

3. URBANISMO

EL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM TRAS LA LEY 4/1999, DE 13 DE ENERO. UNA SOLUCIÓN LEGAL FRUSTRADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

I. INTRODUCCIÓN

En dos ocasiones, en los números 680 y 693 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nos hemos referido al juego del silencio administrativo a partir de la reforma operada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPA), por la Ley 4/1999, de 13 de enero, analizando sus repercusiones registrales.

Así lo hicimos a la vista en primer término de la doctrina de la Dirección General sentada, entre otras, en la Resolución de 10 de septiembre de 2002, la cual admitía la aplicación del silencio administrativo a la solicitud de licencias de parcelación, el carácter categórico del artículo 43.5 de la LRJPA al dar plena eficacia a los actos administrativos producidos por silencio y, finalmente, que el hecho de que se hubiera dictado una resolución tardía contradictoria, posterior al plazo para la producción del silencio positivo, no implicaba que el acto así obtenido hubiera quedado superado por lo que, salvo que se siguiera el procedimiento de revisión del acto, habría de darse plenos efectos al juego del silencio y por lo tanto acceder, como al efecto reconocía la resolución, a la inscripción de la correspondiente segregación.

Tal posición se sustentaba, en efecto, en la nueva regulación resultante de la indicada Ley 4/1999, de 13 de enero, según la cual el régimen del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado se amparaba en el artículo 43 de la LRJPA al afirmar que: «...*el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda...*», daba lugar a un nuevo régimen al verse seguida tal previsión, por un lado, de que la estimación tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento y, por otro, de que la obligación de resolver, cuando previamente se hubieran producido los efectos estimatorios del silencio, sólo admitía la resolución tardía confirmatoria del sentido del silencio.

Es por ello que, con el nuevo régimen legal contenido en la legislación de procedimiento administrativo común, mantuvimos, en posición confirmada por diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que la nueva regulación supuso un reforzamiento del sentido positivo del silencio ya que, fuera de los supuestos a que se refiere el artículo 43.2 de la LRJPA, el interesado obtenía una ganancia o incremento en su patrimonio que implicaba identificar el silencio con la ficción de un acto favorable al que se ligaban los efectos propios de un acto expreso.

En fin, a partir de esta interpretación se sostuvo, pese a la vigencia del artículo 242.6. de la Ley del Suelo de 1992, no declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, ni derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que: *«de la LRJPA se deduce la clara y manifiesta intención de establecer un régimen de nulidad de los actos presuntos a través del cual se superara la imposibilidad de aplicar el régimen de silencio positivo en casos de invalidez»* (1).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE ENERO DE 2009

Como se deduce del título de este comentario, el Tribunal Supremo, en la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 2009, en el recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 29 de marzo de 2007, se mantiene en su misma posición de siempre (2) recogida, entre otras muchas, en sus sentencias de 23 de junio de 1971, 24 de noviembre de 1978 y 26 de marzo de 2004, y rechaza, consiguientemente, una jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que se ha venido manteniendo sistemáticamente en sintonía con la posición indicada en el apartado precedente (3).

(1) AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Ed. Marcial Pons, 2001, pág. 119.

(2) En anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2004, se reitera la doctrina tradicional por la inaplicación de la LRJPA en el sentido de que: *«no basta con el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL para entender obtenida por silencio una licencia de obras sino que, además, ha de indagarse acerca de su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación»*.

