

3. URBANISMO

*EL SILENCIO ADMINISTRATIVO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 8/2011
Y LA CONSIGUIENTE REVISIÓN DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA
DE LA DIRECCIÓN GENERAL AL RESPECTO*

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

*SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 31 DE MAYO DE 2011.—II. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL EN MATERIA DE SILENCIO.—III. EL SILENCIO CONTRA LEGEM COMO CUESTIÓN DETERMINANTE DE LA ATRIBUCIÓN DE SENTIDO NEGATIVO AL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011 Y LOS EFECTOS DE SU RECHAZO A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2009.—IV. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE SU JUSTIFICACIÓN. 2. CONSIDERACIONES SOBRE SU APLICACIÓN: A) *Actos urbanísticos afectados*. B) *Consecuencias del sentido negativo del silencio*. 3. CONSIDERACIÓN FINAL.*

I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 31 DE MAYO DE 2011

En el singular vaivén al que se ha visto sometido el silencio administrativo en los últimos años del que se ha pretendido dar cuenta en diversas colaboraciones en esta sección (1), la última novedad se corresponde con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Dicha regulación, de la que enseguida nos ocuparemos, supone inevitablemente una revisión de la más reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado recogida, a partir de la anterior de 15 de septiembre de 2009, en su Resolución de 31 de mayo de 2011, en virtud de la cual, a su vez, se reconsideró la precedente sentada, entre otras, en Resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo, y 7, 9 y 10 de septiembre de 2002.

La Resolución de 31 de mayo de 2011 parte básicamente de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, así como de lo dispuesto en el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, los cuales determinan, en contra de la anterior jurisprudencia, que, así como en base a ella el mero transcurso del plazo legal sin haberse dictado resolución expresa determinaba la existencia de un acto de efectos plenamente equivalentes a los del acto expreso, con motivo de los dos pronunciamientos citados la presencia de un informe contrario a la licencia, aun habiendo transcurrido el plazo para dictar resolución sin haberse

(1) Nos referimos a las colaboraciones publicadas en los números 680, 693 y 714.

producido, daba lugar a que la licencia no pudiera entenderse adquirida según el citado artículo 8.1.b) en cuanto afirma que «*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*».

Pues bien, al confrontar la anterior doctrina con la nueva reforma legal, la peculiaridad que se produce es que mientras en la primera no llega a excluirse el silencio positivo salvo que operara *contra legem*, con la segunda, tal hipótesis ni siquiera podría llegar a darse, toda vez que lo que supone es directamente la supresión del silencio positivo aunque lo pretendido fuera conforme con la ordenación.

Todo ello, en fin, justifica, como a continuación se efectúa, dar a la presente colaboración un cierto sentido de recapitulación según además, en cierto modo, impone la última reforma legal que, conforme a su Exposición de Motivos, se remonta a sus antecedentes.

II. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL EN MATERIA DE SILENCIO

En efecto, la aparición del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, introduce, en el artículo 23 de su Capítulo V titulado: *Seguridad jurídica en materia inmobiliaria*, una regulación del silencio administrativo de sentido negativo para los que denomina *procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa*.

Tal regulación, que se proyecta sobre una relación cerrada de actos urbanísticos, viene precedida por lo recogido en su Exposición de Motivos que al respecto señala lo siguiente:

1. Confirma «*la regla, ya contenida en la Ley Estatal de Suelo, de la imposible adquisición por silencio administrativo, de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, y que culminan determinando la nulidad de pleno derecho de estos actos*».
2. Dado que, según la sentencia de 28 de enero de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el artículo 8.1.b) de la Ley del Suelo del Estado constituye una norma con rango de ley básica estatal y que contiene los citados efectos desestimatorios, lo que viene a hacer el Real Decreto-ley no es más que «*explicitar el carácter negativo del silencio (...), lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo*».
3. Finalmente, en cuanto a la modificación del silencio en materia urbanística, nada se dice de modo expreso sobre su justificación en base a la presencia de *razones imperiosas de interés general*, conforme a la redacción dada al artículo 43.1 de la LPC modificado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, razones que, sin embargo, sí son esgrimidas en orden a circunscribir el sentido negativo del silencio a los procedimientos en que concurren y que, en sentido contrario, permite la atribución de sentido positivo a más de cien procedimientos cuya relación acompaña al Real Decreto-ley 8/2011, dando así cumplimiento al objetivo marcado al efecto en el artículo 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, relativo a la *ampliación del ámbito del silencio positivo*.

