escrito en la materia, sino centrarse en el plano del objeto y los sujetos de la revisión de oficio, en diversas cuestiones polémicas sobre las que o no se ha meditado en absoluto o se ha pasado de puntillas. Así se ha llegado a cuestionar el objeto mismo de la revisión de oficio y se han forzado soluciones que han venido a confundir el papel de los sujetos de la revisión de oficio, comprometiendo también garantías procedimentales que responden a principios básicos.

El análisis que aquí se realiza simplemente pretende “colocar en suerte” esas cuestiones, exponiendo humildemente qué derroteros deberían tomar, con la intervención legislativa en algún caso y con la aplicación de adecuadas pautas hermenéuticas en otros. Por su importancia en este plano, buena parte del trabajo versa sobre la posibilidad o imposibilidad del reconocimiento de licencias *contra legem* obtenidas por silencio positivo, de cuya solución pende el ensanchamiento o estrechamiento del círculo propio de la revisión de oficio.

2. OBJETO DE LA REVISIÓN

El estudio que realizamos se ciñe a la revisión de oficio de las licencias urbanísticas, dado que el amplio elenco de actos urbanísticos susceptibles de revisión y su diferente naturaleza jurídica exige un tratamiento diferenciado. En efecto, doctrinalmente se viene distinguiendo entre los instrumentos de planeamiento, destinados a regular el uso del suelo y cuya naturaleza normativa es pacífica, los convenios urbanísticos, marcados por su carácter bilateral, y las licencias y órdenes de ejecución, de carácter unilateral. Éstos últimos son los que han centrado la atención de la doctrina, dado que a ellos se han referido desde antiguo determina-

das especialidades del ordenamiento jurídico urbanístico en materia de invalidez y revisión de oficio.

El examen del régimen jurídico de la revisión de oficio de las licencias urbanísticas, no puede sustraerse del análisis de la operatividad de la técnica del silencio administrativo en este campo, como lo demuestra el hecho de que esta cuestión haya acaparado la mayor parte de los estudios doctrinales en la materia, en detrimento de otras cuestiones igualmente relevantes, que afectan tanto a las licencias obtenidas por acto expreso como a las que pudieran derivarse del silencio de la Administración.

Desde el plano puramente conceptual, la doctrina ha destacado que es precisamente en el campo de las potestades de control y policía donde puede operar el silencio positivo, en la medida en que con posterioridad no se requieren actuaciones materiales de ejecución a cargo de la Administración¹.

Tratándose de las licencias urbanísticas, es claro que su naturaleza reglada facilita las previsiones del legislador sobre la aplicación del silencio positivo, pero las cosas no son tan sencillas, sobre todo cuando la concesión de las licencias pende de la valoración de conceptos jurídicos indeterminados o exige una cuidada actividad de instrucción por la complejidad técnica que pueda presentar la confrontación de la actividad proyectada con la ordenación urbanística u otras normas sectoriales.

Quizá el primer defecto en que incurre el legislador español ha sido la proclamación generalizada del silencio positivo², luego desmentida en la práctica si atendemos a la interpretación jurisprudencial de la denominada cláusula preventiva que el propio legislador incorpora; una cláusula, que veda la obtención por silencio de licencias urbanísticas *contra legem*, según el Tribunal Supremo. Si esto es así, lo que en nuestro país se ha conformado es un delicado experimento que afecta sobremanera a la seguridad jurídica y que dura ya más de treinta años, en el que se exige al interesado un juicio previo sobre el sentido del silencio que no tiene razón de ser.

Habiendo constreñido este análisis a la revisión de oficio de las licencias urbanísticas, hay que insistir en que el objeto de ésta será más o menos extenso dependiendo de la aceptación del silencio positivo, aunque suponga la adquisición de derechos o facultades que contravengan la normativa de ordenación del territorio o urbanística. Se trata de una cuestión capital sobre la que el enigmático legislador ha consentido que hayan corrido ríos de tinta durante más de tres decenios, dando lugar a diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, en las que se han llegado a detectar tres tesis diferentes: la que considera admisible interpretar el silencio en pro de la concesión de la licencia, la que niega que el silencio de la Administración pueda dar lugar a la obtención de licencias contrarias al ordenamiento jurídico y una tercera que acepta la obtención de la licencia por silencio, salvo que incurra en un vicio de nulidad de pleno derecho³. La primera se identifica por la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, otorga prevalencia a la defensa de la legalidad y hace valer el principio de que no puede obtenerse por silencio lo que no podría obtenerse mediante resolución expresa.

Da idea del complicado panorama jurisprudencial el hecho de que entre la segunda y la tercera tesis se observa la evolución hacia una postura intermedia, que admite el silencio salvo que las infracciones detectadas sean manifiestas, notorias, frontales o palmarias⁴. Pero tales matizaciones son contradichas por el propio Tribunal Supremo, al considerar que no es atendible el argumento de que solamente las infracciones graves o productoras de la nulidad de pleno derecho pueden impedir la producción del silencio positivo, dado que la norma no distingue entre los posibles grados de las distintas infracciones.

Resulta, pues, imperdonable que la ambigüedad y la vacilación del legislador hayan generado un problema de proporciones espectaculares durante tanto tiempo, estando aquél obligado a intervenir como lo estaba en pos de la seguridad jurídica⁵, consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución Española, procurando la certeza frente a la duda o incertidumbre;

problema que se ha venido alimentando con la adopción de diversas fórmulas por el propio legislador estatal y por las Comunidades Autónomas, en una ceremonia de confusión inexcusable, agravada por la intervención de quince legisladores autonómicos en una materia propia de lo básico.

Dando por reproducidas las diferentes formulaciones legales sobre el silencio positivo *contra legem* en materia de licencias urbanísticas desde la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 hasta el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, interesa destacar que la confusa situación creada por la existencia de pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia a favor y en contra de la obtención de licencias por silencio positivo *contra legem*, ha sido zanjada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, dictada en el recurso núm. 45/2007, de casación en interés de la ley.

En efecto, tras reconocer que el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de encarar frontalmente esta problemática después de la reforma del artículo 43 de Ley 30/1992 en 1999, dicha sentencia fija una doctrina legal que sostiene que es errónea y gravemente dañosa para el interés general, la adquisición por silencio positivo de licencias en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico (FJ 5). La interpretación alcanza al artículo 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, que representa según el Tribunal Supremo, una excepción contenida en norma con rango de ley frente a la regla general de silencio positivo del artículo 43 de la Ley 30/1992.

En suma, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación en interés de ley, declarando como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también

básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, “*no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística*”.

A. RECAPITULACIÓN: TREINTA Y TRES AÑOS VAGANDO POR EL AQUERONTE PARA ACABAR EN UN MAR DE INSEGURIDAD

Tras el desenlace jurisprudencial antes referido, resulta que el silencio positivo en materia de concesión de licencias ha estado treinta y tres años vagando por el Aqueronte, entre las sombras errantes. Finalmente el Tribunal Supremo ha realizado el trabajo de Caronte, accediendo a dar sepultura al silencio *contra legem*. Resulta increíble que se haya consumido tanto tiempo para zanjar el debate sobre el significado de una proposición normativa, en el que el legislador estatal debió intervenir mucho antes para evitar toda ambigüedad y hacer inteligible desde el principio la llamada cláusula preventiva y ello pese a su —aparentemente— rotunda formulación. Bastaba un óbolo para que el barquero hiciera su trabajo.

Son muchos años vagando por el Aqueronte para acabar en la orilla de los muertos⁶, sin haber obtenido un pacífico final y por eso creo que es necesario arbitrar otra solución, ya que la situación actual es altamente insatisfactoria. La doctrina ha criticado con razón que la inaplicación del silencio positivo a las licencias con el argumento de la contravención de la legalidad urbanística representa una solución contraria al principio de seguridad jurídica, advirtiendo que coloca a la Administración en mejor posición que si diera respuesta en plazo a las solicitudes de los interesados, invitándola al incumplimiento del plazo de resolución y facilitando la elusión de la responsabilidad en la comprobación de la legalidad de la solicitud.

Del mismo modo, se ha señalado que la cláusula preventiva “traslada al solicitante la

responsabilidad de valorar la conformidad de su iniciativa con el ordenamiento jurídico” y lleva al absurdo de que la inactividad administrativa beneficia a la Administración y no al particular, dando lugar de facto a la lícita ampliación de plazos para resolver; solución que ha prevalecido pese a que la Administración dispone de otras técnicas para evitar perjuicios al interés general (entre ellas la suspensión administrativa de licencias ilegales y la revisión de oficio)⁷.

La interpretación que ha prevalecido al cabo de tantas dudas y vacilaciones, coloca en una posición desfavorable al ciudadano que ha ingresado en las arcas públicas no sólo los impuestos que financian la actividad municipal y las nóminas de los funcionarios encargados del control de la legalidad urbanística, sino también una tasa para que se examine y estudie la viabilidad del proyecto en relación con la ordenación urbanística, a lo que se suman los pagos de honorarios profesionales y el correspondiente visado. Por ello se insiste en que dicha solución prima a la Administración incumplidora, favorece que no se dicte resolución en plazo y convierte el silencio en una trampa, todo lo cual se juzga como un anacronismo, al dejar al silencio positivo como una institución sin contenido práctico en materia de urbanismo y de ordenación del territorio⁸.

