

## RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. CONTENIDO Y ALCANCE EN MATERIA DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

**Ignacio Zamora Santa Brígida**

*Abogado*

*Investigador predoctoral. Departamento de Derecho Administrativo.  
Universidad Complutense de Madrid*

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Germán ALONSO-ALEGRE FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, don José Luis LÓPEZ GONZÁLEZ, don Pedro PVEDA GÓMEZ, don Miguel SÁNCHEZ MORÓN y don José Luis ZAMARRO PARRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

---

### EXTRACTO

El silencio administrativo como técnica trae causa de la inactividad formal singular de la Administración que, lejos de encontrar fundamento en nuestra carta magna, resulta contraria a su propio espíritu. En un estado de derecho, donde la Administración debe respeto a la ley y su actuación ha de inspirarse en el principio de seguridad jurídica, la actitud consistente en no dar respuesta al ciudadano sin que este sepa a qué atenerse, resulta inconcebible; máxime, cuando la cláusula de estado social favorece la satisfacción de los derechos sociales de los ciudadanos, que no son meros súbditos o administrados. Por ello, nótese que, a pesar de la forzosa asunción del silencio administrativo como paliativo, la Administración mantiene la obligación de dictar resolución expresa. Una vez sentado lo anterior, la reflexión se centrará en la problemática derivada de la silente actuación administrativa cuando lo solicitado por el ciudadano es el otorgamiento de una licencia urbanística. Cuestión sin duda conflictiva, pues el sentido que el legislador dé a la ausencia de resolución –positivo o negativo– traerá consigo implicaciones bien distintas.

**Palabras clave:** silencio administrativo, inactividad, seguridad jurídica y licencias urbanísticas.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016*

## THE ADMINISTRATIVE SILENCE REGARDING. URBAN PLANNING LICENSES

Ignacio Zamora Santa Brígida

---

### ABSTRACT

The administrative silence as a technique arises from the formal inactivity of the Administration. Situation that results contrary to the spirit of our Constitution. The rule of law must guide the administrative action, especially when the social state clause favors the satisfaction of social rights. Therefore, please note that, despite the forced assumption of administrative silence as a palliative, the Administration maintains the obligation to issue an express resolution. Having said this, the reflection will focus on the administrative silence when a citizen requests the appropriate urban planning licence. Contentious issue, because the sense that the legislator gives to the administrative silence –positive or negative– will bring in very different implications.

**Keywords:** administrative silence, inactivity, legal certainty and urban planning licence.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Régimen jurídico del silencio administrativo
  - 2.1. La obligación de resolver
    - 2.1.1. Tratamiento constitucional
    - 2.1.2. Naturaleza jurídica
    - 2.1.3. Evolución normativa
    - 2.1.4. Régimen vigente
  - 2.2. Una aproximación a las diferentes clases de inactividad administrativa
    - 2.2.1. Inactividad reglamentaria
    - 2.2.2. Inactividad formal singular
    - 2.2.3. Inactividad material
  - 2.3. El silencio administrativo
    - 2.3.1. Reseña histórica
    - 2.3.2. Regulación vigente
    - 2.3.3. Plazo para recurrir
3. Contenido y alcance del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas
  - 3.1. Licencias urbanísticas
    - 3.1.1. Tradicional concesión por silencio administrativo positivo
    - 3.1.2. Posicionamiento de la jurisprudencia
    - 3.1.3. Nueva regulación: silencio administrativo negativo
4. Consideraciones finales

## Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente el sentido del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas ha sido positivo. Por ello, transcurrido el plazo legalmente exigible para que la Administración dictara y notificara resolución sobre una solicitud de licencia urbanística, se podía considerar otorgada la misma, siempre que el proyecto presentado no fuera contrario a los criterios establecidos en el planeamiento urbanístico y en la normativa aplicable. Así ha venido siendo reconocido en la práctica totalidad de las Leyes del Suelo, tanto estatales como autonómicas, en las ordenanzas municipales de tramitación de licencias urbanísticas, y en la jurisprudencia. No obstante, a fin de lograr una mayor seguridad jurídica, ha cambiado el sentido del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas, pasando a ser negativo.

Por tanto, se ha considerado necesario abordar una cuestión verdaderamente problemática por motivo, tanto del eterno conflicto entre los principios de seguridad jurídica y legalidad, como de su compleja configuración normativa. Se trata de una materia que ha sido objeto de numerosas reformas legislativas desde su implantación hasta nuestros días y, a su vez, tema de discusión entre los distintos autores. Era por ello oportuno realizar un breve estudio mediante el cual se compilase de forma sistemática la normativa, doctrina y jurisprudencia más relevante.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

### 2.1. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER

La obligación de resolver es un instituto jurídico íntimamente ligado a la figura del silencio administrativo, pues, en definitiva, esta responde al incumplimiento institucionalizado de dicha obligación. Es por ello que, en buena lógica jurídica, supone un contrasentido que podría comportar vicios de inconstitucionalidad.

Una vez se exponga su interpretación constitucional, se estudiará la obligación de resolver desde la perspectiva de la teoría jurídica de la obligación, tratando de aclarar de ese modo que se está ante una verdadera obligación, y no un deber.

Finalmente, y una vez realizada una síntesis sobre la evolución normativa de la institución, tendrá lugar la exposición de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento en términos de responsabilidad.

### 2.1.1. Tratamiento constitucional

El estudio de la Constitución para el análisis de construcciones jurídico-administrativas ha terminado por ser la tónica en la metodología investigadora de la disciplina. Y lo cierto es que se trata de una técnica repleta de sentido, dado que dichos conceptos jurídicos no operan en el vacío y que el texto de nuestra *lex legum* presenta una incidencia directa en el Derecho Público. Trascendencia que razonablemente pone en duda la distinción entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo o, en cualquier caso, manifiesta la inexistencia de solución de continuidad entre ambos.

En ese sentido, aunque con matices, resulta acertada la expresión de Fritz WERNER en la que se admite que «el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado»<sup>1</sup>. Cita que, por otra parte, ha sido en ocasiones confrontada con una perteneciente a Otto MEYER, mediante la cual el autor exponía que «mientras el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece»<sup>2</sup>. No obstante, esta última ha sido con frecuencia empleada fuera de contexto; pues, en el suyo original (el periodo bismarckiano), quiso poner de manifiesto, no la intemporalidad del Derecho Administrativo, sino la lenta adaptación de las reformas constitucionales en materia administrativa.

Por tanto, el silencio administrativo trae causa de la conducta omisa por parte de la Administración que, lejos de encontrar fundamento en nuestra *carta magna*, resulta contraria a su espíritu. Y ello es así porque en un estado de derecho donde la Administración debe respeto a la ley y su actuación ha de inspirarse en el principio de seguridad jurídica, la actitud consistente en no dar contestación al ciudadano sin que este sepa a qué atenerse resulta inconcebible. Máxime cuando la cláusula de estado social opera en favor de la satisfacción de los derechos sociales de los ciudadanos, que no son meros súbditos o administrados.

En suma, con independencia de su sentido positivo o negativo, la respuesta por parte de la Administración es obligada, mostrándose su silencio como una vulneración del principio de irrenunciabilidad de competencia<sup>3</sup> y, en definitiva, como una patología jurídica sin encaje constitucional.