III. EL SILENCIO *CONTRA LEGEM* COMO CUESTIÓN DETERMINANTE DE LA ATRIBUCIÓN DE SENTIDO NEGATIVO AL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011 Y LOS EFECTOS DE SU RECHAZO A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2009

En el análisis de los requisitos para la producción del silencio positivo son diversas las cuestiones que habitualmente se plantean en los estudios doctrinales, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo posible destacar entre ellas la problemática que se desprende de la aplicación del artículo 42.5 de la LPC en cuanto a la suspensión del plazo para resolver los procedimientos con motivo de la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos, así como por razón de la solicitud de informes preceptivos y determinantes, a los que igualmente se refiere el artículo 83.3, o, en otro orden, la adopción de resoluciones tardías contrarias al sentido del silencio positivo, cuestión hoy en gran medida resuelta con la Ley 4/1999, de 13 de enero, al exigir como requisito enervante del silencio la notificación, evitando así la picaresca de antedatar la resolución.

Ahora bien, junto a ellas, como cuestión que aparece sin duda en el trasfondo de la regulación contenida en el Real Decreto-ley 8/2011, uno de los temas más espinosos que ordinariamente se plantea en relación con el juego del silencio administrativo en materia de licencias en el orden urbanístico es el referido a su producción *contra legem*.

Por ello, el verdadero alcance de la nueva regulación dada al sentido del silencio hace aconsejable situarla en un contexto en el que aparece como último hito de un camino, en ocasiones confuso, en el que las repercusiones de orden práctico, ligadas a las diversas posturas mantenidas y una acción de la Administración, no siempre lo suficientemente vigilante de posibles ilegalidades, han dado lugar a una posición de máximos que si bien ciertamente en gran medida zanja el debate apuntado lo hace sin embargo despreciando la búsqueda de alternativas que al menos tomen en consideración que el incumplimiento de la obligación de resolver no puede quedar indemne para la Administración y pesar al fin, como una losa, sobre el particular al que se le abre la única perspectiva del inicio de un procedimiento judicial largo e incierto.

En este sentido nos remitimos a lo ya afirmado en los anteriores trabajos respecto del devenir del silencio desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada bajo la vigencia de la LPA, de 17 de julio de 1958, hasta la aparición de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2009, y de la que, al margen de su posible crítica (2), lo cierto es que la renovada llamada a la aplicación de la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo en materia de silencio *contra legem* que supuso trajo como consecuencia de nuevo la primacía de la defensa de la legalidad si bien a costa de una radical inseguridad jurídica para el particular por la incertidumbre permanente frente a la que se encontraba ante el eventual desconocimiento de la licencia por la Administración por razón de su supuesta ilegalidad.

Y es que, en efecto, en los casos de silencio negativo, el particular desconoce los motivos de la denegación, de tal modo que la Administración se beneficia de

(2) Sobre la crítica a la sentencia de 29 de enero de 2009 y en general sobre la problemática del silencio *contra legem*, puede verse el interesante trabajo de ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto, titulado *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Ed. Tirant lo Blanch.

su propia ineficacia, situando a aquel en la obligación de demostrar la legalidad del proyecto presentado debiendo, no obstante, esperar a la contestación a la demanda para conocer tales motivos y, desde ahí, para solicitar el recibimiento a prueba con expresión de los medios de prueba que se propongan (art. 60.2 de la LJ modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) y aportar documentos (art. 56.4 de la LJ).

Además, ¿qué hace el solicitante de la licencia?; ¿interpone recurso contra una posible denegación por silencio cuando podría ser positivo?; ¿espera a la expresa, que quizá nunca llegue?; ¿recurre el incumplimiento de la obligación de resolver para, ya en el proceso, demostrar la conformidad a derecho del proyecto presentado?; ¿pide la acreditación del silencio previsiblemente sin éxito?