(3) El Tribunal Supremo, frente a alguna sentencia, la de 20 de junio de 2005, en la que se calificó la reforma de 1999 como *«una Ley que, como ya nos consta, ha dado nueva redacción a la regulación del mecanismo del silencio administrativo, y lo ha hecho para subrayar de manera espectacular que ese mecanismo no puede convertirse en una trampa que se tiende al interesado, sino que es una herramienta jurídica creada para protegerle frente a la inactividad formal de la Administración»*, el Tribunal Supremo, repetimos, consuma con la sentencia comentada algo así como un giro de trescientos sesenta grados, defraudando con ello expectativas hoy vistas como excesivas. SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, «La coherente asunción del silencio *contra legem* en los Tribunales Superiores y Supremo», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 3, año 2006-2, pág. 63, decía, en este sentido, que: *«verdadero júbilo está provocando, especialmente, en la doctrina científica y los sectores de la sociedad más interesados —desde diversas perspectivas— en el estatuto de los administrados frente a las Administraciones Públicas, así como, igualmente, entre las organizaciones defensoras de los derechos de los consumidores y usuarios... la asunción —serena, tranquila, consecuyente y muy fundamentada—, por la más avanzada y atenta jurisprudencia, del silencio administrativo contra legem, como coherente culminación del replanteamiento llevado a cabo con la Ley 4/1999...»*.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, 2008, págs. 612 y 613, sostienen que: *«en realidad, lo que ocurre es que se invierten las posiciones. Es la Administración la que tiene que demostrar —por los indicados procedimientos previstos en la Ley— que la situación jurídica producida por silencio adolece de ilegalidad. En otro caso, si la Administración pudiera por sí misma desconocer ejecutoriamente el efecto del silencio positivo, ¿para qué serviría esta institución?»*

Cabe, en este sentido, referirse a la posición constante mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco en su sentencia, por ejemplo, de 30 de abril de 1999; de Asturias, en su sentencia de 30 de marzo de 1999; de Madrid, en sus sentencias de 20 de mayo de 2004 (4) y 17 de marzo de 2005; de Valencia, en su sentencia de 3 de junio de 2005; de Navarra, en la de 1 de septiembre de 2004, y de Andalucía, en la ya citada de 29 de marzo de 2007 y la anterior de 30 de diciembre de 2005 (5).

La sentencia del Tribunal Supremo se acoge a los argumentos sostenidos por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga en el sentido de que la sentencia recurrida, *«al declarar que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico, en contra de lo establecido categóricamente por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, es errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera, al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo»*.

En efecto, sostiene así el Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Segundo, que *«aunque esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre los efectos del silencio respecto de las licencias urbanísticas, nunca examinó como cuestión central si, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación»*, examen que en este caso se contiene en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto después de afirmar, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero, que la confirmación de la doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre la materia se mantiene pese a que *«no nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demo-*

(4) A ella se refiere NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, «El silencio positivo *contra legem* en el Derecho Urbanístico, punto crítico de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», en el núm. 248, pág. 151 y sigs., de la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*.

(5) De ella se ocupa FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 30 de diciembre de 2005)», en *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 13, año 2006-1, pág. 91 y sigs., trabajo en el que cuestiona el desplazamiento del artículo 242.6 TRLS/1992 por el 43.2 de la LRJPA, echando en falta *«un pronunciamiento expreso sobre la licitud de la licencia adquirida por silencio administrativo, tras el oportuno examen del planeamiento urbanístico aplicable»*, lo que, dice, *«deja en el aire la posibilidad de que el Ayuntamiento sí entienda que adolece de vicios esenciales que la invalidan o, en su caso, constituyen infracción manifiestamente grave, e incoe por consiguiente un expediente de revisión de oficio...»*.

El mismo autor se ha ocupado de esta cuestión más recientemente en la misma revista, núm. 18, año 2008-2, pág. 74, en el trabajo *La revisión de oficio de las licencias urbanísticas en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo*.

lición, responsabilidades que, en cada caso, habrá de dirimir quien las deba soportar».

Así, en los dos Fundamentos citados dice el Tribunal Supremo:

«CUARTO.—Vaya por delante que el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general.

Este, declarado expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 8/2007, establecía que "en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico".

El artículo 8.1.b) último párrafo del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que "en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística".

Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (art. 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición Final 1 del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

QUINTO.—También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual, "los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario".

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

SEXTO.—Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras sentencias de fecha 30 de enero de 2002, 15 de octubre de 2002, 17 de noviembre de 2003, 26 de marzo de 2004, 3 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 17 de octubre de 2007, lo que

corroborar el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al 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, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

En razón de lo anterior, la sentencia concluye, en el Fallo, con los siguientes términos:

«Que, con estimación del recurso de casación en interés de Ley sostenido por el Procurador en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, debemos declarar y declaramos, sin afectar a la situación jurídica particular derivada de dicha sentencia, como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de 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 urbanística sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas».

III. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

1. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La argumentación contenida en la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta es meridianamente clara.

Si resulta que en el ordenamiento estatal pervive, después de la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el principio recogido en el artículo 246.2 de la Ley del Suelo de 1992, no derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, lo que tiene lugar por haberse recibido en el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008, y si el artículo 43.2 de la LRJPA sostiene que *«los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario»*, la conclusión que procede mantener es que conforme a tales preceptos *«no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial y urbanística»*.

Lo anterior lleva a la sentencia a que se mantenga *«por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»*.

2. EN CUANTO AL CARÁCTER ERRÓNEO O GRAVEMENTE DAÑOSO PARA EL INTERÉS GENERAL DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA EN CASACIÓN

Como primera cuestión, no deja de causar cierto asombro la razón esgrimida por el Ayuntamiento de Málaga en su recurso de casación, la cual, sin duda, subyace en la posición final de la sentencia comentada que la hace suya en el último párrafo del Fundamento de Derecho Quinto, cuando después de afirmar que la doctrina mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, es contraria al artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 1992, sostiene que su condición como errónea y gravemente dañosa para el interés general viene dada por ocasionar, *«al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito sensible y de tanta trascendencia social como el urbanismo»*.

En otras palabras, se desplaza el foco de la verdadera situación de anarquía e ilegalidad, el que se emplaza con carácter general en el incumplimiento deliberado del ordenamiento jurídico y en este caso en el sistemático incumplimiento del deber de resolver en los plazos legales, a los supuestos males ocasionados por la presunta ejecución de actos en desarrollo del planeamiento alcanzados al amparo del régimen del silencio positivo, dando con ello a entender que ésta es una práctica habitual origen, en cierto modo, de los grandes males del urbanismo español.

De esta manera, más allá de las dificultades objetivas del engarce de la doctrina sentada en la sentencia con el régimen legal del silencio previsto en la LRJPA, en ella se asume un razonamiento perverso al resolver el debate, con el oportuno ropaje jurídico, a partir de unos supuestos efectos que cualquier conocedor de la práctica administrativa habitual se encontraría en condiciones de desmentir a la vista de una experiencia que así lo viene atestiguando de modo constante.

Y es que, en efecto, los intentos de acogerse al silencio positivo ya no es sólo que constituyan un último y desesperado recurso del ciudadano como reacción a la no inhabitual lentitud de la Administración a la hora de resolver, lo que le convierte en una excepción nunca deseada y que es el punto final de la pretensión de hacerse con una resolución expresa; es que, además, el silencio pocas veces da lugar a actos materiales de ejecución del planeamiento por el temor fácilmente imaginable a labrarse la enemistad de una Administración cuyos favores previsiblemente necesitará más adelante por la indispensable obtención de nuevas autorizaciones. Administración que, por otro lado, precisamente no pocas veces encuentra vías de escape a través de las cuales desactiva el carácter positivo del silencio, especialmente cuando los efectos del acto no se han llegado a consumir, lo que consigue con el fácil recurso a la suspensión de las obras por la ausencia de licencia, al rechazo de la existencia de ésta, pues el carácter incompleto del proyecto impedía el inicio del cómputo para resolver y con ello la posibilidad de que se adquiriera la licencia por silencio o, entre otras posibles fórmulas, a la adopción de una resolución tardía contraria al sentido del silencio cuya presunción de legalidad condena al interesado a la resignación o, lo que quizá sea peor, a reclamar el auxilio de los Tribunales cuyo resultado no sólo necesita de un largo período de tiempo sino que además es en gran medida incierto.