Estos argumentos han sido utilizados por diversos Tribunales Superiores de Justicia y, en este sentido, cabe recordar que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Málaga del TSJA de 29 de marzo de 2007 subraya que eximir a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación y supone “cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición”⁹.

Por dichas razones, comparto la opinión de diferentes autores en el sentido de que la actual formulación de la cláusula preventiva y la interpretación jurisprudencial que ha prevalecido suponen una merma para la seguridad jurídica, ya que el silencio puede ser positivo o negativo en función de la eventual ilegali-

dad que los interesados no siempre están en condiciones de conocer. La norma somete la existencia del silencio a unos “requisitos desproporcionados”; “y 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)”, de manera que “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”, surgiendo también la pregunta sobre qué sentido tiene una impugnación cuando se trata de una solicitud de licencia cuyo contenido puede ser adecuado al ordenamiento jurídico¹⁰.

No puede perderse de vista que esta interpretación de la cláusula preventiva afecta gravemente al principio de seguridad jurídica y como consecuencia de ello, tal y como se ha advertido desde posiciones equilibradas y bien fundadas por el privilegiado observatorio que supone el ejercicio de la función registral, se generan serias dificultades para obtener financiación de los proyectos urbanísticos y edificatorios¹¹. No serán infrecuentes los casos en que se abuse del silencio, sabiendo que la inactividad administrativa queda a cubierto de cualquier responsabilidad. Mientras tanto normas como la comunicación del artículo 79 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, pueden ayudar en la práctica, pero representan una especie de silencio de segundo grado¹² para dar efectividad al silencio producido en un momento anterior, y todo ello pone de manifiesto que es necesaria la intervención del legislador.

No sólo en el terreno de los trámites preparatorios y la financiación de obras se evidencian las consecuencias del planteamiento que sigue a la interpretación de la cláusula preventiva del modo expuesto; también se muestran crudamente en los procedimientos de revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial

sometidos a dictamen de los Consejos Consultivos y en la práctica jurisprudencial. Así, por poner un ejemplo, cuando se reclama por paralización de unas obras que el interesado consideraba amparadas en la obtención de una licencia por silencio, la Administración le opone la inexistencia de tal licencia por falta del llamado requisito sustantivo de adecuación a la legalidad, sin que se admita la oposición del interesado aduciendo el retraso de la Administración en contestarle expresamente y hacerle ver la inviabilidad de las obras. En otros casos, como el examinado en el dictamen 473/2009 del Consejo Consultivo de Andalucía, queda compelido a actuar, pues cuando el interesado solicita indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de demora en el procedimiento para la obtención de licencia, se le contesta que “si la obtención de la licencia era tan relevante, debería haberla dado como concedida por silencio y haber actuado en consecuencia”, procediendo al inicio de las obras¹³.

B. UNA DISONANCIA MAYOR

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, hay algo que no suena bien en el paisaje del silencio administrativo y la revisión de oficio en el urbanismo. Se presentan significadas disonancias, fuertes estridencias interpretativas que han roto la armonía del sistema, aunque quizá, a fuerza de acostumbrarnos a ellas, lleguemos a confundirlas con las disonancias de Wagner, que según sus admiradores habría llegado a alcanzar tal maestría en su uso que las escribía de forma que sonaran bellas y reposadas. Pero yo no creo que el Derecho sea capaz de lograr la armonía, ni de conseguir efectos sublimes multiplicando las disonancias en el sistema de revisión de oficio de los actos urbanísticos, máxime cuando no se trata, en terminología musical, de disonancias preparadas y resueltas, sino de fragmentos que se interpretan aislada y torpemente, con pérdida de la visión del conjunto.

Prueba de la confusión y del contagioso rechazo del silencio *contra legem* en las licencias

urbanísticas, es que se llegue a concluir que la cláusula de exclusión es aplicable también a los planes cuando no es así¹⁴, pese a que esta solución pueda revelar una contradicción increíble que sólo puede resolver el legislador. Aquí se percibe, por tanto, otra de las disonancias a las que me refiero. Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009, aun haciéndose eco de la sentencia del propio Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, mantiene que las cosas son de otro modo cuando la controversia no versa sobre una solicitud de licencia, sino que se refiere a la aprobación de un instrumento de planeamiento por silencio administrativo. Aun señalando que nuestro ordenamiento jurídico no contempla, por principio, que las disposiciones de carácter general puedan resultar aprobadas por silencio positivo, subraya el Tribunal Supremo que como excepción a esa regla, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico —cuyo carácter de disposiciones de carácter general queda reconocido en una jurisprudencia consolidada y unánime— puedan ser aprobados por silencio. Claro exponente de ello, junto a otros antecedentes que cita, es el artículo 11, apartados 5 y 6, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008. En resumen, el Tribunal Supremo concluye que, a diferencia de lo que sucede en materia de solicitudes de licencias, no existe una norma de rango legal que impida el efecto del silencio positivo en la aprobación de una modificación del planeamiento en el caso de que resultase contraria a la legislación urbanística.

C. ÚLTIMA VUELTA DE TUERCA: LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992

Ya se había planteado, y también plasmado puntualmente en la normativa autonómica¹⁵, la posibilidad de sustitución de la técnica de autorización por la de comunicación previa, sobre todo en obras menores, y diversos autores apuntan hacia la recepción de ese instrumento, hasta ahora escasamente utilizado en nuestro ordenamiento jurídico, por influencia de la Directiva de servicios¹⁶.

En efecto, el artículo 2.2 de la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, da nueva redacción al artículo 43.1 de la Ley 30/1992 y opta decididamente por reforzar el silencio positivo, añadiendo a tal efecto una precisión de singular importancia: “*En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario...*”.

Ya no basta, como puede observarse, que la exclusión del silencio positivo se contemple en una norma con rango de ley, sino que es necesario que en el proceso de elaboración de dicha disposición se haya justificado que concurren razones imperiosas de interés general.

D. EL REGRESO DE EURÍDICE: PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO EN LA CONCESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

En una etapa donde las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad y el Derecho Administrativo acentúan los principios de sometimiento a la legalidad y eficacia en la actuación administrativa, dando expresa acogida al concepto de buena Administración, el silencio administrativo no puede ser considerado sino como una anomalía¹⁷. No es extraño que la doctrina haya criticado el funcionamiento anormal de la Administración que pone de manifiesto el silencio, denunciando los abusos cometidos a cuenta de dicha institución¹⁸. Sin embargo, la realidad acaba imponiéndose y el legislador ha de hacer frente a la demora de la Administración en la resolución de los proce-

dimientos, optando por la técnica del silencio y atribuyéndole una significación negativa o positiva. Es un remedio frente a lo que se ve como “batalla perdida”. Aunque el silencio se perciba como un problema y la preocupación del legislador haya sido la de obligar a las Administraciones Públicas a resolver de manera expresa, lo cierto es que éstas seguirán sin responder en plazo en muchas ocasiones, por lo que se ha dicho con razón que la inactividad formal de la Administración es un mal endémico, difícil (si no imposible) de erradicar¹⁹.

En este contexto, admito que puede comportar riesgos la obtención por silencio de autorizaciones o licencias que amparen una actividad susceptible de afectar negativamente a suelos especialmente protegidos, inmuebles catalogados, etc., y no creo que tales riesgos deban negarse²⁰, como tampoco pueden magnificarse, ni valorarse hoy como se pudieron valorar hace más de medio siglo²¹. Por eso, reclamo desde estas páginas una nueva regulación en la materia, aun reconociendo que no es fácil la identificación de categorías de bienes que reclaman para sí la exclusión del silencio positivo²². Pero, en mi opinión, siempre sería una solución más defendible que la actual, que mantiene una fórmula difícilmente compatible con la seguridad jurídica y que a la postre supone la negación de este instituto jurídico, en contra del espíritu de la Ley 30/1992, tras dos reformas (Leyes 4/1999 y 25/2009) que han conducido a que el silencio negativo quede relegado a supuestos excepcionales: actualmente sólo se admite que el legislador pueda excepcionar la regla del silencio positivo, como ya se ha dicho, cuando esté justificado “*por razones imperiosas de interés general*”

Siendo así, se trataría de delimitar el área propia del silencio positivo, excluyendo aquellos actos autorizatorios que por su relevancia o características demanden indefectiblemente (imperiosamente) un pronunciamiento expreso de la Administración²³, lo que vendría a responder al planteamiento que la doctrina italiana realiza en relación con los “*interessi critici*”²⁴, sin perjuicio de que el particular pueda recurrir frente a la inactividad de la Adminis-

tración y postular el reconocimiento de las consecuencias que el ordenamiento jurídico permita extraer de la demora (disciplinarias, indemnizatorias, etc.).

En definitiva, se vendría así a retomar el olvidado espíritu de la Ley 30/1992, que en su exposición de motivos subraya la consideración del silencio positivo como garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, y que sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista.

De hecho la legislación urbanística ya ha adoptado para supuestos singulares la técnica que propongo. Se trataría de perfilar si existen otros en los que concurra identidad de razón para que el legislador los recoja expresamente como supuestos de silencio desestimatorio, admitiendo el silencio positivo en los restantes.