De ser el silencio positivo, quien obtiene la licencia se encuentra con que judicialmente no puede obtener reconocimiento alguno, toda vez que al no haberse puesto en cuestión, no hay en rigor acto recurrible y si pide la certificación acreditativa del silencio lo previsible será que no se expida de tal modo que se perpetuará la incertidumbre. Solo si se expide para hacer constar que el silencio es negativo o bien si iniciadas las obras (art. 196.2 de la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana, o 172.5 de la Ley 7/2002, del Suelo de Andalucía) se requiere para legalizar con suspensión simultánea de ellas, es cuando será posible acudir a los Tribunales, si bien no tanto para neutralizar el acto por ser una resolución tardía contraria al sentido del silencio, sino para acreditar la conformidad de lo proyectado con el ordenamiento, que es en último término lo esencial. Por ello, la sentencia del Tribunal Supremo lleva a que el proceso entablado tenga por objeto no la verificación de la concurrencia de los requisitos legales para la producción del silencio sino de la legalidad de la licencia supuestamente obtenida y que de no concurrir hace irrelevante toda eventual consideración en torno al silencio. En otras palabras, si solo hay silencio, si lo pretendido es conforme con el ordenamiento, su verdadera virtualidad se reduce a aquellos supuestos en los que o bien la Administración lo reconoce ya por la certificación o por el acto tardío confirmatorio, o bien se limita a tolerarlo sin más, dejando al administrado en una posición precaria por la ausencia del título formal y el riesgo siempre presente de que la Administración se vuelva contra su reconocimiento.

Por ello, la aceptación únicamente del silencio *secundum legem*, a partir de la sentencia de 28 de enero de 2009, supone en realidad una contradicción en los términos, toda vez que ni se puede recurrir la desestimación, dado el sentido positivo del silencio, ni hay seguridad jurídica alguna de que los actos ejecutados en razón de la inactividad formal de la Administración tengan realmente validez jurídica en razón del riesgo siempre presente de que reaccione frente a las obras o directamente rechace la existencia del acto.

En otro orden, también la exigencia legal (por ejemplo, de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística Aragonesa) de mostrar la correspondiente licencia para la contratación de los servicios de luz, agua, gas, telefonía, etc., lleva a que, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, el acceso a tales servicios se limite a los casos de concesión expresa, toda vez que de no darse parece fuera de lugar imponer a las compañías el análisis sobre la conformidad de la solicitud con el ordenamiento, lo que fácilmente se entiende que queda fuera de su alcance.

También conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, y en relación con la inscripción de la obra nueva, cuando existía resolución denegatoria expresa de la licencia solicitada, aunque fuera de fecha posterior al vencimiento del plazo para resolver, la consecuencia era que nunca llegó a producirse el silencio positivo, con lo cual la doctrina sentada por la Dirección General

de los Registros y del Notariado en las Resoluciones en materia de segregación, más atrás vistas, de 27, 28 y 31 de mayo de 2002, 7, 9 y 10 de septiembre de 2002, 17 de septiembre de 2008 y 15 de enero de 2009, también aplicables a la inscripción de obra nueva, no podía ya ser mantenida con arreglo a la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo.

En consecuencia, solo en el caso de ausencia de resolución expresa denegatoria y transcurrido el plazo para resolver y notificar es cuando cabía acceder a las inscripciones respectivas mediante la manifestación expresa de este hecho por el declarante, en los términos en los que, bajo la vigencia de la LPC de 1992 quedó recogido en los artículos 48 y 79 del Real Decreto 1093/1997, con las cautelas, en todo caso, que han sido manifestadas respecto de los actos de parcelación (3) en orden a su operatividad y vigencia a la vista del artículo 259.3 de la Ley del Suelo de 1992, así como sobre la negativa a aceptar la operatividad del silencio ante la hipótesis de una vulneración clara, objetiva e indubitada del acto pretendido con base igualmente en la Resolución de 19 de mayo de 2010.