La posible situación de anarquía e ilegalidad que haya podido vivir el urbanismo español en el último decenio, consideración a la que cabría oponer

no pocos matices, no está precisamente originada por la realización de actos de uso del suelo realizados en virtud de autorizaciones obtenidas por silencio. Sin ir más lejos, en la provincia de Málaga, las decenas de miles de viviendas construidas ilegalmente en Marbella se ampararon en licencias expresas a las que sin embargo únicamente les faltaba el pequeño detalle de un instrumento de planeamiento que las diera cobertura.

Por ello, en rigor, en el ámbito urbanístico, el silencio administrativo positivo en escasas oportunidades desencadena actos materiales de ejecución del planeamiento, siendo más bien un mecanismo, el de su mera exteriorización ante la Administración, por medio del cual se busca una presión añadida para alcanzar la resolución expresa, particularmente cuando, como sostiene el artículo 43.4.a), *«en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo»*.

No estaría de más conocer cuántas edificaciones se han demolido o construido en España en los últimos diez años al amparo de autorizaciones obtenidas por silencio positivo, lo que revelaría más bien, por su presumible escaso número, que lo erróneo y dañoso para el interés general es el mantenimiento de la doctrina tradicional en clara colisión, como a continuación reiteramos, con la regulación dispuesta en la LRJPA; no, por el contrario, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, en el segundo párrafo de su Fundamento de Derecho Quinto, por ser la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía una doctrina que *«elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística»*, ya que ésta, más bien, debe sustentarse en un ejercicio racional de la potestad de planeamiento acorde con el principio de desarrollo sostenible, en un control riguroso de las autorizaciones precisas y, en fin, en una puesta en funcionamiento de la acción disciplinaria con que cuenta la Administración frente a la comisión de infracciones.

3. BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA A LA LUZ DE LA LRJPA Y SUS CONSECUENCIAS REGISTRALES

Al margen de lo ya expuesto en el apartado precedente, así como de la posición que hasta la sentencia comentada han mantenido los Tribunales Superiores de Justicia y que damos aquí por conocida, ha de recordarse, una vez más, en relación directa con la argumentación del Tribunal Supremo, que la Ley 4/1999, de 13 de enero, estableció una regulación en materia de silencio administrativo apoyada en la declaración contenida en su Exposición de Motivos en el sentido de que *«el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar el acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos por la Ley»*.

Con ello la reforma pretendió, frente a una anterior jurisprudencia sobre el silencio administrativo *contra legem* en la que el principio de legalidad gozaba de una posición de preeminencia sobre el de seguridad jurídica, invertir los términos, dando un mayor valor a este último, circunstancia desarrollada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de mayo de 2004, a lo que nos referimos en nuestro anterior comentario recogido en el número 693 de esta Revista.

La misma Exposición de Motivos contemplaba por ello la ruptura con la regulación anterior en los siguientes términos: *«se trata de regular esta capital*

institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permita a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aún cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido».

Y es por ello, justamente, por lo que la Ley 4/1999, de 13 de enero, dispuso en su artículo 43.4.1) la ya citada imposibilidad de que se dictara resolución tardía contraria al sentido del silencio.

Por consecuencia, la interpretación del artículo 43 de la LRJPA en el contexto de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, cuando la legislación autonómica liga efectos positivos a la falta de resolución en plazo, debía dar lugar, como dicen sus apartados 1 y 3, al nacimiento de un acto cuya consideración es la *«de acto administrativo finalizador del procedimiento»* que impide la adopción de resolución tardía contradictoria y cuya expulsión del mundo jurídico sólo puede producirse mediante su revisión.

Lo que implica que el inciso inicial del artículo 43.2 sea operativo exclusivamente cuando el sentido del silencio establecido en la legislación autonómica fuera expresamente declarado como negativo, supuesto en el cual la falta de resolución implicaría la inexistencia de acto y con ello, *ex* artículo 43.3.b), la posibilidad de que se dictara acto expreso contrario al sentido del silencio.

Por ello resulta difícilmente conciliable con la LRJPA que, cuando la legislación autonómica prevea el sentido positivo del silencio en caso de falta de resolución en plazo, éste conviva simultáneamente con su negación debida hoy a lo dispuesto en el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008.