Se ha dicho, en este orden de ideas, que una transposición adecuada de la Directiva de Servicios requeriría la modificación de las legislaciones urbanísticas autonómicas, determinando específicamente las razones imperiosas de interés general del ámbito urbanístico, que produjeran el silencio negativo. Desde esta óptica, considerando dicha Directiva y la jurisprudencia comunitaria se apunta, por ejemplo, que una licencia solicitada para obras en un inmueble de protección histórico-artístico, no podría obtenerse por silencio positivo, puesto que además de afectar a la protección del entorno urbano, se podrían producir daños irreparables²⁵.

En este momento, los legisladores autonómicos identifican determinados bienes merecedores de una especial protección y en esta dirección la referencia a las conductas que se califican como infracción urbanística muy grave ofrece una pista útil, aunque aquí no estemos hablando del *ius puniendi*, sino de cómo ha de configurarse el silencio²⁶. Son los “intereses críticos” que pueden verse afectados por el juego del silencio positivo *contra legem* los que justifican una cláusula de exclusión del mismo. En tal sentido, habría de intervenir el legislador estatal, reformulando la llamada cláusula

preventiva para sentar un mínimo común que oriente los desarrollos autonómicos. Así, evitar la destrucción o deterioro de bienes catalogados por la ordenación urbanística o declarados de interés cultural conforme a la legislación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico, e impedir los daños que pueden derivarse las licencias o autorizaciones en espacios de singular valor paisajístico o medioambiental y en suelos no urbanizables de especial protección, son objetivos que proporcionan buenos ejemplos de por dónde debe ir encaminada la modificación que propongo²⁷.

La doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo y el peso de la tradicional configuración de la cláusula preventiva no impiden el regreso del silencio al mundo de los vivos mediante una nueva reformulación. Por eso abogo por un cambio inmediato en la regulación legal, acorde con la novísima redacción del artículo 43.2 de la Ley 30/1992. Abogo por el regreso de Eurídice con un alma renovada —el silencio administrativo positivo sin la cláusula precautoria—, para que esta vez retorne al mundo de los vivos sin perderse definitivamente en el viaje de vuelta. Todo ello, mediante una construcción aquilatada, fruto de la experiencia, procurando un tránsito seguro sin necesidad de los consabidos encantamientos a Caronte y a Cerbero (opere el lector la transmutación que quiera).

La Administración no está en su minoría de edad: existen instrumentos para evitar las consecuencias adversas para el interés general que pudieran derivarse del silencio positivo. Al formular la propuesta del regreso de Eurídice soy consciente de los riesgos que comporta²⁸. Ciertamente, la admisión de la técnica del silencio positivo *contra legem* y la interpretación de la cláusula preventiva desde el ángulo patrimonial no elimina la conflictividad y la inseguridad jurídica, por lo que exigiría ciertos temperamentos para que el tiempo transcurrido desde la obtención de la licencia y la actuación de la Administración y de los interesados, dependiendo de las circunstancias del caso (dificultades interpretativas, presentación en regla de la documentación, buena fe, comunicación

previa de inicio de las obras, publicidad de las mismas, y posibilidad de pronta reacción, gravedad de la contravención, etc.), puedan ser conveniente ponderadas, bien atenuando las posibilidades de revisión o bien, en su caso, en sede de responsabilidad patrimonial²⁹.

Insisto en que, antes que seguir utilizando la actual fórmula condicional, no supeditada a la protección de intereses especialmente críticos, ni a la intensidad o gravedad del vicio, será preferible la identificación de supuestos en los que puede o no jugar el silencio *contra legem*, sin perjuicio de que cuando sea operativo se extraigan las consecuencias que pueden desprenderse de la contravención de la legalidad urbanística o de la ordenación del territorio en diferentes planos: restauración de la legalidad urbanística, ejercicio de potestades sancionadoras y eventual exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que los daños hayan sido causados por dolo o culpa grave del peticionario de la licencia o por actuación de tercero que rompa el nexo causal.

La reformulación que postulo tiene en cuenta que existen recursos para que los riesgos que en algunos casos puede representar el silencio positivo no se materialicen. En efecto, han venido funcionando una serie de instrumentos configurados por la legislación autonómica como complemento a la posibilidad de obtención de licencias por silencio positivo³⁰, siendo consciente el legislador de que no siempre es fácil apreciar el “requisito de conformidad”.

Evocando la letra de una conocida canción, cabría afirmar que “no estamos locos, sabemos lo que queremos”. De ahí que lo relevante cuando se opte por el reconocimiento expreso del silencio positivo, salvo en supuestos cualificados, es que la Administración esté en condiciones de reaccionar. En este contexto no pueden ignorarse las importantes obligaciones que se relacionan con la comunicación de inicio de las obras o su publicidad exterior; las que se imponen a los notarios que autorizan escrituras de segregación, división de fincas, y obra nueva en construcción, y las que se refieren a la formalización de la terminación de las

obras; la labor de los registradores en sede de calificación de los documentos presentados a inscripción y los diversos instrumentos de publicidad de la tramitación de revisiones de oficio, recursos y demandas que tengan por objeto licencias urbanísticas³¹, las obligaciones que recaen sobre las compañías de suministros y servicios de energía, agua, gas y telefonía, etc.

Representan estas obligaciones manifestaciones de un deber de colaboración en orden a la constatación del cumplimiento de los requisitos y deberes urbanísticos, facilitando así el control de legalidad de las actividades sometidas a licencia o autorización³². En este plano, hay que destacar la importancia del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Subrayo, pues, la existencia de un arsenal de instrumentos al servicio del control de la legalidad urbanística, de modo que difícilmente puede afirmarse que la Administración está indefensa para reaccionar ante los desmanes que pudieran amparar los casos patológicos de licencias ganadas por silencio. Cuando se constata su ilegalidad, la revisión de oficio con posibilidad de suspensión, la declaración de lesividad, el ejercicio de la acción pública en materia urbanística, y los controles de legalidad previstos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ofrecen remedios suficientes para sortear los peligros que tan a menudo se aducen para justificar la cláusula preventiva examinada.

Por consiguiente, la propuesta que formulo no deja ni mucho menos inerte a la Administración para hacer frente a las ilegalidades urbanísticas que pudieran encontrar refugio en el silencio positivo *contra legem*.

3. LOS SUJETOS DE LA REVISIÓN DE OFICIO

No sólo la regulación del silencio en este campo presenta notables disonancias; junto a

la inseguridad generada por la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, un determinando entendimiento de los sujetos legitimados y las consecuencias que de esta cuestión se extraen en el plano del procedimiento revelan un sistema de revisión de oficio descompensado, donde la Administración ha visto reforzadas sus potestades de autotutela hasta límites reñidos con la seguridad jurídica.

En efecto, en el apartado de los sujetos, la revisión de oficio de las licencias urbanísticas presenta también singularidades normativas, aflora importantes disonancias del sistema y muestra errores interpretativos que confirman una pérdida de rumbo, con importantes consecuencias prácticas en el terreno de la legitimación para accionar la nulidad y con secuelas procedimentales que no pueden desconocerse.

A. LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE NULIDAD: RELEVANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN PÚBLICA

Lo anterior da pie para exponer que, en mi opinión, resultan intolerables las cortapisas que se ponen al ejercicio de la acción de nulidad por parte de ciudadanos y asociaciones que actúan en defensa de la legalidad urbanística y del medio ambiente, ejercitando una acción de nulidad al amparo de lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, en una materia donde se reconoce la acción pública. En efecto, el artículo 48 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo dispone que “*Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística*” (apdo. 1), añadiendo que “*si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística*”. No es posible abordar el alcance

de uno y otro apartado, que podrían ser objeto de un estudio autónomo. Lo que sí creo que ha de destacarse es que el concepto de interés y la legitimación que lleva anudada a los efectos del artículo 102.1 de la Ley 30/1992 y de la ejecución de las resoluciones judiciales y administrativas subsiguientes a la anulación de las licencias no pueden prescindir de la luz que arroja el artículo 48 del Texto Refundido, vigente en todo el territorio nacional.

Comparto que la legitimación propiamente dicha o “*ad causam*” no requiere en estos casos de mayores indagaciones. Como se ha dicho por la doctrina acertadamente, su correcto entendimiento “resulta un tema nuclear y central, sobre todo, en el ámbito del contencioso-administrativo, y, en cierta medida, un tema “testigo” de la mayor o menor sensibilidad de los órganos jurisdiccionales para verificar y posibilitar un control amplio y no restrictivo, esto es, pleno, de la actividad administrativa”. Y en ocasiones es desalentador apreciar cómo se siguen realizando interpretaciones arcaicas en el ámbito administrativo y judicial. Los individuos y las asociaciones pueden convertirse y de hecho se están convirtiendo en “un instrumento poderoso y decisivo para controlar las ilegalidades, arbitrariedades y otras inmundidades del poder”³³.