Por lo demás, sí es relevante apuntar que desde la sentencia de 28 de enero de 2009 y antes del Real Decreto-ley 8/2011, la Dirección General de los Registros y el Notariado se pronunció, en relación con actos de segregación por silencio, advirtiendo que *«ha de estarse a los criterios establecidos con anterioridad a la modificación operada en la LPC por la Ley 4/1999, de 13 de enero»*, así como respecto del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, *«la necesidad de utilizar el citado precepto en todos los supuestos en los que se alegue la obtención de licencia por silencio administrativo»*, lo que ha tenido lugar en Resoluciones de 17 de septiembre de 2008, 29 de mayo y 15 de septiembre de 2009 y 17 de junio y 27 de octubre de 2010, en las que ya se hace mención a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, advirtiendo que *«ha generado una gran inseguridad que en la práctica conlleva su inaplicabilidad»*.

Por otro lado, en relación con los terceros adquirentes de buena fe y la operatividad del silencio, la respuesta pasa ineludiblemente por recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada, entre otras, en sus sentencias de 12 de mayo, 26 de septiembre y 4 de octubre de 2006, según la cual, tal condición no impide el acceso a la demolición de las obras declaradas ilegales, doctrina que sin duda, al margen de las fuertes críticas que viene recibiendo, encontraría, si cabe, mayor respaldo en aquellos casos en los que el tercer adquirente lo es respecto de una edificación cuya declaración de ilegalidad ni siquiera se vio precedida del otorgamiento expreso de licencia de edificación.

Por todo ello, la posición ante el silencio, no del constructor circunstancial que ocasionalmente se enfrenta con un proceso edificatorio para consumo propio y que pretende aprovecharse con plena conciencia del juego del silencio ante obras marcadamente ilegales, sino más bien la del promotor profesional, es claramente precaria, pues su utilización mediante su exteriorización ante la Administración solo se presenta como último recurso en caso de resultar inaccesible la obtención expresa de la licencia.

A la vez, siempre se encuentra presente el riesgo latente de que aun hecho valer el sentido del silencio surja una resolución denegatoria de la licencia, riesgo al que se unen los perjuicios de que, en caso de accederse a la ejecución de las obras, estas fueran suspendidas y eventualmente ordenada su demolición, así como

(3) CAMY ESCOBAR, Jesús, *La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía*, en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina>.

la previsible inaccesibilidad a la licencia de primera ocupación mediante acto expreso cuando previamente la de obras se hubiera considerado alcanzada por silencio, o las dificultades inherentes a la ausencia de licencia a la hora de acceder al crédito territorial o, en fin, el lastre que para la comercialización de cualquier construcción supone la ausencia de la licencia expresa cuando no el riesgo sucesivo que para los osados o ingenuos terceros para el caso de que construida ya la edificación fuera declarada ilegal por considerarse ilegales las obras ejecutadas.

Todo ello, en fin, permite sostener que, ante la realmente escasa utilidad de la licencia supuestamente obtenida por silencio por estar siempre claudicante ante la amenaza permanente de un pronunciamiento administrativo contrario, el perjuicio al particular no ha venido tanto del Real Decreto-ley 8/2011 como de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, lo que incluso concuerda con las voces (4) que, justo a partir de esta última y la renovada introducción de la jurisprudencia tradicional, habían venido reclamando en los últimos tiempos la conveniencia de que el legislador optara, no por su bondad intrínseca sino como fórmula para erradicar la inseguridad jurídica propia de tal doctrina, por el sentido negativo del silencio.

IV. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO

1. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE SU JUSTIFICACIÓN

Todo el proceso señalado culmina finalmente con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en el que, como ha quedado ya dicho, se establece el sentido negativo del silencio en materia de licencias urbanísticas.

De este modo lo que revela el recorrido descrito es una sucesión de normas que, con el paréntesis favorable al silencio positivo marcado entre la reforma del año 1999 de la LPC y la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, termina con una solución drástica con el cambio de sentido que por lo demás, más allá de su oportunidad, es indudable que venía ya herido por la sentencia de 28 de enero de 2009, que rehabilitó una jurisprudencia supuestamente superada cuya repercusión práctica sembrada de dificultades e incertidumbres está sin duda en la base de una decisión que ciertamente permite zanjar el debate clásico sobre el silencio *contra legem*.