---

<sup>1</sup> La cita, siendo *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht* en alemán, se corresponde con el título que da el autor a una conferencia pronunciada el 15 de mayo de 1959 en la Universidad de Stuttgart. Asimismo, cabe señalar que Fritz WERNER fue presidente del Tribunal Administrativo Federal alemán (*Bundesverwaltungsgericht*).

<sup>2</sup> Cita recogida en el prólogo de la tercera edición de su conocida obra titulada *Derecho Administrativo Alemán (Deutsches Verwaltungsrecht)*, fechado a 29 de agosto de 1923.

<sup>3</sup> Principio que, en nuestro ordenamiento jurídico, se positiviza a través del artículo 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que reza lo siguiente: «La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes», debiéndose entender por competencia, en remisión al apartado tercero del mismo artículo, "la facultad para instruir y resolver los expedientes».

## 2.1.2. Naturaleza jurídica

La filosofía del Derecho tradicionalmente ha procurado distinguir entre *obligación* y *deber*, dado que la etimología<sup>4</sup> difiere y, por tanto, también el significado.

El concepto de deber nace históricamente en el ámbito de la ética y la religión, mientras que la obligación lo hace dentro del ámbito del Derecho. Por tanto, la principal divergencia radica en la esencia; moral en el deber y jurídica en la obligación.

En el concreto ámbito del Derecho Administrativo, Massimo Severo GIANNINI<sup>5</sup> entendía que de las obligaciones derivan correlativos derechos, comprendidos como situaciones subjetivas relativas a un bien o interés legítimo determinado, mientras que los deberes los relacionaba con mandatos genéricos<sup>6</sup>.

Entre los administrativistas españoles, los pronunciamientos más destacables son, por un lado, el de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, quienes defienden que los deberes en sentido estricto tienen su origen en la norma, no existiendo auténticos derechos subjetivos frente a ellos y, por otro, el de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, quien sostiene que los deberes públicos carecen de derechos correlativos, siendo las verdaderas obligaciones las únicas capaces de generar titulares de derechos.

En vista de lo expuesto por los autores mentados, mi opinión al respecto es que la obligación de resolver por parte de la Administración resulta, como su propio nombre indica, una obligación generadora de derechos subjetivos, y no un deber. Y, en este sentido, las prerrogativas administrativas no han de interferir, dado que es la propia Administración la que se obliga legalmente a resolver y, en virtud del principio de legalidad<sup>7</sup>, los poderes públicos también quedan sujetos a las normas (no solo los ciudadanos), no pudiendo actuar de cualquier forma, sino siempre de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, las leyes y los reglamentos. *Mutatis mutandis*, de la obligación de resolver recogida por el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante

<sup>4</sup> DE ASÍS ROIG, R.: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 65: «(...) como señala Cortesi, las raíces de los términos *deber* y *obligación* no son las mismas: *deber* deriva del latino *debert*, y esa a su vez del griego, poseyendo el significado de "es necesario que". *Obligación* deriva de *obligare*, y este del griego, con el significado de "ligar", aunque también se emplea en el sentido de "constricción"».

<sup>5</sup> En su obra *La obbligazione pubbliche*, publicada en 1964.

<sup>6</sup> El ejemplo que empleaba era «el deber de los funcionarios públicos de cumplir las leyes».

<sup>7</sup> La Constitución Española (en adelante CE) contempla el principio de legalidad en su artículo 9.1 «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y 9.3 «La Constitución garantiza el principio de legalidad». En concreto, el artículo 103.1 establece que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

la Ley 39/2015), nacerá en cada caso concreto el derecho subjetivo del ciudadano a que se dicte resolución expresa y notificada, con independencia de la forma de iniciación del procedimiento.

### 2.1.3. Evolución normativa

Ha de señalarse que, con anterioridad al régimen actual, no existía una obligación legal expresa de resolver; sin embargo, sí se puede afirmar una realidad análoga configurada a través de normas procedimentales y previsiones sancionadoras.

Aunque ya en la Real Orden de 1847 y el Real Decreto de 1851 se comenzara a contemplar la respuesta favorable al administrado en caso de inactividad por parte de la Administración, es la Ley Azcárate de Procedimiento Administrativo de 1889 el primer antecedente que reconoce la obligación de resolver; estableciendo mediante su base octava que «en ningún caso se podrá exceder del plazo de un año el tiempo transcurrido desde el día en que se incoara el expediente y aquel en que se termine la vía administrativa»<sup>8</sup>.

Asimismo, la Ley Maura, de 5 de abril de 1904, disponía que los particulares pudieran exigir de forma directa responsabilidades por incumplimiento, previo requerimiento al funcionario o autoridad incumplidora. No obstante, dicho mecanismo no gozó de éxito debido al contexto generalizado de corrupción.

Es en la segunda mitad del siglo XX cuando se regula por primera vez de forma completa el procedimiento administrativo mediante la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957; mientras que el artículo 61 de la primera conservaba la previsión disciplinaria de la Ley Maura, con la fijación del plazo en 6 meses, el artículo 43 de la segunda preveía la posibilidad de que los particulares pudieran exigir el resarcimiento de daños y perjuicios por la culpa o negligencia grave de los funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus cargos, principio perfectamente aplicable a los supuestos en los que las solicitudes de los ciudadanos quedaran sin respuesta. Con todo, cabe advertir que la, con frecuencia, acertada redacción de la norma no se correspondía con la actuación administrativa propia de un contexto político no democrático.

### 2.1.4. Régimen vigente

El régimen vigente se articula mediante la Ley 39/2015 que, dentro del título II sobre la actividad de las Administraciones públicas, recoge la obligación legal de resolver en el artículo 21 y la regulación del silencio administrativo en el artículo 24.

<sup>8</sup> GUILLÉN PÉREZ, M. E.: *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Madrid: Colex, 1996, pág. 40.

Para Xabier ARZOZ SANTISTEBAN<sup>9</sup>, el elemento más novedoso del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante la Ley 30/1992), en su redacción original, consistía en la sustitución del deber por la obligación, lo cual convertía al ciudadano en sujeto titular del derecho subjetivo público a obtener una resolución. Aunque, como suele suceder en todo ordenamiento jurídico, dicha obligación se ve desvirtuada con la implantación del acto presunto un artículo después. Es en estos supuestos donde la cita de Otto MAYER cobra todo su sentido, dado que el Derecho Administrativo no termina de adaptarse verdaderamente a las nuevas exigencias constitucionales.

Debido al estado de opinión contrario a la figura del acto presunto, esta se sustituye mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, por la institución del silencio administrativo. A su vez, la misma ley se encargó de poner fin a la vigencia de la Ley Maura en materia disciplinaria a través de su disposición derogatoria; modificación que introduce la imposibilidad de dirigirse contra el funcionario que haya incumplido la obligación de resolver, siendo el nuevo cauce la reclamación a la Administración con base en las disposiciones recogidas por el capítulo I, sección 2.ª, de la Ley 40/2015.

Respecto al contenido de la obligación, parece estar claro que la resolución y la notificación son elementos que gozan de autonomía. Es la falta de notificación el verdadero detonante del silencio administrativo; de cumplirse el requisito de resolver en tiempo, si existiera algún defecto en la notificación, el silencio llegaría a desplegar sus efectos. En tal caso, podría llegarse a obtener lo solicitado por silencio positivo coexistiendo un acto desestimatorio expreso, acto que, pese a todo, el interesado se vería obligado a recurrir.

En cuanto a la regulación legal de la misma, el artículo 21 de la Ley 39/2015 contempla resolución y notificación como núcleo esencial de la obligación, con independencia de la forma de iniciación del procedimiento.