B. NUEVA DISONANCIA: LA REVISIÓN DE OFICIO ACCIONADA POR LAS CCAA COMO ALTERNATIVA FRENTE A LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACTOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

Es una práctica ya extendida la utilización por parte de las Comunidades Autónomas de la vía de revisión de oficio como alternativa al cauce específico de impugnación arbitrado por el legislador básico. El argumento de no hacer de peor condición a la Administración que a los particulares que sin alegar un derecho subjetivo o un interés preciso pueden ejercitar la acción pública, puede ser cautivador y de hecho se ha aplicado también para justificar que

determinados órganos autonómicos puedan instar la revisión de oficio por causa de nulidad, pero resulta feble y falto de fundamento tras un mínimo análisis de la posición que ocupan tales Administraciones, y de las potestades que despliegan en orden a la protección de la legalidad urbanística, así como de los canales de información e instrumentos específicos de impugnación que el legislador básico ha puesto a su disposición.

Más allá de lo expuesto, dicho argumento cautivador ha sido esgrimido incluso para el ejercicio directo de la acción popular, salvando así la extemporaneidad de la impugnación judicial que podría derivar de la aplicación de los plazos de los artículos 65 y 66 de la Ley 30/1992, lo cual constituye otra pérdida de rumbo en el ejercicio de las potestades de las Administraciones de las Comunidades Autónomas para la protección de la legalidad urbanística. Aunque algunos Tribunales Superiores de Justicia hayan admitido el ejercicio de la acción popular por la Administración, el Tribunal Supremo ha negado su viabilidad de manera contundente. Quedando vedada esta posibilidad, algunas normas legales autonómicas han ampliado el plazo de impugnación; solución que, según la jurisprudencia constitucional, entraría en contradicción con lo previsto en el artículo 65 de la LBRL.

El examen de la legislación de las Comunidades Autónomas en esta materia pone de relieve un intenso papel de su Administración en la protección de la legalidad urbanística. No obstante, las posibilidades de actuación en caso de inactividad municipal cuando media una licencia municipal que se estima ilegal, son limitadas, en tanto haya sido declarada su invalidez, sin perjuicio de las prescripciones que salen al paso de las obras que no se ajustan a la licencia municipal otorgada. Dichas limitaciones tienen como fundamento las exigencias de respeto de la autonomía local, que ha propiciado que el legislador básico haya configurado un exigente modelo de impugnación de actos de las Corporaciones Locales, básicamente contenido en los artículos 65 y 66 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local

(LBRL), que no puede ser ignorado por el legislador sectorial.

En este contexto hemos de preguntarnos si se justifica la revisión de oficio instada por la Administración autonómica, aun considerando que con ello no se opera una subrogación en la potestad de revisión de oficio y que en todo caso la incoación, tramitación y decisión del procedimiento corresponde al Ayuntamiento que dictó el acto controvertido. Reconozco que la efectividad de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo y ordenación del territorio reclama eficaces instrumentos para la protección de la legalidad, pero, en este plano, ha de partirse también de la relevancia de la autonomía que la Constitución reconoce a los municipios. El problema no tiene una solución sencilla, porque como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1999, de 11 de febrero, a veces se cuestiona un acto administrativo sobre cuya corrección jurídica se proyectan dos valoraciones contradictorias: *“Por una parte, la que hace la Administración autonómica, teniéndolo por nulo, a partir de cuya calificación atrae para sí la competencia municipal. Por otra, la que late en la inactividad municipal^{B4}, cuya raíz puede responder no a desidia o abandono, sino al convencimiento de que la licencia en cuestión no adolece de tacha alguna o de aquella tacha extrema”* (FJ 4).

Antes de que se haya declarado formalmente la ilegalidad de la licencia, pueden existir interpretaciones discrepantes, y por eso el Tribunal Constitucional considera que la discusión o “planteamiento dialéctico” entre ambas Administraciones *“sólo puede encontrar solución en sede jurisdiccional, como disponen los arts. 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local, cuyo carácter básico ha sido reconocido por este Tribunal (STC 214/1989)”*. En este sentido, se advierte que: *“A menos de desfigurar tal modelo de autonomía local no se puede dar prevalencia a la opinión de la Comunidad Autónoma frente a la de la Corporación Local”*.

Por eso es importante hacer notar que más allá de las singularidades del procedimiento de revisión de oficio, cuando la Administración

autonómica insta la revisión, estamos ante el ejercicio de una acción que con razón puede ser vista como una auténtica impugnación; una acción que coloca a los sujetos legitimados en una posición tal que les permite atacar, sin sujeción a plazo, los actos presuntamente viciados de nulidad, y, en última instancia, residenciar la cuestión ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando estimen que la decisión del procedimiento revisor no es conforme a Derecho.

En definitiva, por las razones expuestas, resulta problemático el reconocimiento de la facultad de los órganos autonómicos de requerir a los Ayuntamientos la declaración de nulidad de licencias; facultad que han reconocido algunos Tribunales Superiores de Justicia y que actualmente se prevé en diversas normas autonómicas.

El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de abordar la cuestión. Sí existe un voto particular a la sentencia de 3 octubre 2001 que acierta a ver una problemática “no resuelta hasta ahora por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo”. En dicho voto particular se afirma que: “es necesario concluir en la imposibilidad de considerar “interesado” a efectos de los artículos 102 y 103 de la LRJ-PAC (en su redacción de 1992) a una Comunidad Autónoma que ha sido notificada en tiempo y forma del acto de una entidad local pese a que el mismo infrinja gravemente —a su entender— el ordenamiento jurídico”. Coincido en lo sustancial con los argumentos empleados en el voto particular, si bien es cierto que la cuestión habrá de ser dirimida por el Tribunal Constitucional desde el momento en que la posibilidad de impetrar la declaración de nulidad ha sido reconocida por algunas leyes autonómicas.

Dicho lo anterior, hay que subrayar que el trasfondo de la problemática utilización de la acción de nulidad o de la acción popular por parte de la Administración es idéntico, sin que pueda ignorarse que una mejora del cauce de los artículos 65 y 66 de la LBRL hubiera evitado el recurso a vías que no han nacido para resolver relaciones interadministrativas de conflicto.

No puedo dejar de mostrar mi sensibilidad hacia los problemas que han generado las impugnaciones extemporáneas en supuestos de inactividad recalcitrante, desidia y hasta connivencia de autoridades municipales que hacen la vista gorda ante licencias concedidas con flagrante incumplimiento de la legalidad. Los riesgos de un sistema rígido en el que no cabe la subrogación en los mecanismos de revisión y suspensión de licencias en la vía administrativa no pueden negarse³⁵, pero a veces las calificaciones son opinables y puede ponerse en peligro la seguridad jurídica y en cuestión la autonomía local cuando se actúa por vías inadecuadas y tardíamente.

C. INTENSIFICACIÓN DE LAS DISONANCIAS: CONSECUENCIAS JURÍDICAS ERRÓNEAS QUE SE HAN EXTRAÍDO DE LA CALIFICACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES DE LAS CCAA COMO "INTERESADOS" EN EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO

Acabo de exponer que el ejercicio de la acción popular y la solicitud de revisión de oficio por parte de las Administraciones de las Comunidades Autónomas son claras disonancias en el sistema de control de la legalidad de las licencias urbanísticas. Pero la disonancia se extrema cuando no sólo se admiten tales iniciativas, sino que además se extraen consecuencias erróneas de la, a su vez errónea, consideración de tales Administraciones como "interesados" en los procedimientos de revisión.

Constatando que en la práctica se utilizan los presupuestos y el cauce que específicamente arbitra la Ley 30/1992 para la revisión de oficio, es importante destacar que cuando son las Administraciones autonómicas las que la "instan", actúan en el ámbito de sus respectivas competencias y, desde esta perspectiva, no entiendo de recibo que se considere que estemos ante procedimientos iniciados a instancia de interesado en los que no opera en modo

alguno la caducidad por el transcurso del plazo de tres meses previsto para la resolución en el artículo 102 de la Ley 30/1992.

Reitero que la Administración autonómica, que actúa en defensa de la legalidad y del interés general, debe contar con posibilidades efectivas de reacción frente a licencias viciadas de nulidad, pero, como también he anticipado, esto no pasa necesariamente por su habilitación para acudir al cauce revisor del artículo 102 de la Ley 30/1992 y, sobre todo, si es que hubiera de reconocerse dicha habilitación, hay que tener claro que en tales supuestos no actúa como un particular ni es, en puridad, un interesado.

Cuando las Administraciones autonómicas efectúan un requerimiento de anulación a un Ayuntamiento para invalidar una licencia, están utilizando una potestad pública que es expresión de un poder público y lo hacen en el ejercicio de sus competencias y en el seno de una relación interadministrativa de conflicto.

Desde esta perspectiva, es conveniente recordar la teoría de la potestad-función, la noción de poder-deber (se actúa un interés ajeno al propio)³⁶ y, en definitiva, la significación que tiene el hecho de que las Administraciones autonómicas no hagan en los supuestos examinados sino velar por el ejercicio de sus competencias. Las Administraciones autonómicas actúan en tales casos no como un particular interesado en la anulación de un acto, sino como un poder público que en el ejercicio de sus competencias pretende la eliminación de un acto que estima nulo y cuya revisión es necesaria para la restauración de la ordenación urbanística conculcada. Nada tiene que ver su actuar con la posición jurídica de los interesados, con la posición privada de los "administrados" en la terminología clásica, que son parte en un procedimiento administrativo, dado el concepto que late tras los artículos 31, 68 y 102 de la Ley 30/1992.