Ahora bien, lo singular de la situación es que siendo el particular la víctima indiscutible de la superación de la, al fin, sedicente y vencida interpretación que pretendió extender también al ámbito urbanístico la regulación dispuesta por la reforma de la LPC de 1999, la respuesta del legislador no se haya centrado sin embargo en la búsqueda de fórmulas que evitaran o al menos disminuyeran la inseguridad por él padecida sino que, por el contrario, haya optado, en la línea ya indicada que concibe el nuevo sentido del silencio como un beneficio para el particular, por obviar tal realidad y hacerlo invocando una renovada seguridad jurídica cuya única virtualidad a favor del particular consiste en su condición de ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a la creación de la presunción del cumplimiento del requisito previo del acto administrativo consustancial a la configuración impugnatoria del proceso contencioso-administrativo.

(4) BAÑO LEÓN, José María, *Derecho Urbanístico*, Ed. Iustel, págs. 358 a 365.

Es decir, la inseguridad del particular que no sabe a qué atenerse ante la endeble suposición del nacimiento del acto por silencio, no se ve combatida reforzando el silencio positivo, sino invirtiendo su sentido y remitiéndole a un proceso contencioso en el que hacer valer su derecho.

En otras palabras, y valga el símil, lo que ha ocurrido con el silencio sería asimilable a algo así como la conducta del socorrista erradamente celoso de su cometido que, ante el nadador que lucha en el mar por no ahogarse, opta por evitarle de modo expeditivo el mal rato en el que se encuentra atándole al pie un fardo de pesadas piedras con el que sin duda se consigue poner fin, aunque no con el mejor de los resultados posibles, al desagradable momento vivido.

Así se hace, paradójicamente, en el contexto de la corriente dominante favorable al sentido del silencio positivo definida por la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en virtud de la cual el sentido negativo del silencio se limitaba a aquellos supuestos en los que concurriera «una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros», noción, la de «razón imperiosa de interés general», que, entre otros, abarca el ámbito de la protección del consumidor, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, y que dio lugar a la reforma del artículo 43 de la LPC llevada a cabo mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (la conocida como Ley ómnibus) agregando a su texto dicha circunstancia como legitimadora del sentido negativo del silencio y dándole, por lo tanto, un mayor carácter restrictivo a la posible opción por el mismo.

A partir de aquí, con el preludio de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, bajo las premisas de una supuesta simplificación administrativa y agilización de la actuación administrativa, anunció la ampliación del ámbito del silencio positivo con el límite respecto de aquellos procedimientos en los que concurrían «razones imperiosas de interés general», el alcance del Real Decreto-ley 8/2011 atribuye a las licencias urbanísticas el ya visto sentido negativo por concurrir tales supuestas razones ligadas a una exclusiva exigencia de seguridad jurídica por «la imposibilidad de concesión de facultades de extraordinaria relevancia e impacto sobre el territorio por medio de la técnica del silencio positivo» y añadida a las razones esgrimidas por la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009.

De esta manera lo que viene a estar detrás de la nueva regulación sobre el sentido del silencio es en realidad la razón dada en la sentencia de 28 de enero de 2009, según la cual, cristalizando en esta causa las razones imperiosas de interés general, su carácter positivo habría sido en parte la causa de la alegada por el Ayuntamiento de Málaga, «situación de anarquía e ilegalidad» que, en cierto modo, justificaría de modo renovado su inversión al amparo del artículo 43 de la LPC, según la redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

En este punto, sin embargo, la realidad viene justamente a sostener el carácter injustificado de la imputación al silencio positivo de ser el causante de una situación como la apuntada de anarquía e ilegalidad en España en el ámbito inmobiliario, de tal modo que, si acaso pudo tener alguna defensa en la etapa de expansión inmobiliaria vivida hasta el año 2007, desde luego difícilmente cabe sostener ahora lo mismo por las razones de todos conocidas en relación con el estado de radical parálisis que vive el sector. Parece que con mayor fundamento detrás de esa imputación sea posible encontrar la mercantilización del urbanismo mediante la generalizada llamada a la política de convenios, su utilización como forma de financiación de las Administraciones, el ejercicio irracional de la potestad de planeamiento, la corrupción o, entre otras circunstancias, la tolerancia de la Administración con la ilegalidad.

