

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

OTORGAMIENTO DE LICENCIA POR SILENCIO. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA NOTIFICACION. CAMBIO DE DOMICILIO. ILEGALIDAD. APLICACION DEL PLAN VIGENTE AL TIEMPO DE RESOLVER.

I. ANTECEDENTES

1. El 8 de enero de 1973 don Nicolás L. L. pide licencia de obras al Ayuntamiento para construir un edificio en la calle Pedro Antonio de Alarcón, de Granada.

2. Transcurridos dos meses sin recibir notificación alguna, acude a la Comisión Provincial de Urbanismo para que resuelva sobre su petición. (De la sentencia no resulta claro si fue el día 9 o el 10 de marzo.)

3. El día 5 de abril la Comisión Provincial de Urbanismo acuerda denegar la licencia por haber entrado ya en vigor un Plan Urbanístico que atribuía al solar de don Nicolás menor altura y volumen de edificabilidad que la permitida al tiempo de la petición. (Tampoco resulta claro si la publicación de la aprobación fue el 18 o el 28 de febrero.)

4. Como el domicilio a efecto de notificaciones figuraba ser la calle Recogidas, núm. 15, y don Nicolás no hizo saber a la Administración el traslado de sus oficinas al núm. 26 de la Carretera del Genil, la Comisión Provincial de Urbanismo impone el envío certificado de la notificación a las señas que constaban en el expediente. Ello tiene lugar el día 7 de abril.

5. El cartero acude por dos veces al núm. 15 de la calle Recogidas, sin encontrar a nadie en dicho domicilio, por lo que, dejando aviso, el envío pasa a lista. (No resulta claro si ello tuvo lugar el día 9 o el 10 de abril.)

6. El día 11 de abril, don Nicolás retira de lista el certificado y, enterado de la denegación, recurre ante la Comisión Provincial de Urbanismo.

7. El recurso es desestimado por la Comisión el día 12 de junio de 1973.

8. Recurre entonces don Nicolás a la Audiencia de Granada, que también desestima el recurso en sentencia de 4 de noviembre de 1974.

9. Promovida apelación, el Tribunal Supremo la desestima, aceptando los considerandos de la impugnada, en sentencia de 27 de octubre de 1979.

II. LA SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1979 (PONENTE:
EXCMO. SR. D. P. MARTÍN MARTÍN)

La desestimación de la apelación se basa en las siguientes consideraciones:

Considerandos de la Sentencia apelada aceptados por el Tribunal Supremo:

Primer considerando: Que no puede acogerse de ningún modo la tesis sostenida por el demandante en favor de la producción del efecto positivo del silencio administrativo, porque el argumento esgrimido al efecto—la falta de notificación del acto expreso—carece de toda virtualidad en este caso desde el momento en que habiéndose adoptado por la Comisión Provincial de Urbanismo acuerdo denegatorio de la licencia de construcción solicitada, se procedió seguidamente, y por uno de los medios ordinarios establecidos en el Ordenamiento a dicho fin, a practicar la oportuna comunicación al interesado—hecho probado en el expediente a través del resguardo acreditativo de haberse impuesto el envío certificado de la notificación el 7 de abril, o sea, dentro del plazo de un mes fijado para resolución y comunicación, por el art. 1.7.º, a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y que no expiraba hasta el día 10 de dicho mes de abril—, ante cuya circunstancia cae por su base la formalista y débil argumentación, encaminada a dar por concedida una autorización real y efectivamente denegada, que trata de forzar la verdadera ratio de la institución del silencio administrativo hasta el extremo de desnaturalizarlo para convertirlo en instrumento de automática y fatal sanción para situaciones aun ya tachadas de irregularidad, a que viene a negar a la Administración, con preterición de todo otro criterio que no fuere el subjetivo y particularista del interesado, el lícito y válido empleo de los medios instrumentados por el Ordenamiento para llevar a cabo la notificación de sus actos, entre ellos, y conforme al art. 80, núm. 1, de la L. Pro. Adm., el envío certificado en la forma prevenida por el párrafo 3 del artículo 66 de la misma Ley.