Lo que quiero destacar es que la iniciativa de las Administraciones autonómicas requiriendo la anulación no debería ser considerada como "*istanza di parte*", protagonizada por "*il privato*", que es la denominación adoptada por

la doctrina italiana para distinguir los procedimientos iniciados con tal “instanza” del procedimiento “d’ufficio” o “iniziativa d’ufficio” operando en el plano del poder-deber³⁷. En todo caso, tal requerimiento estaría más cerca de la figura de la “richiesta” en Italia.

Por eso reitero que la consideración de las Administraciones autonómicas como “interesado” en los procedimientos del artículo 102 de la Ley 30/1992 constituye una notable disonancia, una pérdida de rumbo que se hace visible cuando en el sistema revisorio se predica que en tales casos no tiene lugar la caducidad, de manera que transcurrido el plazo de tres meses, el procedimiento sigue abierto *sine die*, a la espera de la resolución, sin perjuicio de que la “solicitud” del interesado pueda entenderse desestimada por silencio administrativo.

4. CONCLUSIONES

En suma, si vivimos en una sociedad más transparente, más avanzada tecnológicamente, y en la que desde luego existen más posibilidades de conocimiento y reacción frente a las ilegalidades urbanísticas, es lógico el abandono de soluciones tan drásticas como la prohibición de silencio positivo *contra legem*, u otras que hemos considerado representativas de un ordenamiento de excepción, sin que ello sig-

nifique que no puedan introducirse normas que equilibren el sistema de revisión de oficio y mejoren la regulación de la impugnación de acuerdos de las Corporaciones Locales, para no descuidar la defensa que merecen los bienes jurídicos tutelados por esta parcela del ordenamiento jurídico.

Apuesto por el restablecimiento del silencio positivo *contra legem*, excepto en casos homologables con los del 43.1 de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta la experiencia que proporciona desde antiguo la normativa urbanística y la novísima y estricta redacción de este precepto.

Por otra parte, considero que el ejercicio de la acción de revisión de oficio y la acción popular a cargo de las Administraciones autonómicas representan fuertes disonancias del sistema, que deben ser eliminadas. Naturalmente, creo que hay que ser sensible a la problemática que ha originado el recurso a estas vías, que no es otra que la que me lleva a proponer la modificación del sistema de revisión de oficio de los actos de las Corporaciones Locales previsto en los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985. En particular, reforzando el mecanismo de comunicación de los acuerdos adoptados, y ampliando el plazo de impugnación en determinados supuestos, lo que resulta especialmente necesario en supuestos de graves infracciones urbanísticas y de ordenación del territorio.

NOTAS

1. En este sentido, puede verse la obra de González Pérez, J., *Comentarios de la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, p. 550, y el trabajo de Gómez-Ferrer Morant, R., “El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional, en el *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 495-516. También puede verse el trabajo del mismo título y autor en *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986, pp. 81-106. En la misma dirección, Morillo-Velarde Pérez, J. I. (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo de 1986, pp. 65-83) apunta que el ámbito natural del silencio administrativo positivo en nuestro Derecho es la actividad autorizante de la Administración y el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores”.

2. El propio legislador ha expresado sus prevenciones frente a la técnica del silencio positivo en muchas ocasiones, no sólo en el ámbito urbanístico, y junto a la regla general del silencio positivo en la Ley 30/1992, tras redacción resultante de la reforma de la Ley 4/1999, se deja abierta la posibilidad de que una norma con rango de ley pueda exceptuar dicha regla; posibilidad que subsiste aunque el artículo 43.1 de la ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 25/2009, la haya endurecido, al exigir que el legislador sectorial parta de la existencia de “razones imperiosas” de interés general para acudir a ella. Por eso entiendo que puede estar justificada una modulación de su operatividad en el ámbito urbanístico.

Es cierto que la triste experiencia sobre el generalizado incumplimiento del deber de resolución puede llevar a mantener posturas como la que en su día mantuvo Morillo-Velarde Pérez, J. I., al constatar “que en los momentos actuales la técnica del silencio administrativo negativo ha fracasado” ante “una Administración que no siente el estímulo del riesgo porque se encuentra parapetada por cuantiosos privilegios de hecho y de derecho”. Dado que es inevitable que tales situaciones acaezcan, propone dicho autor “que el silencio de la Administración tenga siempre carácter positivo”, aun admitiendo que esta propuesta tiene sus riesgos (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo de 1986, pp. 65-83). El mismo autor confiesa que no puede seguir manteniendo aquella postura, motivada por la situación descrita por el Defensor del Pueblo, y afirma que la generalización del silencio positivo en la reforma de 1999 fue una decisión de gran calado, pero desacertada desde el punto de vista dogmático. En este sentido, afirma que la situación real de pasividad está más próxima a la negación (pues no altera la situación de hecho) que a la afirmación o estimación, que abre paso a un juicio conformador de una situación diferente. Y aunque no repudie esta técnica, y considere que el silencio positivo puede estar justificado en algunos casos, afirma que el legislador debió ser más cauto (“El silencio administrativo tras la reforma de 1999. *Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas*”, *RAP*, núm. 159, 2002, p. 115 y nota 53).

3. Beladiez Rojo, M., “Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 138, septiembre-diciembre de 1995, p. 148; García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, undécima ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 599. También Iñigo Sanz Rubiales se hace eco de esta sistematización de posturas jurisprudenciales y doctrinales en su artículo “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento jurídico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, septiembre-diciembre de 2006, p. 183 y 184.

4. Santamaría Pastor, A., y Parejo Alfonso, L. (directores), *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 344. La primera de dichas líneas jurisprudenciales responde a la “escasa confianza” y “falta de simpatía” hacia el silencio, que los autores aprecian, entre otras muchas, en las siguientes sentencias: SSTS de 11 de febrero y de 12 de diciembre de 1977; 25 de abril, 24 de noviembre y 22 de diciembre de 1978; 8 de mayo de 1979 (dos); 31 de diciembre de 1980; 17 y 24 de febrero y 26 y 31 de marzo de 1981; 2, 5 y 19 de mayo, 16 y 30 de junio y 15 de octubre de 1981; 22 de enero, 26 de febrero y 30 de marzo de 1982; 7 de junio de 1984; y 3 de junio de 1985 (dos). En la tesis de que sólo la nulidad, y no la anulabilidad, por tanto, es obstáculo para la producción del silencio se enmarcan las SSTS de 24 de febrero de 1977, 24 de octubre de 1978, 24 de diciembre de 1979, y 22 de octubre de 1981. Atenuando la exigencia anterior, y más allá de la polaridad anulabilidad *versus* nulidad, la obra citada destaca que algunas sentencias exigen que la infracción sea manifiesta o terminante para que no opere el silencio: STS de 11 de junio, 3 y 27 de noviembre de 1979; 13 de febrero, 23 de junio y 8 de octubre de 1980; 31 de marzo de 1981; 27 de mayo de 1982 y 17 de enero de 1984. A estas matizaciones jurisprudenciales, dando cabida también al vicio de anulabilidad, salvo los de menor entidad, se refiere también Sanz Rubiales, I. (“Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento jurídico”, *RAP*, núm. 171, 2006, p. 187), citando las SSTS de 20 de junio y 7 de octubre de 1980, y la de 13 de noviembre de 1986. Matizaciones que encuentra, más recientemente, en la STSJA (Sala de Granada) de 30 de julio de 2003.

5. Entre los trabajos de los últimos años que permiten conocer los términos del debate doctrinal al respecto, pueden verse, entre otras, las aportaciones de: Gómez Melero, J.G., “La seguridad jurídica en el procedimiento de concesión de licencia urbanística. Una aproximación a la regulación integral de estos procedimientos”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Consejería de Presidencia de Castilla-La Mancha, núm. 33, pp. 67 a 112; Cuadrado Zuloaga, Daniel; “El otorgamiento de licencias urbanísticas en virtud de silencio administrativo positivo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2004, pp. 2746 a 2756; Sanz Jusdado, I., y Antón Oliva, A., “Las licencias urbanísticas a la luz de la más reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, editorial Montecorvo, S.A., núm. 38, pp. 133-162; Rivas Andrés, R., “La obtención de licencias por silencio administrativo”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, núm. 111, 2005, pp. 21-28.

6. Quizá a algunos les parezca poco tiempo, considerando que en la mitología griega, aquellos que no podían pagar el óbolo tenían que vagar cien años por las riberas del Aqueronte, hasta que Caronte accedía a portearlos sin cobrar.

7. Véase en este sentido la crítica de Sanz Rubiales, I. (“Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias...”, pp. 207 a 213).

8. Este es el posicionamiento de Cabral González-Sicilia, A., al señalar que resulta contra natura trasladar al administrado la carga de la calificación (“La regla de la no adquisición por silencio de facultades o derechos que contravengan la

ordenación territorial o urbanística”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 252, 2009, pp. 50-52 y 54-55). No obstante, aunque sin subrayar suficientemente este significado de la cláusula preventiva y el papel que ha debido tener al interpretar cuál es su verdadero alcance, lo cierto es que también Sanz Rubiales, citando el art. 5.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, hace notar el riesgo que tiene el solicitante que, ante el silencio administrativo, actúa y ve que la Administración ordena con posterioridad el cese de esa actividad, sin que se le reconozca derecho a la indemnización (silencio administrativo y prohibición..., op. cit., p. 203).