2. CONSIDERACIONES SOBRE SU APLICACIÓN

A) *Actos urbanísticos afectados*

Sin perjuicio de las objeciones que pudieran formularse de orden competencial respecto del Real Decreto-ley en el ejercicio de la potestad legislativa y, al tiempo, a la vista de la exigencia constitucional dispuesta en el artículo 86 CE en relación con el Real Decreto-ley (5) por no concurrir, según venimos diciendo y conforme a la terminología de dicho precepto, una justificación «*de extraordinaria y urgente necesidad*», en primer lugar, cabe advertir que la regulación en materia de silencio en el orden urbanístico dispuesta en el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 tiene autonomía propia, toda vez que no lleva consigo modificación de la Ley del Suelo de 2008, de tal modo que convive con la regulación dispuesta en el artículo 8.1.b), último párrafo, sobre adquisición de facultades por silencio en contra del ordenamiento, el cual no es objeto de derogación expresa en su Disposición Derogatoria.

En razón de ello, lo dispuesto en el artículo 8.1.b) habría de entenderse aplicable en cuanto a aquellos actos no comprendidos en la relación cerrada consignada en el citado artículo 23, en concreto, por ejemplo, el siempre relevante acto de demolición de edificaciones. Este último, siendo así que es uno de los actos característicos en el urbanismo español a los que afecta la suspensión del otorgamiento de licencias como consecuencia tanto de la iniciación de los procesos reparcelatorios como de la tramitación de los instrumentos de planeamiento general en la doble modalidad de suspensión potestativa y automática con su aprobación inicial, queda sin embargo al margen del silencio negativo, de modo que la aplicación del artículo 8.1.b) del Real Decreto-ley 8/2011 permitirá entender operativo el régimen del silencio positivo respecto de él cuando así lo señale la legislación autonómica y además sea conforme con la ordenación, lo que ordinariamente tendrá lugar en aquellos supuestos en los que no fuera oponible régimen alguno de protección.

A estos efectos resulta curioso comprobar cómo, en sentido inverso, en los actos sujetos al sentido positivo del silencio con arreglo al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales no se incluyó tampoco la demolición de edificaciones pese a lo cual sin embargo se sostuvo que también quedaban amparadas por dicho sentido positivo, extensión que sin embargo no parece razonable efectuar respecto del silencio negativo dados sus efectos restrictivos para el particular.

En todo caso, lo anterior concuerda con la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, según la cual el nuevo régimen del silencio se limita a los que en él se identifican como los *procedimientos más relevantes*.

B) *Consecuencias del sentido negativo del silencio*

Sin perjuicio de la aplicación del artículo 43.4.b) de la LPC, según el cual, la desestimación por silencio permite que se dicte resolución expresa posterior al vencimiento del plazo para resolver sin vinculación al sentido del silencio, con lo cual cabría acceder a la concesión de la licencia respectiva, su objeto final no

(5) GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO, «El fin del silencio positivo en las licencias», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 268, pág. 28 y sigs.

es otro, según ha quedado ya dicho, que permitir el ejercicio del derecho a la tutela judicial mediante la ficción del acto previo desestimatorio.

3. CONSIDERACIÓN FINAL

A partir de cuanto queda expuesto, el juicio que cabe hacer de la nueva regulación en materia de silencio debe necesariamente situarse en el contexto que ha quedado expuesto, en el que la desautorización por el Tribunal Supremo de la doctrina mayoritariamente mantenida desde la reforma del año 1999 de la LPC es el hecho determinante del desencadenamiento de una radical inseguridad jurídica padecida no por la Administración, que es quien incurre en un supuesto de inactividad formal, sino por quien solicita una licencia ignorando el alcance real del transcurso del plazo legal sin resolver por la negativa a reconocer efectos al silencio *contra legem*.

Por ello, en fin, volviendo a la jurisprudencia tradicional en la materia, resulta hasta cierto punto curioso confrontar los términos con los que el Real Decreto-ley introduce la nueva regulación del silencio con el juego de la dialéctica que tradicionalmente se ha mantenido en esta cuestión entre seguridad jurídica y legalidad cuando, en el primer caso, se concedía preferencia al nacimiento del acto por silencio y, en el segundo, en cambio, se condicionaba a su acomodación al ordenamiento urbanístico.