Segundo considerando: Que además y sobre poder afirmarse, dado el criterio legal reflejado en el párrafo cinco del citado artículo 66, que el momento determinante de la perfección de trámite es el de la expedición—con lo cual excluiríase ya cualquier idea de retraso culpable y de negligencia imputables a la Administración, y, por consiguiente, la viabilidad del silencio administrativo concebido cabalmente como garantía del administrado frente a la inactividad de aquélla—, ocurre aquí que tampoco aparece justificada la ajenidad del propio interesado respecto a la no recepción de la comunicación hasta la fecha del traslado o mudanza por aquellos días de sus oficinas a distinto lugar del señalado originariamente y a la vista de las manifestaciones del funcionario de Correos; resulta conforme a razón concluir que

si hubo necesidad de pasar el envío postal a lista y dejar aviso al destinatario—lo cual tuvo lugar el día 10 de abril—, se debió a la ausencia del receptor en las señas consignadas cuando con anterioridad se intentó la entrega a domicilio por el Cartero.

Tercer considerando: Que ciertamente resulta en extremo ilógica la pretensión de que por el mero hecho de haberse formalizado la solicitud de licencia poco tiempo antes de la publicación y entrada en vigor del Plan de Ordenación—concretamente, algo más de mes y medio—, la Administración deba decidir sobre la procedencia de dicha autorización en contemplación de la normativa pretérita y exclusión hecha de la regulación nueva ya vigente al tiempo de la actuación decisoria administrativa, pues con tal proceder obvio es que daríase lugar a situaciones tan incoherentes como la propugnada aquí por el actor, quien al tratar de lograr que se le permita construir un edificio con altura y volumen que, según las normas urbanísticas ya en vigor, exceden abiertamente en los máximos fijados en el correspondiente plan, preconiza en puridad no la irretroactividad de la norma, como con habilidad sugiere, sino más bien el tema muy distinto de la exclusión de determinados supuestos de hecho del ámbito objetivo de la dicha norma, es decir, postula no tanto que se inaplique la nueva reglamentación a una situación preexistente nacida bajo la anterior y ello en razón a los naturales límites de eficacia en el tiempo predicables del nuevo régimen, como que se sustraiga del campo de aplicación de éste las construcciones cuya licencia se hubiera instado antes de su vigencia, llegándose de esta suerte a proponer por el demandante ni más ni menos que el cercenamiento del supuesto de hecho normativo, y, a través de tal reducción, la dispensa o exoneración de las nuevas reglas a favor de no pocas, futuras edificaciones cuyos promotores habrían conseguido eludir las condiciones urbanísticas en vigor con sólo apresurarse a solicitar la autorización antes—incluso unas horas antes—de la publicación de la regulación nueva.

Cuarto considerando: Que por otra parte, ni siquiera situando la cuestión en la parcela jurídica de la retroactividad e irretroactividad de las normas—que es donde quiere jugar el demandante—, cabría acoger en modo alguno la solución invocada por éste, ya que si clara está la inexistencia de un derecho adquirido por el mismo en que poder fundamentar la irretroactividad postulada—y la pendencia de la respuesta administrativa excluye de raíz la idea de existencia actual para determinar únicamente una simple expectativa—, no menos evidente se muestra la incontestable realidad de la naturaleza objetiva de la situación recogida por las normas urbanísticas sucesivamente vigentes, es decir, el carácter estatutario de la posición jurídica del titular dominical en orden al aprovechamiento y uso del suelo urbano—justamente definida en el art. 61 de la Ley del Suelo por referencia al contenido concreto de los Planes de ordenación—, condición que apa-
reja esencialmente su mutabilidad en correspondencia con la mo-

dificación de la norma respectiva del Derecho objetivo mediante el sencillo mecanismo de la sucesión temporal de las normas.

Quinto considerando: Que además, dado el escaso tiempo transcurrido desde que el interesado formuló su petición de licencia hasta que se produjo la publicación y entrada en vigor del nuevo Plan de Ordenación urbana, tampoco puede acogerse aquél a la conclusión de que dicha solicitud debió haber sido contestada antes de la vigencia del nuevo régimen jurídico, pues a la vista de los plazos ordinarios previstos por el artículo núm. 9, ap. 1, 5.º, del Reglamento de Servicios para que la Administración resuelva al respecto, resulta indiscutible que el 18 de febrero de 1970, fecha en que tuvo lugar la publicación del Plan urbanístico, todavía no había finalizado el plazo de dos meses, computado desde el 8 de enero anterior en que se formalizó la instancia. con el que contaba el Municipio para adoptar su decisión, de donde se sigue claramente que el cambio normativo vino a afectar a la situación del interesado de un modo totalmente normal y sin incidencia irregular alguna.