9. Estas consideraciones de la sentencia enlazan con la crítica que en su día formuló Santamaría Pastor, J.A., al señalar que en estos casos se desvirtúa la esencia garantizadora y se invierten las consecuencias: la Administración que incumple su deber de dictar resolución en plazo recibe mejor trato que si lo cumple. Si otorga una autorización ilegal, dice, tendrá que acudir a la revisión, lo que no ocurrirá si incumple dicha obligación (“Silencio positivo; una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, 112).

No es extraño que la Sala de Málaga insista en la relevancia que tiene la comunicación previa al inicio de las obras, después de haber criticado que se haga recaer sobre el particular la carga de la calificación urbanística. Dicha comunicación permite, como dice Faya Barrios (“Silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007”, *Reflexiones, Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, núm. 3, III/07, Consejería de Obras Públicas y Transportes), que la carga de la calificación urbanística se comparta, en la medida en que la Administración tiene la oportunidad de enjuiciar la que hizo el particular *prima facie*, confirmándola y entendiéndola ganada la licencia o bien considerando la construcción o uso contrarios al ordenamiento urbanístico y comunicando al particular que carece de licencia y resolviendo expresamente en sentido desestimatorio la solicitud pendiente. Esta última posibilidad queda amparada en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 2009, pero no porque la Administración pueda revocar lo ganado por silencio positivo y disponga del lapso temporal que proporciona el deber de comunicación para ello, sino porque de dicha doctrina jurisprudencial se desprende que en casos de disconformidad de lo solicitado con la ordenación urbanística opera el silencio negativo.

10. Sanz Rubiales (“Silencio administrativo...”, op. cit., pp. 201 y 202).

11. Camy Escobar, J., “Comentarios de urgencia sobre la STS de 28 de enero de 2009”, trabajo inédito, del que he podido disponer gracias a la generosidad del autor.

12. Así lo denomina Camy Escobar en el comentario citado en la nota anterior.

13. Del mismo modo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009, se desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil que pretendía el reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial. La sentencia confirma la resolución impugnada, argumentando que la obtención de las licencias urbanísticas por silencio positivo, no conlleva el hecho de que la entidad reclamante haya cumplido con las cargas urbanísticas para poder patrimonializar su derecho, ya que la actora inició las obras sin licencia, antes de la aprobación del proyecto de delimitación, y por lo tanto, no se puede trasladar las consecuencias de tal forma de actuar al Ayuntamiento, por el hecho de que posteriormente se aprobara con tales defectos formales y sustantivos, que merecieran la anulación por los Tribunales, pues la parte no actuó al amparo de tal acto administrativo, sino antes de que se produjera, con los riesgos que ello comporta.

14. En el informe “Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción (Fundación Alternativas, 2007), al describir los “mecanismos de la corrupción” y la “tipología de las irregularidades” se mencionan los casos de aprobación por silencio administrativo del plan cuando la Administración competente no se pronuncia en plazo sobre su aprobación definitiva, a pesar de que “un principio general básico de nuestro ordenamiento establece que no cabe entender aprobado por silencio administrativo todo acto jurídico que sea contrario al ordenamiento”. Aprovechando, se dice, una confusa alusión a la nulidad de actos presuntos a que hace referencia el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre... algunas sentencias (las menos) y algún sector doctrinal han apoyado, sin embargo, la posibilidad legal de aprobar actos jurídicos ilegales por silencio, sin perjuicio de que la Administración deba proceder a posteriori a la revisión de lo aprobado... agarrándose, consciente o inconscientemente, a la interpretación mencionada del artículo 62 de la Ley 30/1992, en muchos casos se entiende aprobado presuntamente el plan remitido a la Comunidad Autónoma con independencia de su contenido y de las presuntas ilegalidades contenidas”. Como se ve la inexactitud y confusión es notoria, al no distinguirse entre el régimen del silencio previsto para los planes y el previsto para las licencias.

15. Chinchilla Peinado, J.A., “El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal de la aplicación judicial”, *RDU*, núm. 242, junio de 2008, pp. 13 a 85.

16. A este respecto, Sanz Rubiales (“Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias...”, p. 201, nota 63), se hace eco de la opinión de Boix Palop en el sentido de que la técnica más adecuada a la preexistencia de un derecho en el solicitante es posiblemente la comunicación previa con derecho de veto, indicando que la conveniencia de sustitución del silencio positivo por la comunicación previa con posibilidad de veto es manifiesta en el caso de las obras menores (“La discutible necesidad de la licencia de obras menores”, en VV.AA., *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M. a Boquera Oliver*-coord. por Baño León, J.M. y Climent Barberá, J.-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1340 a 1342).

Ejemplo de lo que se dice es la Ordenanza reguladora de las actuaciones comunicadas del Ayuntamiento Amorebieta, aprobada al amparo del artículo 207.5 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, en el que se establece que: “Las ordenanzas municipales, podrán sustituir la necesidad de obtención de licencias por una comunicación previa, por escrito, del interesado al Ayuntamiento, cuando se trate de la ejecución de obras de escasa entidad técnica, para las cuales no sea necesaria la presentación del proyecto técnico, o para el ejercicio de actividades que no tengan la condición de molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, y para aquellas otras actuaciones que prevean las propias ordenanzas. El Ayuntamiento podrá verificar en cualquier momento la concurrencia de los requisitos exigidos y podrá ordenar, mediante resolución motivada, el cese de la actuación cuando no se ajuste a lo requerido”. En este sentido, la exposición de motivos de la Ordenanza se refiere a los “aspectos no resueltos de la burocracia administrativa que, en la práctica, suponen demoras y complicaciones en la tramitación de los expedientes de solicitudes de licencias”, añadiendo que su objeto es “la simplificación y reducción de trámites, agilizando procedimientos, disminuyendo comprobaciones y controles apriorísticos innecesarios, medidas compensadas con la actuación responsable que se presume de promotores, titulares y profesionales, en su deber-obligación de sujeción a la obtención de previa licencia o autorización administrativa, sustituyéndola por un acto de comunicación previa, una vez acrediten documentalmente el cumplimiento de determinados requisitos”. En su parte dispositiva, el artículo 2 fija el ámbito material de estas actuaciones modificadas, que comprende aquellas actividades, instalaciones u obras caracterizadas por la escasa entidad técnica, jurídica e impacto urbanístico o ambiental”, las cuales únicamente deberán ser puestas en conocimiento de la Administración municipal para su examen documental previo, antes de iniciar su ejecución o actividad a los efectos de constancia fehaciente de su realización y posible control posterior, para comprobar su adaptación a la normativa vigente que sea de aplicación en cada supuesto”.

17. Habría que preguntarse al respecto cuánto hemos avanzado, si es que lo hemos hecho de verdad de una manera efectiva, desde el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, cuyo artículo 268 establecía como regla la “denegación tácita” o desestimación cuando no se dictare providencia o acuerdo de fondo sobre las peticiones o reclamaciones de los interesados, garantizando la impugnación frente a los oportunos recursos y la posibilidad de exigir, en caso de que estos prosperasen, “responsabilidad civil o gubernativa a las autoridades, funcionarios o corporaciones culpables de la demora”.

18. Morillo-Velarde Pérez, J. I.; “El silencio administrativo”, en *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado* (coordinador J. Barnés Vázquez), pp. 159 a 196. Afirma este autor que el problema no es en sí mismo el silencio, sino la situación de funcionamiento anormal que dicha institución pone de manifiesto cuando tantas veces se acude a ella. El silencio negativo sólo es remedio para conductas excepcionales y no cuando se abusa de esta institución colocando a los ciudadanos ante la desesperación y desconfianza frente a sus gobernantes. Sobre todo, dice en nota a pie de página, ante la perspectiva de tener que entablar un procedimiento judicial ante unos Tribunales no menos ineficaces que la Administración, litigando sin conocer los argumentos de la otra parte, que además no tiene nada que temer de las molestias, ni de los gastos del proceso. Si a esto se llega por la vía del silencio, con razón lo presenta Morillo-Velarde Pérez como un fracaso, como símbolo de una Administración que no funciona (p. 162). Más adelante expone que desde una perspectiva técnico-jurídica, la diligencia exigible en el funcionamiento de la Administración ha de ser suficiente para evitar declaraciones indebidas de derechos, por lo que si es preciso habría que reforzar los efectivos burocráticos antes que cargar a los particulares con el oneroso silencio negativo (191). En este sentido abunda después, en la p. 196, sosteniendo que lo que importa es la disminución de las posibilidades de silencio y una sustancial mejora de los recursos humanos y materiales. El mismo autor (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo de 1986, pp. 65-83), había denunciado con anterioridad que el silencio constituye una verdadera lacra en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, apelando al Informe del Defensor del Pueblo de 1983 (BOCG de 17 de mayo de 1984). En la página 65 de dicho trabajo subraya que el silencio administrativo negativo se utiliza muchas veces como una forma alternativa y no comprometida de resolución, cuando no esconde una ineficacia o mala fe verdaderamente inexplicables, y en la página 74 los califica como “institución garantizadora vergonzante”.