La obligación quedará limitada, que no exenta, en los casos de: prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento. La Administración seguirá estando obligada a resolver, consistiendo la resolución en la declaración de la circunstancia que en cada caso concurriera, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Sí existen, sin embargo, tres excepciones a la obligación de resolver, siendo tales: a) los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio; b) los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable; y c) los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

---

<sup>9</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «La obligación de resolver y notificar y el silencio administrativo», Madrid: Marcial Pons, 2001, págs. 20-21.

El plazo máximo en el que debe notificarse la correspondiente resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. No obstante, ese plazo no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así lo disponga el Derecho de la Unión Europea. Asimismo, es importante destacar que, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses. Todos los plazos, con independencia de su duración, se contarán: a) en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación; b) en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud hubiera tenido entrada en el registro electrónico<sup>10</sup> de la Administración pública u organismo competente para su tramitación.

El problema se plantea cuando el interesado ha presentado su solicitud en registro distinto al del órgano competente, lo cual es perfectamente viable en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 39/2015. En tal caso, las dudas surgidas sobre el *dies a quo* del cómputo deberían quedar zanjadas con el cumplimiento por parte de la Administración de informar individualmente a los interesados de los plazos y efectos del silencio junto a la publicación o notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.

El legislador ha tenido presente el volumen de trabajo de la Administración y, en ocasiones, la complejidad del mismo, estimando oportuno contemplar<sup>11</sup> una serie de supuestos que puedan determinar la suspensión del plazo máximo legal para dictar resolución y notificarla, a saber: a) cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido; b) cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Unión Europea, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada<sup>12</sup>; c) cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos<sup>13</sup>; d) cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente; y e) cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 86 de la Ley 39/2015, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin

<sup>10</sup> La referencia al registro electrónico es una de las novedades contempladas en el artículo 21 de la Ley 39/2015.

<sup>11</sup> Supuestos recogidos en el artículo 22.1 de la Ley 39/2015.

<sup>12</sup> Comunicación que sería deseable también en el resto de los supuestos, dado que, pese a la participación del interesado en los trámites a realizar, se trata de una garantía que podría ser necesaria en los casos en que haya varios interesados en un mismo procedimiento con resolución común y no todos estén inmersos en las causas de suspensión del plazo.

<sup>13</sup> En virtud de lo dispuesto por el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que serán constatadas mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.

En este sentido, el artículo 22 de la Ley 39/2015 mantiene los supuestos antes citados, respecto de la Ley 30/1992, y añade los siguientes: a) cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, lo que deberá ser comunicado a los interesados, hasta que se resuelva, lo que también habrá de notificarse; b) cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración pública tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado.

Hasta ahora, todos los supuestos implicaban cierto grado de discrecionalidad, ya que los preceptos señalados empleaban la expresión «se podrá suspender». Sin embargo, el artículo 21.2 de la Ley 39/2015 incluye tres nuevos supuestos bajo la cláusula «se suspenderá»; lo que implica la suspensión automática del plazo. Dichos supuestos son los que a continuación se citan: a) cuando una Administración requiera a otra para que anule o revise un acto que entienda que es ilegal y que constituya la base para el que la primera haya de dictar en el ámbito de sus competencias, desde que se realiza el requerimiento hasta que se atienda o, en su caso, se resuelva el recurso interpuesto ante la jurisdicción contencioso-administrativa (deberá ser comunicado a los interesados tanto la realización del requerimiento, como su cumplimiento o, en su caso, la resolución del correspondiente recurso contencioso-administrativo); b) cuando el órgano competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria de las previstas en el artículo 87 de la Ley 39/2015, desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo motivado del inicio de las actuaciones hasta que se produzca su terminación; y c) cuando los interesados promuevan la recusación en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, desde que esta se plantee hasta que sea resuelta por el superior jerárquico del recusado.

Finalmente, la comprensión del legislador para con el grado de complejidad que entraña la tramitación de algunos procedimientos no termina ahí, llegando a contemplar una última posibilidad de aumentar los plazos. El artículo 21.5 de la Ley 39/2015 prevé que cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudiera suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver (o su superior jerárquico) a propuesta razonada del órgano instructor, podrá habilitar los medios personales y materiales necesarios para cumplir con el despacho adecuado y en plazo. No obstante, al tratarse de una potestad de la Administración pública y no de un mandato vinculante por parte del legislador, carece de virtualidad práctica; máxime cuando el artículo 23 de la Ley 39/2015 establece la posibilidad excepcional (aunque *de facto* quede más próxima a la habitualidad que a la excepcionalidad) de que el órgano competente para resolver (o su superior jerárquico, al igual que antes, ambos a propuesta del órgano instructor) acuerde de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser este superior al establecido para la tramitación del procedimiento. Llama la atención, sin embargo, que el acuerdo que resuelva sobre el aumento de los plazos sea irrecurrible, pues se trata de un acto cuya motivación guarda especial relevancia, y el artículo 107 de la LPC de 1992 (art. 112 LPC de 2015) prevé

la posibilidad de recurrir los actos de trámite cuando, entre otros, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, situación que resulta probable en aquellos supuestos en los que el incumplimiento del plazo máximo inicial haga inútil la pretensión del ciudadano.

## 2.2. UNA APROXIMACIÓN A LAS DIFERENTES CLASES DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Los principios de eficacia y de control probablemente configuren la piedra angular de la concepción constitucional de Administración pública. No obstante, en cuanto a los mecanismos que el legislador ofrece para materializar tales principios, sorprende que este haya volcado su esfuerzo en el control de la actividad administrativa, olvidando casi por completo la lucha contra la inactividad. Es por ello que, a continuación, se tratarán con brevedad (pues el tema es inabarcable) los aspectos esenciales de los distintos tipos de inactividad administrativa.

### 2.2.1. Inactividad reglamentaria

La inactividad reglamentaria se produce cuando es legal o constitucionalmente obligado el dictado de una disposición de carácter general por parte de la Administración pública y, sin embargo, esta no lo hace. Lo que no incluye este tipo de inactividad es todo lo relativo a la iniciativa legislativa, pues ello constituye, sin duda, una facultad discrecional del Gobierno.

El problema radica en la necesidad de concretar el contenido y alcance del deber normativo que vincule de forma positiva la competencia normativa de la Administración de que se trate, tarea que exigirá con frecuencia de un notable esfuerzo interpretativo.

La atribución de poderes normativos a la Administración pública se debe, principalmente, a que el legislador habitualmente dicta normas que, *per se*, no resultan operativas. Es por ello que, al recoger únicamente directrices y principios generales, la Administración competente ha de encargarse de regular de manera complementaria y minuciosa, a fin de que puedan ser satisfechos los objetivos legales.

Por tanto, la remisión normativa se produce cuando la ley reenvía a una norma ulterior la regulación de determinados aspectos, ya sean formales o sustantivos, que la complementen. Y, para ello, tanto la elaboración como la aprobación de la norma se encomiendan a la Administración pública.

Una de las formas de remisión normativa más frecuente consiste en que la ley haga referencia expresa a la regulación reglamentaria, señalando plazo para que esta se dicte<sup>14</sup>. Aunque, a

---

<sup>14</sup> Así ocurre, por ejemplo, en la disposición final 3.ª de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria: «Se autoriza al Gobierno para dictar, en el plazo de seis meses, cuantas disposiciones de carácter reglamentario exija el desarrollo de la presente Ley».

pesar del sometimiento a plazo, no es extraño el incumplimiento por parte de la Administración competente del término fijado<sup>15</sup>.