Sexto considerando: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de costas.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Primer considerando: Que los motivos esgrimidos como fundamento de la pretensión de apelación son simple reproducción de los esgrimidos por el actor señor L. en primera instancia y que la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia de Granada analiza pormenorizadamente para rechazarlos y, en consecuencia, declara ajustados al Ordenamiento los acuerdos de la Comisión Provincial de Urbanismo de Granada de 5 de abril y 12 de junio de 1973, en cuanto denegatorios de la petición de licencia de obra para construir un edificio en el solar sito en la calle Pedro Antonio de Alarcón e Infanta Beatriz en la ciudad dicha; y aunque la declaración desestimatoria contenida en la sentencia apelada se apoye en un análisis certero de la temática jurídica que plantea el proceso, hemos de añadir aquí algunas consideraciones, aunque sólo sea con la finalidad de ofrecer, si cabe, una más completa exposición.

Segundo considerando: Que son de ratificar los argumentos que sobre la ineficacia del silencio administrativo, como técnica de autorización, contienen los considerandos primero y segundo de la sentencia apelada, con apoyo no sólo en la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 11 mayo 1977, 3 marzo y 25 abril 1978, 16 y 27 junio 1979, etc., y norma contenida en el párrafo 3.º del art. 178 de la vigente Ley del Suelo y art. 5, núm. 1, del Reglamento de Disciplina Urbanística, sino en el hecho jurídico acreditado de que el acuerdo desestimatorio se produjo en la sesión celebrada por dicho Organismo el 5 abril 1973, procediéndose seguidamente a la notificación al interesado por medio de certificado con acuse de recibo, constando el depósito en Correos el día 7 del mismo, a la vez que documentalmente se prueba

que tanto la Administración, autora del acto, como el Servicio de Correos cumplieron las exigencias legales prescritas en los artículos 63, núm. 3, y 80 y concordantes de la L. Pro. Adm. y artículos 251, núm. 3, y 269 del Reglamento del Servicio de 14 mayo 1964, por lo que si el certificado llegó con retraso a poder del actor notificado (al retirarlo en lista de Correos el día 11 siguiente), a él exclusivamente resulta imputable la demora por cuanto el traslado o alteración del domicilio para notificaciones (de la calle Recogidas, núm. 15, a Carrera del Genil, 26), sin darlo a saber a la Administración para constancia en el expediente y sin existencia de persona alguna en el domicilio indicado en las dos ocasiones del día 9 en que el cartero acudió para entregar el certificado (efectuando el depósito del aviso en el buzón), no puede suponer soporte de la aducida «notificación» tardía, ya que la Administración cumplió escrupulosamente, dentro del plazo legal del mes, todos los requisitos establecidos y el conocimiento retrasado del acuerdo denegatorio no puede trasladarlo el actor a persona extraña alguna al ser debido a su negligente actuación que por aplicación de la doctrina de los actos propios debe asumir con todas sus consecuencias.

Tercer considerando: Que aun admitiendo que el proyecto estaba acomodado a la normativa urbanística vigente en el momento de la solicitud no debe olvidarse—como dice la sentencia apelada—que la petición se cursó un mes y medio antes de la entrada en vigor del nuevo Plan (28 febrero 1973) y que dicho período de tiempo no cubre el preciso para desarrollar un procedimiento normal de petición de licencia de construcción, pues como es sabido, en los casos de obra mayor, el Ayuntamiento dispone de dos meses para pronunciarse y que ante su inactividad puede denunciarse la mora ante el Organismo Urbanístico provincial que, a su vez, dispone de otro mes para decidir (art. 9, 1, 5.º y 7.º, a) del Reglamento de Servicios y preceptos concordantes), lo cual supone que en un caso, como el presente, al denunciarse la mora se había producido ya una variación normativa por la entrada en vigor del nuevo Plan, por lo que tal particularidad diferencia el supuesto enjuiciado de los que contemplan las sentencias de la Sala de 24 octubre y 21 noviembre 1974, 11 junio y 4 julio 1975, etc., ya que antes de que se hubies agotado el plazo de que disponía la Administración para resolver, en el momento de hacerlo venía obligada a aplicar la normativa vigente en aquel entonces (pues lo contrario implicaría el anómalo resultado de tener que poner en marcha los mecanismos revocatorios, o el ver surgir, de manera inmediata, construcciones afectadas por el excepcional régimen de fuera de Ordenación), tal como ha proclamado la Sala en sentencias, entre otras, de 3 y 13 de febrero 1978 y 16 y 27 junio 1979.