En esta dirección, García-Trevijano Garnica, E.; “El silencio administrativo en el Derecho español”, Civitas 1990, llega a referirse al “silencio administrativo expreso”, aludiendo a una práctica viciosa de la Administración que llega a entender el silencio como una forma normal de terminación del procedimiento. Una especie de alternativa frente a la

resolución expresa, que revela un modo de entender el silencio administrativo contra el que se ha manifestado desde antiguo la doctrina (al respecto, puede verse también la opinión de Baena del Alcázar, M., “Naturaleza jurídica del silencio de la Administración”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 121, 1962).

El propio legislador que aprobó la LRJ-PAC en 1992 y la reformó en 1999 viene a reconocer en la parte expositiva de ambos textos que el silencio no puede entenderse como una institución de frecuente aplicación.

19. García-Trevijano Garnica, E., “Silencio administrativo: términos y plazos (artículos 42 a 44 y 47 a 50)”, en *Administraciones Públicas y ciudadanos estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (coord. por Benigno Pendás García), ed. Praxis, Barcelona, 1993, pp. 353, 354 y 391.

20. Fernández Pastrana, J.M., se muestra escéptico al subrayar que en el origen de toda esta problemática está, sin ninguna duda, la “supuesta peligrosidad” del silencio para el interés público, que habría justificado la adversa posición de la doctrina frente al silencio positivo (y su mínima funcionalidad), antes y después de su recepción en la Ley de Procedimiento Administrativo. En otras ocasiones se refiere a ese temor a la “supuesta peligrosidad de silencio”, al “supuesto peligro para el interés general”, o a los peligrosos gigantes que supuestamente amenazan a los intereses públicos”, preguntándose retóricamente: “¿Supone acaso un peligro inconjurable para los intereses públicos que el acto tácito despliegue la plenitud de sus efectos, en igualdad de condiciones que el acto expreso?” (“Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”, *RAP*, núm. 127, pp. 103, 130, 140 y 141).

Pero lo cierto es que junto a los trabajos antiguos que están en el origen de la cláusula preventiva, diversos autores, en estudios más recientes, alertan de que la exclusión del silencio positivo puede ser necesaria en algunos supuestos (en este sentido, cabe remitirse, entre otros, a los artículos de Guerra Ares, E., “Alcance del silencio positivo aplicado a las licencias urbanísticas”, *Actualidad Administrativa*, núm. 45, La Ley, Madrid, 2001, pp. 1429-1440; Gómez Melero, J.G., “Ensayo sobre el silencio administrativo en el Derecho urbanístico español. Solución a la inseguridad jurídica provocada por el silencio *contra legem*”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2003, pp. 1775-1786; y Bermúdez Palomar, V.: “El silencio administrativo *contra legem* y las licencias urbanísticas”, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 2-2008, La Ley, Madrid, pp. 225-235).

En mi opinión el peligro es real y no supuesto. Distinto es que haya medios para evitar eventuales daños a los bienes jurídicos tutelados, de modo que la existencia de dicho peligro no puede servir de excusa para eliminar la virtualidad del silencio positivo en presencia de cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Y en esto coincido con Fernández Pastrana, porque existen remedios como la suspensión cautelar de tales actos (p. 141), con lo que quedaría superada la objeción que se esgrime frente al silencio *contra legem*.

21. Seguramente muy condicionados por la realidad del tiempo que les tocó vivir, advierten de los peligros del silencio positivo Martínez Useros, “La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 32, 1947, p. 169; Royo Villanova, S., *Elementos de Derecho Administrativo*, vigésimocuarta edición, Valladolid, vol. I, 1955, p. 110 (peligro para la cosa pública en caso de apatía o pasividad administrativa); y Garrido Falla, E., primero en “La llamada doctrina del silencio administrativo”, *RAP*, núm. 16, 1955, pp. 98 y ss., y después en “El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 91, 1957.

Refiriéndose a un ejemplo de los pocos que entonces podía proporcionar el Derecho positivo, Garrido Falla alude a esta clase de silencio como “peligro hecho realidad”, afirmando que la solución es lógicamente absurda y que, además, puede conducir a perjuicios irreparables para la Administración Pública. Bastará, dice, que en muchos casos la negligencia o falta de celo de los funcionarios para que los particulares se conviertan en administradores; cualquier petición, incluso la más absurda, de un particular, puede convertirse en un título jurídico a su favor, por el solo hecho de que un plazo ha transcurrido. Además señala la inutilidad del silencio estimatorio, en la medida en que, una vez que se haya producido, el interesado en hacerlo valer no contaría con medios para obligar a la Administración a que ejecute dicho “acto administrativo tácito”.

Martín Mateo, R., considera fundadas la alarma y las objeciones de algunos autores frente al silencio positivo, por las graves consecuencias que para el bien público, en definitiva, puedan derivarse con el juego de tal automatismo, ante la desidia de un funcionario o el extravío de una documentación (“Silencio positivo y actividad autorizante”, *RAP*, núm. 48, p. 207) y se remite no sólo a los autores anteriormente citados en esta nota, sino también a Clavero Arévalo, “El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955”, *RAP*, núm. 19, p. 290; Boquera Oliver, J. M.^a, “Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo”, *RAP*, núm. 30, pp. 91 y 92 (“no es conveniente ni eficaz para la Administración, ni tampoco para el administrado”, al que no le proporcionaría una mayor garantía); Vivancos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento administrativo*, Barcelona 1959, p. 158; y Cabal, *El procedimiento administrativo y sus formularios*, Madrid, 1964, p. 51. Al subrayar la lesión de los intereses de la comunidad que

puede ocasionar la peligrosa técnica afirmativa del silencio en materia autorizatoria, Martín Mateo (op. cit., p. 226) recuerda que Clavero Arévalo exhorta a los Ayuntamientos para que revisen sus ordenanzas, al objeto de impedir a toda costa el silencio administrativo, y se plantea algunos interrogantes aún no resueltos definitivamente, como en materia de los paradójicos “derechos adquiridos de un no-acto”, demoliciones, responsabilidades, lesividad, revocación (“El Reglamento de Servicios...”, p. 290). Prácticamente, dice Martín Mateo (op. cit., nota 112), está allí toda la problemática con que diez años después se enfrenta este trabajo. El propio autor hace notar la reciente jurisprudencia (se refiere a la sentencia de 24 de diciembre de 1964) que sale al paso “de las graves implicaciones encerradas en la artificial cáscara del silencio positivo” (op. cit., p. 209). Morillo-Velarde Pérez (“Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”...) se refiere también a la afirmación de Baena del Alcázar, en el sentido de que “la pretensión más disparatada y perjudicial podría convertirse en un acto en virtud de la doctrina del silencio” (no he podido localizar este trabajo que se cita como publicado en *REVL*, núm. 123, p. 322).

Fernández Pastrana considera que el primer grupo de autores citados y Martín Mateo contribuyeron así al asentamiento de posiciones contrarias al silencio positivo (op. cit., p. 108), no obstante, hace notar que Royo Villanova también expuso algunas razones a favor del mismo en “El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 48, 1949.

El Tribunal Supremo llega a expresar que “la teoría del silencio debe ser objeto de interpretación estricta para evitar que más allá de lo debido se consumen situaciones que puedan notoriamente contrariar el interés público, dada la intrínseca dificultad de adaptar la solución positiva del silencio a la mecánica autorizatoria en cuanto la delimitación de los derechos, la ponderación y valoración de los intereses en conflicto no puede en muchas ocasiones ser soslayada sin incurrir en graves consecuencias” (STS de 17 de octubre de 1978).

22. Conviene subrayar que el correcto entendimiento del silencio positivo para la remoción de límites a derechos que se estiman preexistentes, pero pudieran no serlo, pasa por advertir, como, en su día hizo Martín Mateo que “tales derechos no son siempre perfilables sin el concurso expreso de la Administración”; supuestos en los que pasaría a un segundo plano la referida preexistencia de facultades (“Silencio positivo y actividad autorizante”, op. cit., p. 209 y 213).

23. De hecho este planteamiento no es nuevo, y ha sido asumido por el legislador. Así, por ejemplo, la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, reformada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes para la modificación de aquella, dispone en su artículo 41, en referencia al procedimiento para el otorgamiento de la autorización autonómica en suelo rústico, que transcurrido el plazo previsto sin resolución expresa, se entenderá denegada la autorización por silencio administrativo.

24. Por ello, la doctrina italiana subraya las importantes excepciones a la regla del silencio positivo en los procedimientos a instancia de parte, por exigencias de la tutela del patrimonio cultural y paisajístico, el medio ambiente, la defensa nacional, la inmigración, la salud, y otras (v., en este sentido, Casetta, E., *Manuale di diritto amministrativo*, X edizione, Giuffrè editore, 2008, p. 490 y ss.)