En ese sentido, parece evidente la naturaleza administrativa, no política, de dictar reglamentos cuando la ley así lo exija para su correcto desarrollo, ya que la Administración queda sometida en su potestad reglamentaria, pese a guardar cierto grado de discrecionalidad, al principio de legalidad<sup>16</sup> y al control de los tribunales<sup>17</sup>. Lo que no resulta tan claro es el carácter imperativo o indicativo del plazo legal, ni por ende las consecuencias de su incumplimiento, cuestiones ya tratadas por la doctrina<sup>18</sup> y jurisprudencia<sup>19</sup> francesa.

Haciendo una interpretación sistemática parece evidente que la naturaleza del plazo es imperativa, no dispositiva; sin embargo, la duda reside en determinar si ha de considerarse esencial o no. La trascendencia de tal disquisición se asienta en el vicio de forma, regulado en el artículo 48 de la Ley 39/2015, con la siguiente redacción en ambos: «2. No obstante, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo». Por lo tanto, en buena lógica jurídica cabría decir que el plazo legalmente establecido para que la Administración competente dicte un reglamento es preceptivo, pero no esencial. El fin perseguido por el legislador se entiende que es el de impulsar el desarrollo reglamentario de una ley con base en los principios administrativos de economía procesal, celeridad y eficacia. De modo que, salvo consecuencias sustantivas sobre el contenido del reglamento, su extemporaneidad no debería implicar la preclusión de la potestad reglamentaria<sup>20</sup>. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que la demora mencionada acarree responsabilidad patrimonial por parte de la Administración incumplidora.

<sup>15</sup> Prueba de ello es el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, pues siendo de seis meses el plazo concedido (disp.final 2.ª de la Ley de Expropiación Forzosa), tardó cerca de 3 años en dictarse.

<sup>16</sup> Según el artículo 103.1 de la CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

<sup>17</sup> Según el artículo 106.1 de la CE: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican».

<sup>18</sup> Según Robert HANICOTTE, el control jurisdiccional de la inactividad reglamentaria en ejecución de las leyes en Francia es posible mediante el recurso por exceso de poder y la reclamación administrativa por daños.

<sup>19</sup> El Conseil d'État declaró la existencia de la obligación de dictar un reglamento general y el derecho subjetivo público de los ciudadanos a exigir su cumplimiento. A ese respecto, el Arrêt CdÉ «Union des anciens militaires titulaires d'emploi réservés à la SNCF», de 13 de julio de 1951, establece que la negativa ministerial a dictar un reglamento previsto en un decreto es legal siempre que dicho reglamento no resulte imprescindible para la aplicación del decreto; de lo contrario, la decisión ministerial habría sido anulada.

<sup>20</sup> GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, 2011, pág. 394.

Más problemática resulta la remisión expresa de la ley a la regulación reglamentaria cuando no se determina plazo para dictar reglamento. Ante este tipo de inactividad reglamentaria, es de entender que la ausencia de plazo responde a cierto grado de discrecionalidad que el legislador reconoce a la Administración competente, lo que no implica que esta quede legitimada para retrasar *sine die* el cumplimiento de su deber normativo. La solución en nuestro ordenamiento jurídico se plantea a través de dos criterios: el test de racionalidad<sup>21</sup> y el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)<sup>22</sup>.

Finalmente, cuando falte una remisión expresa de la ley al reglamento, es lógico concluir que la potestad reglamentaria no se presenta necesaria en el proceso de ejecución legislativa. Por tanto, a falta de una cláusula legal de remisión en el sentido indicado, la materia objeto de regulación legal quedaría sujeta al principio de reserva de ley en su proyección formal<sup>23</sup>, descartando que la Administración pública pudiera incurrir en inactividad<sup>24</sup>.

### 2.2.2. Inactividad formal singular

La actividad administrativa ha de ser necesariamente formal, al contrario de lo que sucede con la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>25</sup>, pues así lo exige el artículo 105 c) de la CE al

<sup>21</sup> Se trata de una técnica empleada con frecuencia para controlar la discrecionalidad administrativa. Cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 20 de noviembre de 2013 (NCJ058174), en la que se admite lo siguiente en referencia al juicio sobre la interdicción de la arbitrariedad en la concesión de un indulto parcial por el Consejo de Ministros: «Incluso el propio recurrente en su demanda, cuando habla del control de la actuación de los poderes públicos desde el principio de interdicción de la arbitrariedad, exige que se efectúe un test de racionalidad que debe dar lugar, entre otras cosas, a tomar en consideración todos los factores jurídicamente relevantes, y aquí, como acabamos de ver, hay determinados factores jurídicamente relevantes que no han sido tenidos en cuenta».

<sup>22</sup> El principio de igualdad ante la ley es interpretado por el Tribunal Constitucional como la prohibición de toda discriminación arbitraria o sin fundamentación objetiva. Resulta ilustrativa la Sentencia 34/1981 del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre, en la que establece lo siguiente: «La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria».

<sup>23</sup> DE AHUMADA RAMOS, F. J.: *Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico*, Dykinson, 2001, pág. 62.

<sup>24</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 6 de octubre de 1986, en la que se observa cómo, en virtud de la reserva formal de ley, el Gobierno no puede constituir una corporación de Derecho Público, no por la naturaleza discrecional de la decisión, sino por carecer de habilitación legal para ejercitar la potestad reglamentaria. Es por ello que el Tribunal Supremo descartó la existencia de inactividad reglamentaria ante la negativa del Gobierno a dictar un decreto con dicho fin.

<sup>25</sup> El carácter poco formalista de dicha jurisdicción queda patente en la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al poner de manifiesto lo siguiente: «Y dio luz (la Ley

establecer que «la ley regulará [...] el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos».

Es por ello que la inactividad formal singular podría definirse como aquella infracción del ordenamiento jurídico consistente en la omisión de una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo, según la clásica proposición de Guido ZANOBINI, en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria<sup>26</sup>.

Dada la infinidad de supuestos que pueden llegar a presentarse sobre inactividad formal singular en nuestro ordenamiento jurídico, seguidamente se expondrán dos escogidos a voluntad; por su vínculo con la obligación legal de resolver en el primer caso, y por su trascendencia social en el segundo.

*a) Falta de resolución: la perención administrativa en los procedimientos iniciados de oficio*

La perención podría definirse como aquella forma de terminación anticipada del procedimiento administrativo por motivo de su paralización, pudiendo ser esta imputable tanto a la Administración competente como a los interesados.

Cabe señalar que, tradicionalmente, dicha modalidad de terminación había sido calificada como caducidad del procedimiento; sin embargo, la mala costumbre fue corregida hace tiempo por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO<sup>27</sup>, convicción que defendió, incluso, como ponente de sentencias dictadas en el Tribunal Supremo<sup>28</sup>.

Es por ello importante no confundir la perención con otras instituciones jurídicas con características comunes como son la prescripción extintiva de derechos y la caducidad de los mismos. Mientras la primera conlleva la constitución *ex lege* de una situación jurídica a partir de una

---

de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956) a un procedimiento simple y en teoría ágil, coherente con su propósito de lograr una justicia eficaz y ajena a interpretaciones y prácticas formalistas que pudieran enervar su buen fin».