Cuarto considerando: Que en cuanto a costas es procedente la no declaración.

III. COMENTARIO

1. *La falta de notificación como presupuesto del silencio administrativo.*a) *Funcionamiento del silencio en materia de licencias de construcción.*

En los supuestos de petición de licencias para la construcción de edificios, el *silencio* opera en su sentido *positivo* (1). Ahora bien, para que pueda entenderse otorgada la correspondiente licencia tiene que haberse producido una *doble inactividad administrativa*. Primero, por parte del *Ayuntamiento*, al no contestar la petición en el plazo de dos meses. Luego por parte de la *Comisión Provincial de Urbanismo*, a la que, una vez transcurrido el anterior plazo, habrá tenido que dirigir su petición el interesado. Sólo cuando transcurra un mes desde esa peculiar «denuncia de mora» sin contestación por parte de dicha Comisión, puede entenderse otorgada la licencia en virtud de silencio administrativo positivo (2).

En el supuesto de la SENTENCIA comentada, el tema se centra en la *falta de notificación de la denegación de la licencia por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo*.

El problema se concreta en la segunda fase de producción del acto-silencio. Se da por sentado que la primera fase ha sido recorrida y que, por tanto, la competencia corresponde a la *Comisión Provincial de Urbanismo* (3).

El problema es el de la falta de notificación de la *denegación de la licencia*. La falta de notificación del acto producido por silencio positivo no condiciona la eficacia sustantiva del mismo, aunque deba incidir en sus efectos jurídico-procesales (inicio del plazo para recurrir), lógicamente, respecto de los no peticionarios interesados, precisamente, en la denegación. Producido el acto-silencio y con independencia de su notificación, el peticionario encontró legitimada su actuación como si hubiera obtenido licencia expresamente y la Administración no podrá dictar actos contrarios al mismo, sino en los supuestos y mediante el procedimiento de revisión. Es más, y tal es el supuesto de la SENTENCIA, el acto denegatorio expreso recaído con anterioridad a la producción del acto-silencio, aunque pudiera haberse entendido existente, nunca podrá llegar a ser eficaz aunque se notifique después.

El problema es exclusivamente de *notificación*. No incide en el mismo ningún tema de publicación, como podría ocurrir en el supuesto de *Planes de Urbanismo* (4).

Por último, en la SENTENCIA no se hace referencia alguna al problema del *contenido de la notificación*, bien sea porque en el supuesto éste no

(1) *Vid.* en esta REVISTA, núm. 524, págs. 129 y ss.

(2) Artículo 9 del R. SS. C. L. (...), aplicable y vigente en virtud de la remisión del 178 L. S. y 4 R. Disciplina Urb. En contraste con el funcionamiento general del silencio negativo o positivo: artículos 94 (...) y 95 (...) L. P. A.

(3) *Vid.* en esta REVISTA, núm. 537, págs. 478 y ss., donde se recoge la doctrina jurisprudencial dominante.

Hay que notar, sin embargo, que no siempre se ha dado carácter automático a la subrogación competencial, afirmándose que el Ayuntamiento no pierde su competencia sino cuando se le comuniquen (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1979).

Cfr. M. B. BLANGUER PRAT, R. D. U., núm. 38, págs. 69 y ss.; A. EMBID IRUJO, R. A. P., núm. 90, páginas 169 y ss.