De lo que debería resultar que la existencia de un acto presunto contrario al ordenamiento, como ocurriría, por ejemplo, con una licencia errónea, queda sujeta a su eventual revisión, para lo que si bien habría causa dada la oposición citada, mientras no se produjera mantendría su vigencia.

Todo lo cual, en último término, dados los efectos vinculantes de la sentencia respecto de todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, conforme al artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción, obliga, mientras perdure esta doctrina, a revisar la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en la Resolución de 10 de septiembre de 2002, en la que no se consideró obstáculo para la inscripción de una segregación la *«existencia de una resolución administrativa desestimatoria al estar dictada fuera de plazo»*, lo que *«confirma(ba) de manera incuestionable la estimación por silencio positivo de la solicitud, estimación que ya impedirá la posterior resolución denegatoria»*.

Revisión que postulamos en la medida en que la práctica de la inscripción tenga lugar, como se recogía en la Resolución, con el conocimiento simultáneo de la resolución tardía desestimatoria, determinante en adelante de la inexistencia de acto tácito, no, por lo tanto, cuando la inscripción se efectúa con la constancia fehaciente de la solicitud y su consiguiente fecha, supuesto en el cual el transcurso del plazo legal sin resolución expresa da lugar, de ser positivo el efecto del silencio, a la procedencia de su práctica y a que, en caso de adoptarse con posterioridad resolución expresa denegatoria, ésta no pueda acceder al Registro para devolver la finca al estado inicial, salvo consentimiento del titular, por estar los asientos registrales bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Téngase en cuenta, en

este sentido que, en cuanto a la concesión de licencias por silencio referidas a la inscripción de declaraciones de obra nueva, el artículo 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, contempla la puesta en conocimiento del Ayuntamiento respectivo «de las inscripciones realizadas», no, por lo tanto, de la pretensión de inscribir, con lo cual la reacción municipal se encuentra con los límites indicados (6).

RESUMEN

SILENCIO ADMINISTRATIVO. LICENCIAS NULAS

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de enero de 2009, dictada en un recurso de casación en interés de Ley, se ha pronunciado, de conformidad con su posición tradicional sobre el silencio administrativo en el urbanismo, en el sentido de que la reforma operada en la LRJPA por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al subsistir, antes en el artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 1992 y hoy en el 8.1.b) de la Ley del Suelo de 2008, la previsión según la cual no se pueden adquirir por silencio licencias en contra del planeamiento, no permite entender que el mero transcurso del plazo para resolver implique su obtención cuando opera contra legem en virtud de la salvedad resultante del artículo 43.2 de la LRJPA, siendo en tal caso posible que, sin previo procedimiento alguno de revisión por inexistencia del acto, se dicte resolución tardía denegatoria, lo que en todo caso tiene ciertas peculiaridades registrales cuando la inscripción debida a actos alcanzados por silencio preceda a dicha resolución tardía.

ABSTRACT

ADMINISTRATIVE SILENCE NULL LICENSES

In its ruling of 28 January 2009 on an appeal filed in the interests of the law, the Spanish Supreme Court ruled in accordance with its traditional position on administrative silence in land development. The court said that, whereas the stipulation that licenses contradictory to established planning cannot be acquired through silence subsists (first in section 242.6 of the 1992 Land Act and now in section 8.1.b) of the 2008 Land Act), the reform of the Act on the Legal Procedure for Government and the Common Administrative Procedure (ALPGCAP) by Act 4/1999 of 13 January does not allow us to assume that the mere expiration of the decision-making deadline implies that the license is granted when the requested license operates contra legem under the exception resulting from section 43.2 of the ALPGCAP. In that case a late decision refusing the license may well be handed down, without any prior review procedure, because there is no act to be reviewed. Such an event would have certain registration-related peculiarities if an entry predating the late decision has already been made on the grounds of acts performed by virtue of silence.

(6) Se trataría de una más de las manifestaciones de los supuestos estudiados por LASO MARTÍNEZ, José Luis, en su trabajo «Ilícitud administrativa y validez civil», publicado en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, pág. 1169.