<sup>26</sup> GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, 2011, pág. 512.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid: Civitas, 2012, pág. 1.570.

<sup>28</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 22 de noviembre de 1988, mediante la cual sentó la siguiente doctrina: «Para que se produzca la perención del procedimiento por acto de la Administración es necesario que se produzca un acto expreso de requerimiento dirigido en tal sentido a la Administración, no pudiéndose admitir, porque ello rompería la coherencia del sistema jurídico administrativo, que la perención opere de manera automática. Mientras que la prescripción de la infracción y la caducidad del derecho de acción se producen automáticamente, la perención o caducidad del procedimiento, además del transcurso de un plazo de seis meses a contar de la notificación de cada uno de los actos definidores del procedimiento sancionador, exige un requerimiento –a modo de denuncia de mora– y el transcurso de un nuevo plazo –que, por coherencia en el artículo 99 de la Ley de 1958, tendrá que ser de tres meses– sin que la Administración impulse el trámite siguiente; siendo así como debe ser interpretado el Decreto 2.530/76, de 8 de noviembre».

situación fáctica prorrogada, la segunda resulta inherente a derechos de carácter temporal, los cuales se encuentran sujetos a un término extintivo ya sea por disposición legal o por voluntad de las partes. No obstante, la perención opera únicamente en un plano procedimental, sin desplegar efectos sobre la situación jurídica subyacente, ergo nada obstaría el ejercicio de los derechos existentes en un nuevo procedimiento.

La paralización del expediente administrativo puede obedecer, tanto a una actitud obstructiva de los interesados, como a la inactividad de la Administración competente. Y, su fundamento jurídico, radica en el principio de seguridad jurídica, pues la prolongación del procedimiento *sine die* provocaría una indeseable situación de incertidumbre<sup>29</sup>.

En cuanto a su regulación, ha de señalarse que los artículos 85 y 95 de la Ley 39/2015 se ocupan de la perención particular<sup>30</sup>, mientras que, en el artículo 25 de la misma ley, es donde se recogen las disposiciones relativas a la perención originada por la inactividad administrativa.

El legislador, al regular las consecuencias jurídicas de la perención, exige que se cumplan tres condiciones: a) que el procedimiento haya sido iniciado de oficio; b) que la Administración competente ejercite potestades de intervención generadoras de efectos desfavorables para los interesados; c) que la falta de resolución no sea imputable al interesado.

Por tanto, cabe destacar que el gravamen ha de residir en la naturaleza del procedimiento, pese a una eventual resolución favorable al interesado. Así, por ejemplo, tendrían carácter desfavorable los procedimientos administrativos de gestión tributaria, aunque terminaran con devolución.

#### b) *Inactividad procesal de la Administración pública en el ámbito local*

Existen instituciones con potestad para controlar, no sin dificultad, la inactividad procesal de la Administración, como son el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Pese a ello, en al-

<sup>29</sup> En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 2 de octubre de 1981, reconoce que, frente a la fundamentación subjetiva de la caducidad, la perención se asienta en una fundamentación objetiva: «Que la llamada caducidad de la instancia, a diferencia de otros modos de terminación anormal del proceso, no es más que un hecho de índole jurídico procesal, en cuanto despliega su eficacia jurídica dentro del propio proceso que tiene una fundamentación subjetiva, basada en la presunción de las partes de abandonar el proceso y en tal sentido ha sido recogida por la doctrina y hasta por la propia Jurisprudencia, y en tal sentido era recogida por el artículo 103 del Texto Refundido del año 1952 (RCL 1952/407 y 668), más el artículo 91 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1956/1890 y N. Dicc. 18435), apartándose de tal fundamento, la funda en una base objetiva, cual es la de evitar la duración excesiva de los procesos con la consiguiente merma que para la seguridad jurídica encierra, con una pendencia indefinida y perjudicial para los litigantes en particular».

<sup>30</sup> Mientras que la redacción del artículo 85 de la Ley 39/2015 es idéntica a la ofrecida por el artículo 87 de la Ley 30/1992, el artículo 95 de la Ley 39/2015 introduce una novedad respecto del 92 de la Ley 30/1992, añadiendo en su apartado tercero la siguiente observación: «En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado».

gunos supuestos (medio ambiente, urbanismo, patrimonio histórico) la propia legislación sectorial contempla, por razón de interés público, la acción popular a fin de instar con carácter previo actuaciones administrativas legalmente debidas.

A ese respecto, merece especial mención la legislación de régimen local, dado que simboliza con cierto aire de romanticismo la última esencia de la Administración pública; autoriza a los vecinos para sustituir a la Administración local en el ejercicio de sus acciones en la defensa de los bienes y derechos locales, ante la pasividad de esta.

En concreto, el artículo 68 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) establece lo siguiente:

«1. Las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles.

3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local.

4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido».

La controversia que puede llegar a plantear la facultad de sustitución vecinal expuesta reside en el ejercicio de la misma cuando la entidad sí llega a un acuerdo en relación con las acciones solicitadas pero no lo ejecuta.

En ese caso, lo conveniente sería realizar una interpretación finalista de la norma para, de ese modo, proceder al ejercicio de la sustitución; sin embargo, sigue sin estar claro el momento procesal oportuno.

### 2.2.3. Inactividad material

La admisión de un recurso contencioso-administrativo dirigido de modo directo contra la inactividad material de la Administración competente fue, sin duda, una de las novedades más gratas que trajo la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJ de 1998). Hasta que la nueva norma entró en vigor, la única vía para combatir tal patología era convertir la inactividad material en formal mediante la técnica del si-

lencio administrativo. Situación que resultaba especialmente grave en un escenario de Administración prestacional, puesto que, como ya advirtió de forma temprana Alejandro NIETO GARCÍA, se trataba de uno de los ámbitos más desprotegidos de la justicia administrativa<sup>31</sup>. El modelo alemán fue, en este punto, de capital importancia<sup>32</sup>.

La inactividad material, siendo la variedad más profusa, consiste en la infracción por omisión de un deber legal de obrar, de carácter material o técnico, cuyo contenido no resulte imposible.

Como señalara Léon DUGUIT, la actividad material de la Administración pública integra el conjunto innumerable de operaciones administrativas que realizan los agentes públicos con la finalidad de garantizar la gestión del servicio público en sentido amplio. Por tanto, son operaciones sin carácter jurídico, dado que no crean *per se* situaciones de derecho, pero sí quedan bajo la acción del Derecho<sup>33</sup>.

#### a) Inactividad prestacional

En primer lugar, es relevante aclarar que la inactividad material hace referencia a un comportamiento subjetivo de la Administración competente en relación con terceros, excluyendo así todo tipo de inactividad interna u organizativa.

En cuanto a la actividad prestacional, cabe destacar su vital importancia en el Estado social en contraposición al *laissez faire*<sup>34</sup> propio del Estado liberal clásico, pues consiste en la intervención positiva de los poderes públicos a través de la prestación de servicios materiales de naturaleza social.

Pese a ello, resulta complejo en multitud de ocasiones determinar la exigibilidad de la prestación, dado que las previsiones legislativas no siempre son lo suficientemente claras como para que de las mismas pueda desprenderse una obligación jurídica en sentido subjetivo, requisito procesal inexcusable establecido por el artículo 29.1 de la LJ de 1998<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid: Civitas, 2013, pág. 654.

<sup>32</sup> *Verpflichtungsklage*, caracterizada inicialmente por Otto BACHOF.