(4) *Vid.* Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1977, en el número 524 de esta REVISTA, págs. 135 y ss.

fue defectuoso, bien porque ha entendido que para enervar el juego del silencio positivo, basta que la notificación se efectuase, con independencia de que fuese defectuosa.

De todo lo anterior, que el tema se centre en la siguiente cuestión: ¿cuándo puede entenderse notificada la denegación de una licencia para que no se produzca silencio positivo?

b) *Actuaciones que implica notificar.*

Aparte el contenido del acto de notificación (art. 79 L. P. A.), la notificación en su aspecto formal conlleva una serie de requisitos que, contemplados sistemáticamente, ofrecen una perspectiva procedimental.

Según el art. 80 L. P. A.:

«1. Las notificaciones se realizarán mediante oficio, carta, telegrama o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha y de la identidad del acto notificado, y se dirigirán en todo caso al domicilio del interesado o al lugar señalado por éste para las notificaciones. Si se tratase de oficio o carta, se procederá en la forma prevenida en el número 3 del artículo 66, uniéndose al expediente el resguardo del certificado.

2. De no hallarse presente el interesado en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su parentesco o la razón de permanencia en el mismo.

3. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos o se ignore su domicilio, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el *Boletín Oficial del Estado* o de la provincia.»

Según el párrafo 3 del art. 66:

«Las Oficinas de Correos recibirán también las instancias o escritos dirigidos a los Centros o dependencias administrativas, siempre que se presenten en sobre abierto, para ser fechado y sellado por el funcionario de Correos antes de ser certificados.»

Una Orden de 20 de octubre de 1958 concretó la regulación, siendo hoy recogida fundamentalmente en el Reglamento de los Servicios de Correos aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964.

Con referencia a la ADMISION de las notificaciones por el servicio de correos, dispone el art. 206 del Reglamento lo siguiente:

«1. Las notificaciones administrativas a que se refiere el artículo 80 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo (ya citada) y que se cursen por correo, se admitirán únicamente por Oficinas que tengan, por lo menos, categoría de Estafeta, y podrán ir destinadas a cualesquiera otras Oficinas, incluso rurales.

2. Las notificaciones podrán presentarse en las Oficinas postales en una de las dos formas siguientes:

- a) EN sobre abierto.
- b) Sin sobre y extendidas en papel consistente plegado en dos o más dobleces, cuyos bordes pueden cerrarse con goma o con cualquier otro procedimiento, siempre que el texto de la notificación quede en el interior del envío y se reserve la superficie exterior para la dirección del destinatario, franqueo e indicaciones de servicio.

3. Cualesquiera que sea la forma de su presentación en Correos, en la parte superior izquierda del anverso se consignará, en letras bien visibles, la palabra «Notificación», y debajo de ella y en caracteres de menor tamaño el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución, etc.) y la indicación «expediente número ...», o cualquier otra expresión que identifique el acto notificado. Estos envíos se presentarán acompañados de los resguardos de imposición a que se refiere el núm. 2 del art. 205 precedente, que serán siempre individuales, ya que han de archivar por los remitentes unidos a los expedientes de su razón.

4. Las notificaciones administrativas, siempre que vayan dirigidas a particulares, se franquearán según tarifa, ya que la franquicia no alcanza a tales envíos, con relación a los cuales puede solicitarse aviso de recibo en las condiciones generales reglamentarias.

5. En las operaciones de admisión el empleado procederá en la forma señalada con el núm. 3 del artículo precedente.»

Según el apartado 3 del art. 205:

«El empleado que admita el envío estampará el sello de fechas en la parte superior izquierda de la cabecera del documento principal, haciéndolo con el mayor cuidado a fin de que aparezca con claridad el nombre de la Oficina, y sobre todo la fecha. Cuando el remitente lo solicite, el empleado hará constar, además, a continuación del sello de fechas que estampe, y tanto en el documento principal como en el recibo de imposición, la hora y minuto del depósito. Las Oficinas no podrán, en ningún caso, sellar la copia o copias de los documentos a remitir.

Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de imposición cuya matriz archivará en la Oficina.»

Los artículos 207 y 208 se refieren a las notificaciones del Ministerio de Hacienda y el I. N. P.