En efecto, algunos autores han subrayado el riesgo que puede comportar para el patrimonio cultural y otros bienes constitucionalmente protegidos la llamada “dichiarazione di inizio di attività” (quando sia necessaria l’autorizzazione pubblica di alcune attività private sulla base di requisiti certi, l’autocertificazione di tali requisiti -Dia- può sostituire il nulla-osta amministrativo, salvo che l’amministrazione competente vi si opponga entro 60 giorni”), tal y como fue concebida por el artículo 19 de la Ley 241/1990, transformada después en regla general. En este sentido, Silvio Martuccelli denuncia la inconstitucionalidad de una norma aprobada con desprecio del artículo 9 de la Constitución Italiana y afirma que se trata (se entiende perfectamente) de un “strano modo di utilizzare il silenzio-assenso”. Nato per tutelare il cittadino dinanzi all’inerzia della pubblica amministrazione, per una sorta di eterogenesi dei fini diventa un espediente tecnico attraverso il quale lo Stato, a danno della collettività, elude il vincolo di inalienabilità dei beni culturali” (Il Sole-24 ore, 9 maggio 2004). Señala dicho autor que el silencio no tiene en sí mismo ningún significado; es el legislador el que opta por atribuirle un determinado sentido y, tratándose de la enajenación de bienes públicos culturales, el legislador puede darle un significado negativo, haciendo prevalecer el interés colectivo. En esta línea, se llama ahora la atención sobre la modificación del “Codice Urbani dei beni culturali”, en relación a los bienes culturales y al paisaje, que rectifican la criticada orientación y eliminan el silencio positivo en este campo (Decretos Legislativos núm. 156/2006, en relación con los bienes culturales, y núm. 157/2006, en relación con el paisaje).

25. Esta es la opinión de Gutiérrez Colomina, V., “La incidencia de la Directiva de Servicios 2006/123/CE en el Urbanismo, disponible a texto completo en webnueva.fecam.es, p. 39.

26. Aunque no en todos los casos que se citan como merecedores de especial protección se haya contemplado el silencio negativo, quizá por un exceso de confianza en la generalidad de la cláusula preventiva.

27. De hecho es común que las prevenciones se extiendan en general al suelo no urbanizable (extremo sobre el que habrá que reflexionar a la luz del nuevo presupuesto —razones imperiosas...— del que parte el legislador básico). Ejemplo de lo que digo es la previsión de que las solicitudes de aprobación de proyectos de actuación en suelo no urbanizable se entiendan desestimadas si transcurre el plazo previsto sin haberse notificado resolución expresa (art. 43.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, entre otros preceptos autonómicos con similar formulación).

28. Hay instrumentos suficientes para evitar “una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo”; anarquía que fue uno de los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento de Málaga en el recurso de casación para la unificación de doctrina que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009.

29. Desde esta perspectiva, procede traer a colación la siguiente afirmación de Santamaría Pastor: “...la posición del ciudadano es bastante peor en caso de silencio positivo, el encontrarse con el “dilema de hacer o no hacer uso del silencio”, si hace uso de él y lleva a cabo una inversión económica está expuesto a que la Administración le sorprenda con una imputación de ilegalidad (“Silencio positivo; una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, p. 112).

30. V. Rivas Andrés, R., “La obtención de licencias por silencio administrativo”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 111, 2005. Apunta a la posibilidad que estableció la disposición adicional quinta de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de 1994, de notificar su intención de iniciar las obras acompañando los documentos acreditativos de que ha transcurrido el plazo de resolución, teniendo derecho a que la Generalitat le expida para su uso particular, “certificado de haber sido notificada del propósito de iniciar las obras o actuaciones y no haber advertido en ellas contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística”. De esta manera, dice el autor citado, puede el interesado preconstituir una prueba para el otorgamiento de la escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad, subrayando que se suele requerir al Ayuntamiento mediante acta notarial para que emita certificación de la licencia ganada por silencio, bajo el apercibimiento de que si transcurren quince días (art. 43.5 de la Ley 30/1992) se procederá a la formalización del acto (obra nueva, división horizontal o segregación).

31. Hace dos décadas, tras la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 1990, pensando en la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, se introdujo un sistema de publicidad en casos de licencias urbanísticas impugnadas o en vía de revisión de oficio (art. 307, 3 y 6 TRLS), incluyendo la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de “la incoación de expediente sobre disciplina urbanística” y de la “interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación... de licencias”.

32. Ejemplo de lo que se dice —entre otras disposiciones autonómicas de contenido similar— es la regulación contenida en los artículos 176, 177 y 178 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, insertos en un capítulo cuya rúbrica es, precisamente, “las medidas de garantía y publicidad de la ordenación urbanística”. En concreto, el artículo 176 impone determinados requisitos para la formalización e inscripción de los actos de edificación, incluyendo la certificación expedida por técnico competente. Entre otros actos que en él se enumeran, el artículo 177 se refiere a la posibilidad de inscripción en el Registro de la orden de cese o de demolición de los usos y obras justificadas de carácter provisional; la suspensión de actos de construcción o edificación, instalación o de uso del suelo, del vuelo o del subsuelo, que se ejecuten, realicen o desarrollen sin licencia u orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones señaladas en una u otra; la suspensión de la eficacia de licencias u órdenes de ejecución y la paralización de las obras que estén ejecutándose a su amparo; la iniciación del procedimiento de revisión de licencias u órdenes de ejecución; la ejecución de sentencias que hayan declarado la nulidad, así como la anulación administrativa de licencias u órdenes de ejecución; y el acuerdo de reposición de la realidad física alterada a su estado originario, incluida la demolición o reconstrucción. Importante es también destacar la información y publicidad en obras, regulada en el artículo 178, en orden a garantizar el efectivo y preciso reconocimiento por los ciudadanos en general de que las mismas cuentan con la preceptiva aprobación, autorización o licencia; información que creo debe conectarse con la acción pública en materia urbanística y con las posibilidades de los ciudadanos de acceder a las normas de planeamiento y de ordenación del territorio por vía telemática, con las que no podíamos ni soñar hace apenas unos años.

33. Rodríguez Segado, L.M., “la legitimación activa de las asociaciones para impugnar la actuación administrativa: doctrina constitucional”, *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 10, 2010.

34. En efecto, señala la STC 11/1999 que el artículo 6 de la Ley Asturiana cuestionada da cobertura a la intervención de la Junta General del Principado, no sólo cuando la inactividad municipal impida o bloquee la suspensión de actos de edificación y uso del suelo realizados sin licencia, sino también en el supuesto de que hayan sido dictados “al am-

paro de una licencia incurso en nulidad de pleno derecho”. En este último supuesto, “la sustitución trae causa, para su habilitación, de un presupuesto que, como la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo no podría ser declarado por la propia Administración municipal ni tampoco por otra ajena, aunque su ámbito territorial fuera más extenso, por estarle vedado esa y cualquiera otra potestad que implique un control de legalidad”. En todo caso, aclara el Tribunal que es situación muy distinta la contemplada en el artículo 60, donde se trata de casos de “*incumplimiento de obligaciones legales que no se substancian en actos o acuerdos antijurídicos, sino en la mera y simple inactividad o parálisis funcional como hecho*”.

35. La doctrina advirtió en su día de la trascendencia del cambio de modelo que se operó a partir de la Ley 40/1981, y de los problemas que podían surgir a partir de la interpretación de que el sistema de suspensión directa previsto en el artículo 186.2 del TRLS de 1976 había sido sustituido por el de impugnación, previsto primeramente por el artículo 8 de la referida Ley 40/1981. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1986 concluyó que debía considerarse derogado el primero de dichos preceptos “en cuanto se refiere a la forma procesal que rige dicho control de legalidad de las licencias municipales”, dado que el incumplimiento del nuevo sistema procesal del citado artículo 8 de la Ley 40/1981 “debe ser calificado de causa determinante de nulidad de la suspensión directa adoptada al margen del mismo, en cuanto que al constituir una más rígida protección de la autonomía municipal, garantizada por el artículo 140 de la Constitución, su inobservancia supone la utilización de un procedimiento derogado que el legislador ha estimado incompatible con el respeto debido a la concepción constitucional de dicha autonomía”. Al comentar esa sentencia, Fanlo Loras, A., señala que es claro que se trata de una materia que afecta a las Comunidades Autónomas “en virtud de las facultades de intervención que la legislación urbanística le reconoce”, y da su apoyo a la corriente jurisprudencial que entonces consideraba vigente el supuesto previsto en el meritado artículo 186 “por su especialidad, así como por constituir un supuesto en el que resultan afectados intereses generales”, añadiendo la “necesidad de contar con un mecanismo expeditivo de protección de la legalidad urbanística” (“La disminución de las medidas de protección de la legalidad urbanística: ¿Está derogado el artículo 186 de la Ley del Suelo?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986, pp. 217-230). Lo que sucede después con la impugnación de determinadas leyes autonómicas ante el Tribunal Constitucional y la significación que éste atribuye a los preceptos que específicamente regulan la cuestión en la LBRL ya se ha expuesto.

36. Sobre estos conceptos, cabe remitirse a la exposición de García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, undécima ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 446 y ss.

37. L’istanza” in senso proprio, invece, proviene dal solo cittadino ed è espressione della sua autonomia privata. Mientras que la “iniziativa d’ufficio” opera nelle ipotesi in cui il tipo di interessi pubblici affidati alla cura di un’amministrazione, ovvero il continuo e corretto esercizio del potere-dovere...” (Casetta, E., op. cit., pp. 400 y 401).