<sup>33</sup> DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho: Público y Privado*, Buenos Aires: Heliasta, 1975, pág. 102.

<sup>34</sup> «*Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*» («Dejen hacer, dejen pasar, el mundo va solo») es una expresión francesa que reivindica una completa libertad en la economía, usada por primera vez por Vincent DE GOURNAY, fisiócrata del siglo XVIII, en contra del intervencionismo económico.

<sup>35</sup> Según se desprende de lo dispuesto por el artículo 29.1 de la LJ de 1998, «cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llega-

Es por ello que la LJ de 1998 ha manifestado de forma expresa que la prestación ha de ser *concreta*; sin perjuicio de que, al igual que en el resto de ámbitos, conserve sus notas características de licitud y posibilidad<sup>36</sup>.

La concreción es una nota esencial en el ámbito del Derecho Administrativo: tanto en el apartado teórico, para explicar la noción de acto administrativo, como en la legislación procesal, a fin de acotar el perímetro de la inactividad perseguible judicialmente<sup>37</sup>. Es más, según dispone el artículo 32.1 de la LJ de 1998, cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, esta únicamente podrá ser condenada al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas; por tanto, lo concreto no se predica de la prestación, sino de los términos en los que se establezca. En todo caso, lo razonable es interpretar *lato sensu* el concepto de prestación concreta<sup>38</sup>.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que, en aras de determinar la exigibilidad de la prestación, será piedra angular del proceso el *mínimo de concreción*<sup>39</sup>, que marcará el límite por

---

do a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración».

<sup>36</sup> Como es bien sabido, las notas de licitud, posibilidad y determinación quedan recogidas en los artículos 1.271, 1.272 y 1.273 del Código Civil (en adelante CC), respectivamente.

<sup>37</sup> En este último sentido, despierta verdadero interés el comentario introducido por el legislador en la exposición de motivos de la LJ de 1998: «Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el *quando* de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquella. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan solo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad».

<sup>38</sup> Es la tesis que defiende, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede Burgos), Sección 1.ª, de 1 de febrero de 2008 (rec. núm. 101/2007): «En cualquier caso parece obvio que dados los amplios términos en los que se expresa el artículo 25.2, la "prestación" a la que se alude en el artículo 29 ha de ser interpretada en términos amplios, en relación con el Código Civil que define la prestación en su artículo 1.088 como obligación de dar o de hacer, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva».

<sup>39</sup> Se trata de la denominación que, con acierto, empleó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Málaga), Sección 1.ª, en Sentencia de 26 de enero de 2007 (rec. núm. 664/2002): «Ahora bien, siempre que dicha prestación tenga un mínimo de concreción (mínimo al que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley al señalar que "este remedio no permite a los órganos judiciales... traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o de realización de actividades..."), podrá ser exigible, de tal

debajo del cual no se podrá entender que exista inactividad en sentido estricto. De modo que, interpretado *a contrario sensu*, toda aquella prestación que supere el mínimo podrá ser exigida en un proceso judicial.

En síntesis, la Administración competente estará obligada a ejecutar, en beneficio del interés general y de los interesados, una concreta prestación, siempre que esta se encuentre suficientemente determinada; pues incluso la obligación genérica resulta exigible. Esta última afirmación se debe a que la concreción no se identifica exclusivamente con una situación jurídica definitiva; también lo hará, siempre que se cumpla el mínimo, con la mera potencialidad prevista en la norma.

Reflexión respaldada por la doctrina más autorizada; pues, en opinión de Santiago MUÑOZ MACHADO<sup>40</sup>, las potestades administrativas, las discrecionales y las limitativas de derechos inclusive no pueden ser indeterminadas. Las leyes deben contener densidad normativa suficiente que permita su aplicación por parte de la Administración competente. La concreción será mayor en la regulación de derechos y libertades, y menor cuando la potestad guarde discreción; pero nunca debe faltar una programación parcial de la prestación que posibilite su predicción y control judicial.

#### b) *Inactividad ejecutiva*

La otra situación de inactividad material administrativa<sup>41</sup> responde a un orden distinto del prestacional: se trata de la ejecución material de actos administrativos.

Es indubitado que la Administración competente, en virtud del principio de legalidad, debe garantizar la ejecución de sus propios actos, con independencia de que el destinatario del acto sea un particular o la propia Administración. Por tanto, son dos las posibles situaciones que generen inactividad ejecutiva; una, el incumplimiento por parte de la propia Administración cuando es ella la destinataria del acto y, otra, cuando la Administración no hace uso de los medios de

---

manera que la mayor o menor determinación –concreción– de la prestación debida por la Administración tendrá relevancia en cuanto a la condena, como señala el artículo 32.1 al establecer que "Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas"».

<sup>40</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Madrid: Iustel, 2011, pág. 850.

<sup>41</sup> Nótese que, en multitud de ocasiones, la naturaleza jurídica de la inejecución de un acto administrativa puede ser heterogénea. Ello se debe a que, en última instancia, la ejecución pretende una actividad material que adapte el estado actual de las cosas a la voluntad jurídica contenida en el acto administrativo. Sucede, sin embargo, que para lograr forzosamente la realización de esa actividad material, la Administración puede verse en la necesidad de dictar determinados actos administrativos previos, incurriendo en inactividad formal si no procediera de este modo. Así, por ejemplo, la Administración debe incoar un procedimiento de apremio antes de trabar embargo contra los bienes del embargado (art. 101 de la Ley 39/2015).

ejecución forzosa de los que dispone cuando otro sujeto no cumple de forma voluntaria con el contenido de un acto administrativo.

Llama la atención que, ni antes la Ley 30/1992, ni ahora su sucesora, la Ley 39/2015, dediquen un solo precepto a tratar el cumplimiento de los actos administrativos cuando es la propia Administración quien resulta destinataria de los mismos. No obstante, parece evidente que, con base en la ejecutividad de los actos administrativos, la presunción legal de su validez y su eficacia jurídica, todo ello en relación con el artículo 9.1 de la CE, la Administración queda sujeta a sus propios actos<sup>42</sup>.

En cuanto al deber de ejecutar forzosamente los actos administrativos, debe indicarse que, por lo general, el grado de discrecionalidad es reducido. Así se pronunció el Tribunal Supremo, cuando su Sala 3.ª, a 26 de octubre de 1988 (recurso número 504/84), afirmó lo siguiente: «[...] la expresión "podrá proceder" –pues esta frase manifiesta la habilitación de la potestad de ejecución y no el carácter discrecional del ejercicio de esta potestad–». Pese a ello, la misma sentencia del Tribunal Supremo que acaba de citarse reconoce el interés público como elemento limitativo de la ejecutividad de los actos administrativos, expresando dicho razonamiento en los siguientes términos: «Que corresponde a la Administración valorar si el interés público exige ejecutar un acto administrativo por ella dictado. Y aquí no se ha razonado que la mejor defensa de ese interés impusiera la ejecución forzosa, ni menos aún por la vía de ejecución subsidiaria».

En relación con la suspensión o aplazamiento de la eficacia del acto administrativo, debe interpretarse que su naturaleza es extraordinaria: en el artículo 117 de la Ley 39/2015, se establece que la interposición de recurso en vía administrativa no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo que, con carácter excepcional, concurra algún vicio de nulidad o riesgo de producirse perjuicios de imposible o difícil reparación. Eso sí, en buena lógica jurídica siempre se deberá ejecutar el acto administrativo cuando este ya hubiera adquirido firmeza<sup>43</sup>. Incluso cuando se esté

<sup>42</sup> Pese a estar sujeta la Administración a sus propios actos por los motivos expuestos, ha de quedar claro que dicha sujeción no guarda relación alguna con la *doctrina de los actos propios*. Esta observación ya fue realizada antaño por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, explicando magistralmente su razón de ser en un artículo doctrinal.

Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad», *Revista de Administración Pública*, núm. 20, 1956, pág. 72: «Por de pronto, la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de la voluntad. Es claro, sin embargo, que es esta última doctrina, y no la primera, la que explica la vinculación de un sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino, obviamente, una consecuencia (la primera, art. 1.091 CC) del contrato. La doctrina de los actos propios no alude a estos problemas de la voluntad negocial, y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado consentimiento negocial. Es, concretamente, una aplicación de la doctrina de la buena fe, y se predica característicamente más bien de conductas que de actos jurídicos, y de actos jurídicos solo cuando no hacen relación inmediata a la situación contemplada en su declaración, quiere decirse, en cuanto son ellos mismos expresión de una conducta, pero sin intentar nunca subrogar la explicación de sus efectos vinculantes directos».

<sup>43</sup> Salvo en los casos en que concurra de forma sobrevenida alguna circunstancia que imposibilite su cumplimiento, o se ejerzan, a su vez, potestades administrativas que alteren o extingan su contenido.

ante actos presuntos de contenido positivo, aunque la inseguridad jurídica resulte en este punto tan indeseable como inevitable<sup>44</sup>.

La conclusión a la que llega la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de noviembre de 1990 (rec. núm. 206/1987), en línea de lo ya expuesto, se ubica en el siguiente fundamento:

«Ya se ha dicho que con carácter general el principio de eficacia de la actuación administrativa justifica la ejecutividad de los actos de la Administración. Pero esta afirmación general no impide que ya en cada caso concreto la Administración pueda examinar en qué medida es necesaria una inmediata ejecución: en realidad la no ejecución equivale a un acuerdo implícito de suspensión de la ejecución perfectamente lícito –art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo–. De no admitirse así, la Administración se vería obligada siempre a ejecutar –salvo acuerdo expreso de suspensión–, sin tener en cuenta las graves consecuencias de una posible estimación del recurso».

Finalmente, conviene apuntar la importancia de no confundir la ejecución forzosa administrativa del acto, a la que se refiere el artículo 29.2 de la LJ de 1998<sup>45</sup>, con la ejecución judicial del acto objeto de incumplimiento por inactividad, siendo el incidente de ejecución<sup>46</sup> el cauce procesal oportuno<sup>47</sup>. Dicha problemática queda correctamente resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, en Sentencia de 12 de noviembre de 2010 (rec. núm. 292/2010).

<sup>44</sup> Conviene destacar, en relación con el objeto del presente escrito, que en determinados supuestos el origen del silencio positivo depende, precisamente, de que el acto administrativo sea conforme a Derecho. Así sucede con algunos tipos de licencias urbanísticas, puesto que, si la Administración niega reconocer la existencia del acto por entender que es contrario a la ordenación urbanística, habrá de iniciarse un proceso declarativo a fin de resolver si realmente existe un acto firme producido por silencio positivo.

A colación de lo comentado, el artículo 11.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone que «todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Es decir, lo más frecuente será que la situación exija un examen del fondo.

<sup>45</sup> Artículo 29.2 de la LJ de 1998: «Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78».

<sup>46</sup> Acerca del incidente de ejecución, el artículo 109.1 de la LJ de 1998 establece que «la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes: a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones; b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran; c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir».

<sup>47</sup> DE VICENTE DOMINGO, R.: *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes*, Pamplona: Civitas, 2015, pág. 168.

## 2.3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Hay situaciones en las que, en ausencia de voluntad administrativa expresa, el ordenamiento jurídico se encarga de otorgar ciertos efectos jurídicos a esa inexistencia de voluntad. El resultado puede ser, bien la presunción legal de un acto administrativo estimatorio, bien la ficción legal de una desestimación.

Pese a todo, debe insistirse en que la técnica del silencio administrativo entraña cierto riesgo; lo que podría aceptarse como una garantía subsidiaria, operante en situaciones anómalas de incumplimiento de la obligación legal de resolver, se ha terminado asumiendo como una fórmula ordinaria de resolución de asuntos instados por los particulares<sup>48</sup>.

### 2.3.1. Reseña histórica

Siguiendo a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, la atribución de un valor desestimatorio a la inactividad formal de la Administración tiene un origen muy preciso, pues se encuentra estrechamente vinculado a la configuración técnica del recurso contencioso-administrativo como un proceso de actos previos, donde se examina la legalidad objetiva *ex post*. Por tanto, el silencio negativo es consecuencia lógica de la dinámica regidora de la jurisdicción contencioso-administrativa: se trataba de un escenario de total desamparo hacia el administrado, pues de no interesarle a la Administración lo que este solicitaba, aunque estuviera en su total derecho, bastaba simplemente con la mera inactividad para privarle de cualquier garantía judicial<sup>49</sup>.

Es en Francia donde se instaura, por una Ley de 17 de junio de 1900, la técnica del silencio administrativo. En España, la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, de 19 de octubre de 1889, no establecía efecto jurídico alguno ante la inactividad administrativa en el momento de resolver un procedimiento. Por su parte, la denominada Ley de Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888, cuando regulaba el ámbito objetivo del recurso contencioso-administrativo, a partir de su artículo 2, tampoco mencionaba ningún tipo de inactividad. Fueron los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley municipal republicana de 1935 y, posteriormente, por la Ley de 18 de marzo de 1944, los instrumentos normativos que, con base en el modelo francés, realmente introdujeron la figura del silencio negativo en el Derecho español.

El paliativo, que no remedio, llegaría con la LJ de 1956, que implantó a través de su artículo 38 la figura del silencio negativo como mecanismo que permitiera al particular acudir a los tribunales cuando no hubiere sido resuelta su solicitud. La regulación se completaba con los artículos

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: «Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 127, 1992, pág. 127

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid: Civitas, 2013, pág. 642.

94 y 95 Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, estableciendo el siguiente régimen: una vez formulada solicitud ante la Administración, si esta no notificaba su resolución al interesado en el plazo de tres meses, podía denunciar la mora y, transcurridos otros tres meses desde la denuncia sin recibir respuesta, entender desestimada la petición a fin de interponer, frente a la denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o contencioso.

Asimismo, se dispuso el silencio negativo como la regla general y, solo en casos tasados<sup>50</sup> o en virtud de disposición legal, se entendería que el sentido del silencio es estimatorio.

Nótese, por cierto, que el silencio administrativo operaba únicamente en los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte, y que el artículo 58.4 de la LJ de 1956 establecía el plazo de preclusión de un año para recurrir en caso de silencio negativo<sup>51</sup>.

La regulación descrita se mantendría hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1992, momento a partir del cual el régimen jurídico del silencio administrativo sufrió profundas modificaciones. En primer lugar, varió el modo de producción del silencio, dado que, con independencia de su signo, se comenzó a exigir para su reconocimiento la solicitud de la denominada *certificación de acto presunto*<sup>52</sup>. Además, se modificó la naturaleza del silencio negativo, pues una vez expedida la certificación o pasados 20 días desde su solicitud<sup>53</sup>, tendría valor de verdadero acto presunto y no de mera ficción legal<sup>54</sup>. En consecuencia, fuera el silencio positivo o negativo, al tratarse de un acto presunto, siempre habría plazo de preclusión para presentar recurso contencioso-administrativo.