En relación con la ENTREGA, dispone el art. 271:

«1. La entrega de las notificaciones a que se refieren los artículos 206, 207 y 208 de este Reglamento se hará, circulen o no con aviso de recibo, con arreglo a las formalidades señaladas en cada caso para los certificados en general, y se observarán, además, las normas que se detallan en los números que siguen.

2. La entrega de las notificaciones administrativas, vayan o no acompañadas de aviso de recibo, se hará al propio destinatario

o sin necesidad de la especial autorización de éste a que se refiere el art. 269, a un familiar, dependiente, criado o vecino suyo mayores de catorce años. De no hacerse la entrega al propio destinatario, se hará constar la condición del firmante en la libreta de entrega, y, en su caso, en el aviso de recibo.

El empleado repartidor cuidará especialmente de que la persona que se haga cargo del objeto, además de estampar su firma, consigne la fecha en que se verifique la entrega.»

Según el art. 251, apartado tercero:

«La entrega a domicilio se intentará dos veces consecutivas. Cuando esta reiterada gestión resulte infructuosa, el cartero devolverá el envío a la Oficina con nota expresiva de la causa de la devolución, dejando al destinatario, cuando se trate de correspondencia certificada o asegurada, el aviso oportuno.»

Según el 256, apartado primero:

«Se entregarán en lista de Correos la correspondencia dirigida a esta Dependencia siempre que los destinatarios no tengan residencia fija en la localidad, y la que careciendo de señas, esté destinada a personas cuyo domicilio sea desconocido en la respectiva Oficina de Correos.

Pasará también a lista la correspondencia destinada a individuos de la localidad que, por ausencia u otra causa justificada, no se hubiese podido entregar a domicilio ni se hubiere declarado inmediatamente sobrante.»

En el supuesto comentado, las incidencias de la notificación han quedado expuestas en los antecedentes, de los que resulta que se han recorrido prácticamente todos los pasos previstos en los artículos acabados de transcribir para que el peticionario tenga conocimiento de la denegación. Nótese cómo en la SENTENCIA (considerandos II de la apelada y sobre todo del Tribunal Supremo) se dan por bien llevadas a cabo las actuaciones tanto por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo como por el Servicio de Correos.

Todo el problema se concretaría en el MOMENTO en que debe entenderse notificado el acto, sin que infracción alguna complique esta cuestión.

No obstante son de señalar dos ideas. Una, que la notificación por medio de Edictos del art. 80, 3, L. P. A., se entiende improcedente aunque el domicilio acabase resultando desconocido, ya que en el expediente constaba uno. Es correcto en tal supuesto hacer pasar el envío a lista, según dispone el art. 251, 2, del Reglamento de Correos (5). La otra idea es que en la Sentencia se considera correcta la actuación del cartero al proceder así, sin acudir a algún vecino para que reciba la notificación. Nótese que en el Reglamento (art. 271) se hace referencia a los vecinos; no es así en la L. P. A. (art. 80, 2) (6).

(5) Nótese que el certificado de notificación se remitió con «acuse de recibo».

(6) Nótese la insistencia de la Sentencia en recalcar que en el domicilio no había nadie.

c) *Momento en que debe entenderse hecha la notificación.*

En la Sentencia apelada la respuesta no ofrece dudas: el acto se entiende notificado cuando se impone el envío certificado de la notificación en la Estafeta de Correos, el momento determinante de la perfección del trámite es el de la expedición (considerandos I y II que acepta el Tribunal Supremo) (...).

Su argumentación se basa en que otra Conclusión supondría negar a la Administración el empleo de los instrumentos que permite el Ordenamiento y en el art. 66, apartado 5, de la L. P. A.

El primer argumento en realidad no fundamenta la Conclusión: una cosa es que pueda utilizar el servicio de Correos (y no un funcionario del propio órgano notificante) y otra que en el momento de la expedición deba entenderse producida la notificación. Por lo que hace al art. 66,5, dice:

«Se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregados en cualquiera de las dependencias a que se refieren los párrafos anteriores.»

Es decir, no se refiere a las notificaciones sino a los escritos de los particulares. Por demás, el propio art. 80 L. P. A. (que no se remite a ese párrafo del art. 66) tiene especial interés en que conste la fecha en que la notificación es recibida. Otro tanto ocurre en el Reglamento de Correos (art. 271, 2, in fine).