Y es que, en efecto, frente a dicha dialéctica, si bien el Real Decreto-ley explícita y supera incluso la doctrina legal de la sentencia de 28 de enero de 2009, no lo hace ya invocando la legalidad sino por el contrario la seguridad jurídica, la cual al final cumple la función de arma arrojadiza con la que, en lugar de resolver en beneficio del interesado la situación de inseguridad que solo él padece, se opta por la eliminación del problema que ocasiona la falta de resolución en plazo trasladando la respuesta final a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En suma, la nueva regulación en lugar de profundizar en las causas que en el marco del silencio dan lugar a inseguridad jurídica para buscar soluciones, prefiere sencillamente negar el silencio positivo, situación con la cual surgirá inevitablemente la tentación de su utilización como resolución denegatoria unida a una evidente desincentivación de los responsables municipales para resolver en plazo, lo cual se aparta de las novedades introducidas en el Derecho francés mediante la Ordenanza número 2205-1527, de 8 de diciembre de 2005, y del Decreto número 2007-18, de 5 de enero de 2007, o, en sentido análogo, en el Derecho italiano en el caso de la Ley 241/1990, reformada por la Ley 80/2005, supuestos en los que el sentido negativo se limita a aquellos casos en los que estuviera comprometido el medio ambiente, espacios protegidos, bienes inmuebles objeto de protección, cuya identificación concreta, en razón de valores objetivos, pudiera incluso venir definida en el planeamiento urbanístico.

Todo lo cual, en cualquier caso, solo cobraría sentido sobre la base de que cualquier eventual reconocimiento del sentido positivo del silencio exige, para que realmente tenga una mínima virtualidad práctica, la atribución de los efectos propios del acto expreso en línea con la reforma del año 1999 de la LPC.

Por ello, en la siempre difícil conciliación entre la legalidad y la seguridad jurídica en esta materia, no parece que la fórmula más acertada sea la eliminación sin más del silencio positivo, al que se imputan unos efectos en el orden práctico que no responden a la realidad.

RESUMEN

SILENCIO ADMINISTRATIVO
LICENCIA ADMINISTRATIVA

La instauración del sentido negativo del silencio en relación con la mayoría de las autorizaciones en materia urbanística producida a partir del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, si bien representa la eliminación de la situación de incertidumbre padecida por el peticionario a la que llevó la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009 al negar su operatividad en el caso del silencio contra legem, da lugar, al mismo tiempo, a primar el incumplimiento de la obligación de resolver de la Administración, renunciando, con ello, a la búsqueda de fórmulas claramente más equilibradas en las que el carácter negativo del silencio quedara limitado a supuestos que exigieran una singular protección, manteniendo el sentido positivo con efectos equivalentes a los del acto expreso de acuerdo con el modelo que introdujo la reforma de la LPC del año 1999, instauración que, por lo demás, obliga a la reconsideración de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de inscripción de actos administrativos obtenidos por silencio, los cuales con el nuevo régimen legal no serán ya posibles.

ABSTRACT

THE MEANING OF NON-REPLY
TO APPLICATIONS
ADMINISTRATIVE LICENSE

Failure by the authorities to reply to most applications for authorizations related with land planning is, as of Royal Decree-Law 8/2011 of 1 July, equivalent to refusal. Although this development eliminates the uncertainty applicants used to undergo (which led to the Supreme Court's ruling of 29 January 2009 negating the operation of consent through non-reply in the case of contra legem effects), at the same time the rule smiles upon non-compliance by the government with its obligation to take decisions. In adopting this solution, legislators have given up the quest for better-balanced formulae in which refusal through non-reply would be limited to events requiring singular protection and consent through non-reply would be upheld as having effects equivalent to those of an express act of consent, in accordance with the model introduced by the 1999 reform of the Act on Civil Procedure. Furthermore, the establishment of this rule forces us to reconsider the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' doctrine concerning the registration of administrative acts effected via non-reply, which will no longer be possible under the new legislation.