Por otro lado, es bien significativo que el Tribunal Supremo no haya insistido en la conclusión y argumentación de la Audiencia de Granada, aunque acepte sus Considerandos. Incluso parece querer desvirtuar la argumentación insistiendo en que fue el último día del plazo *cuando el cartero estuvo en el domicilio* y depositó el aviso en el buzón (Considerando II), lo cual tuvo lugar (?) un día después, según la sentencia apelada (Considerando II, in fine).

Quede dicho, por último, que la teoría de la expedición, difícilmente justificable para desvirtuar el silencio positivo, sería inaceptable respecto de los efectos procesales de los actos expresos.

d) *Importancia de comunicar a la Administración los cambios de domicilio.*

En las dos SENTENCIAS se argumenta que si don Nicolás recibió la notificación después de cumplirse el plazo de silencio, se debió a su negligente actuación (Considerando II, in fine). De haber comunicado a la Administración que se mudaba a otras oficinas, allí se le habría enviado el certificado de notificación y se habría enterado a tiempo. Igualmente se habría enterado a tiempo si hubiera dejado a alguien en las antiguas oficinas. De ahí que la tardanza no sea imputable a la Administración, ni pueda determinar la producción del silencio positivo. Cuestión distinta sería la de notificación de acto expreso a efectos de computar el plazo para recurrir.

2. *La legalidad del acto como presupuesto de la existencia del mismo cuando se produce por silencio positivo.*

a) *Exigencias formales del acto y silencio positivo.*

Exigir al acto-silencio los requisitos de forma de exteriorización de los actos administrativos resulta incompatible con la esencia misma de la figura del silencio. No puede hablarse de acto en cuanto tal. Hay sólo silencio. Es el Ordenamiento jurídico el que contesta la petición hecha. Tema aparte sería el de la notificación, al que antes se aludió.

Por lo que se refiere a la forma de producción (requisitos de procedimiento), en principio resulta también anómalo un mismo tratamiento que el que se da a los actos expresos. El acto-silencio viene producido por el transcurso de un tiempo, desde la petición hecha, de silencio; es decir, sin notificación, háyanse recorrido todos, algunos o ninguno de los pasos procedimentales que conducen a la Resolución administrativa.

b) *¿Pueden surgir actos ilegales del silencio positivo?*

El argumento que supone una respuesta negativa es utilizado en la Sentencia comentada (inciso primero del Considerando II del T. S.).

La esencia del problema se centra en la siguiente antítesis.

Por un lado, resulta efectivamente absurdo admitir que el acto-silencio, en cuanto criatura del Ordenamiento Jurídico que es, pueda ser antijurídico. El Ordenamiento no puede haber querido esto.

Pero por otro lado resulta igualmente absurdo negar que pueda haber actos-silencio ilegales, porque entonces la previsión de la figura del silencio carecería de sentido.

Lo más lógico sería inclinarse por la siguiente interpretación:

En los pocos, limitadísimos, supuestos en que opera el silencio positivo, la inactividad administrativa debe traducirse siempre en resolución favorable, a no ser que el propio ordenamiento jurídico haya abortado esta conclusión, exceptuando algún caso concreto expresamente y, quizás, implícitamente al tipificar los supuestos de nulidad absoluta.

Tal excepción expresa se produce hoy en la vigente legislación urbanística. Según el art. 178, 3, de la Ley del Suelo:

«3. El procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo prevenido en la Legislación de Régimen Local. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento.»

A lo que el Reglamento de Disciplina Urbanística añade (apartado 2) que:

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

Nótese, sin embargo, que estos preceptos, no vigentes al tiempo de producirse los hechos de la SENTENCIA comentada, se aducen por parte del Tribunal Supremo, dando a entender que en este tema no se ha producido una modificación, sino una confirmación de la situación preexistente a la Reforma de la Ley del Suelo de 1975. Tesis que en modo alguno puede compartirse, por más que haya sido utilizada por el Tribunal Supremo (en las sentencias que se citan, en la comentada y otras muchas).

Incluso sería discutible que la teoría de la nulidad absoluta pudiera excluir el juego del silencio positivo. Tal parece ser la tendencia en la que se decantaba la jurisprudencia anterior a la reforma del 75. Todo dependerá del alcance que se dé a la doctrina de la invalidez de los actos (...). En cualquier caso, no resultaría excesivamente forzado considerar que no se entienden producidos por silencio positivo los actos de contenido imposible o constitutivos de delito (art. 47, b), Ley de Procedimiento Administrativo).

3. *Modificación de la ordenación urbanística después de la petición de licencia y antes de que la Administración resuelva.*

a) *Planteamiento.*

En el supuesto de la SENTENCIA comentada, el tema apuntado en el epígrafe aparece como fundamental. La cuestión es cuál de las dos ordenaciones, la vigente al tiempo de la petición o la que lo llegó a estar al tiempo de la resolución, hay que aplicar para determinar la procedencia o no de la licencia que se pedía.

La respuesta que se dé resulta clave. Efectivamente, sólo si se entiende aplicable la vigente al tiempo de la resolución, podría haberse argumentado en el sentido expuesto en el apartado (dos) anterior. La licencia era contraria al nuevo plan de urbanismo y por eso no podía entenderse otorgada por silencio positivo. Si la ordenación aplicable hubiese sido la anterior, la licencia podía haber sido otorgada y al tiempo entenderse otorgada por silencio positivo.

Ocurre que (por la argumentación expuesta en el apartado primero) no se entiende producido el silencio positivo (hubo notificación que no puede entenderse tardía) y consiguientemente debe analizarse si la denegación expresa de la licencia es o no ajustada a Derecho. El tema será determinar cuál es la ordenación aplicable, ya que según la vigente al tiempo de la petición (y al contrario la otra) la licencia podía y debía haberse otorgado.

La tesis de la sentencia es a favor de la ordenación vigente al tiempo de la resolución. Esta conclusión sirve para argumentar en contra del silencio (licencia ilegal) y para entender ajustada a Derecho la denegación expresa.

b) *¿Por qué no se aplica la ordenación vigente al tiempo de la petición de la licencia?*

El tema es de una importancia capital y debe merecer un comentario amplio. Baste señalar ahora los argumentos que utiliza la Sentencia comentada. En día el tema merecerá un análisis crítico en profundidad.

Según la Sentencia apelada, la tesis del recurrente «ciertamente resulta

en extremo ilógica», «daría(se) lugar a situaciones tan incoherentes como la propugnada aquí por el actor»...

Los argumentos pueden sintetizarse en los siguientes:

— Aplicar la ordenación vigente al tiempo de resolver no supone darla efectos retroactivos, ya que el supuesto de hecho normativo es, precisamente, si puede o no *construirse*. El edificio no está construido. El nuevo Plan ya está en vigor (III considerando).

— Se llegaría a admitir la elusión de las nuevas ordenaciones con sólo apresurarse a solicitar licencias antes, incluso horas antes, de la publicación de la regulación nueva (III considerando, in fine).

— La esencia de la resolución administrativa excluye de raíz la idea de un derecho adquirido (IV considerando).

— Carácter estatutario de la propiedad urbana que conlleva su mutabilidad (IV considerando, in fine).

— El Ayuntamiento no tenía por qué haber resuelto antes de la vigencia del nuevo Plan, porque cuando éste entró en vigor todavía le quedaba tiempo para poder resolver dentro de los dos meses contados desde la petición (V considerando).

Por su parte, el Tribunal Supremo, en considerando propio (el V), confirmará el último argumento indicando que el período preciso para desarrollar un procedimiento normal de licencia de construcción es de dos meses, no menos.

El Tribunal Supremo además añade los siguientes puntos argumentales:

— Cuando se denuncia la mora ya había entrado en vigor el nuevo Plan, dando a entender que el momento de la petición ante la Comisión Provincial tiene importancia.

— Sería anómalo conceder la licencia contra la nueva ordenación y ver surgir construcciones fuera de ordenación o tener que poner en marcha mecanismos revocatorios de la licencia.

El Tribunal Supremo busca apoyo en sentencias que han mantenido la misma tesis, al tiempo que sale al paso de la corriente contraria, indicando que opera sobre supuestos de hecho distintos.

J. G. S.