<sup>50</sup> El artículo 95 Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 concretó los supuestos de silencio positivo en autorizaciones y aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, es decir, a casos de control *ex post*.

<sup>51</sup> Sin perjuicio de poder recurrir, fuera de plazo, la resolución expresa extemporánea.

<sup>52</sup> El Tribunal Constitucional entendió que la omisión del requisito señalado era subsanable, razonando su posición con claridad y contundencia en la Sentencia 3/2001, de 15 de enero (NCJ051745): «En efecto, si –como la propia Sala reconoce– la finalidad esencial de la solicitud de actos presuntos anteriormente contemplada en el artículo 44 de la LPC no era otra que denunciar la mora de la Administración a fin de propiciar una respuesta expresa de la misma, la consecuencia que debió llevar aparejada este entendimiento del precepto, de acuerdo con las exigencias derivadas del derecho de acceso a la jurisdicción que garantiza el artículo 24.1 de la CE, no podía ser la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, sino la concesión a los recurrentes de un trámite para subsanar la referida omisión, conforme al artículo 129.2 de la LJCA, dando una nueva oportunidad a la Administración demandada para dictar resolución expresa. Por tal motivo, la decisión del órgano judicial de inadmitir el recurso contencioso-administrativo, equiparando la falta de dicha solicitud a la inexistencia de acto que recurrir, ha de ser considerada excesivamente formalista y claramente desproporcionada, pues, como hemos afirmado ya en diversas ocasiones, y resulta igualmente de aplicación ahora, "el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración", de manera que en estos casos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales "que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver"».

<sup>53</sup> Plazo durante el cual la Administración aún podía dictar resolución expresa.

<sup>54</sup> NARBÓN LAÍNEZ, E. J. y ALONSO MAS, M. J.: *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pág. 17.

Finalmente, las modificaciones de 1992, fruto de su inconsistencia técnica, provocaron la crítica unánime de la doctrina y motivaron su rectificación por medio de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Ello supuso, con acierto, el regreso a la concepción tradicional<sup>55</sup>, es decir, se volvió a distinguir entre silencio negativo como simple *factio iuris* de efectos exclusivamente procesales y, por su parte, el silencio positivo como un verdadero acto administrativo presunto equivalente, en cuanto a los efectos, a una resolución expresa.

### 2.3.2. Regulación vigente

El régimen jurídico vigente del silencio administrativo se articula mediante la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPC de 2015) que, dentro del título II sobre la actividad de las Administraciones públicas, recoge la obligación legal de resolver en el artículo 21 y la regulación del silencio administrativo en el artículo 24.

En relación con los procedimientos iniciados de oficio, el artículo 25.1 a) de la Ley 39/2015 determina que, cuando pudiera derivarse el reconocimiento de derechos o la constitución de situaciones jurídicas favorables, los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

En consideración a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el artículo 24.1 de la Ley 39/2015 ofrece por defecto la producción del silencio estimatorio una vez vencido el plazo máximo sin haberse notificado resolución. Sin embargo, la regla general del silencio positivo es solo formal, puesto que la proliferación de salvedades ha hecho de la excepción la regla, desnaturalizando así la institución.

En este punto, el artículo 24 de la Ley 39/2015 deja expresamente a salvo los siguientes supuestos: cuando una norma con rango de ley<sup>56</sup> o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario; los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición recogido por el artículo 29 de la CE; aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Téngase presente que la producción del silencio administrativo es ahora automática, sin necesidad de denunciar previamente la mora, como sí se exigía en la redacción original de la Ley 30/1992.

<sup>56</sup> Sirva de ejemplo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de diciembre de 2011 (rec. núm. 224/2010), en la que se resuelve en unidad de doctrina que «en el procedimiento de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios no rige el silencio positivo, siendo una de las excepciones previstas en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al estar encuadrado en la disposición adicional 29.2 Anexo 2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ya que se está en presencia de una acreditación académica».

<sup>57</sup> Con la excepción en este último supuesto de los recursos de alzada interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud, los cuales se entenderán estimados si no se resuelven en el plazo establecido.

A todo ello hay que añadir las excepciones al silencio positivo que, además, incorpora el propio artículo 24 de la Ley 39/2015, respecto de lo recogido anteriormente por el artículo 43 de la Ley 30/1992: los supuestos en que una norma de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario; cuando la solicitud implique el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente; en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; y en los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud del interesado.

Igualmente, el artículo 24 de la Ley 39/2015 menciona que, cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

El precepto citado garantiza, además, que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer ante la Administración y ante cualquier persona; física o jurídica, pública o privada.

### 2.3.3. Plazo para recurrir

La LJ de 1998 establece por medio de su artículo 46.1 que, si el acto administrativo no fuera expreso, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de seis meses a partir del día siguiente en que se produzca el acto presunto desestimatorio.

Empero, se trata de una regulación sin razón de ser en el contexto actual ya que, debido a la reforma operada por la Ley 4/1999, el silencio negativo volvió a ser una ficción legal de efectos exclusivamente procesales, no un acto administrativo presunto. Y, para mayor escarnio, reduce a la mitad el plazo de un año que establecía el artículo 58.4 de la LJ de 1956.

La jurisprudencia, no obstante, ha corregido este error. Primero se pronunció la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que, en Sentencia de 23 de enero de 2004 (NFJ016334), dictada en recurso de casación en interés de ley, manifestó lo siguiente:

«Mas tratándose de silencio negativo, desde la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino solo –nuevamente– de ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado. [...] Por ello, el supuesto de desestimaciones por silencio negativo ya no puede entenderse comprendido en la previsión del art. 46.1 LJCA, promulgada en momento en que la Ley 30/1992 sí parecía considerar tales desestimaciones como verdaderos actos y no simplemente como una ficción legal».

Asimismo, existe doctrina constitucional que confirma la tesis expuesta desde la Sentencia 14/2006 que, a 16 de enero, dictó el Tribunal Constitucional (NCJ041126).

Cabe señalar, por último, que la doctrina jurisprudencial citada ha obtenido respuesta por parte del legislador, dado que los artículos 122.1 y 124.1 de la Ley 39/2015 recogen, en relación

con el recurso de alzada y el recurso potestativo de reposición respectivamente, que «si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

### 3. CONTENIDO Y ALCANCE DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

#### 3.1. LICENCIAS URBANÍSTICAS

A continuación se comentará el alcance del silencio administrativo en un ámbito, el urbanístico, en el cual ha guardado notable trascendencia.

Primero se expondrá cuáles han de ser las condiciones para que sea posible su adquisición en virtud de silencio estimatorio y, una vez sentado lo anterior, se repasará la posición de la jurisprudencia respecto de la temática objeto de estudio; prestando especial atención a la Sentencia dictada por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, en virtud de un recurso de casación en interés de ley.

##### 3.1.1. Tradicional concesión por silencio administrativo positivo

Inicialmente el artículo 165.2 de la Ley del Suelo de 1956 remitía de forma expresa, en todo lo referido al procedimiento de otorgamiento de licencias, al Reglamento de Servicios de la Corporaciones Locales de 1955 (en adelante RSCL); norma aún vigente<sup>58</sup>, cuyo artículo 9.1.7.º en sus apartados a) y c) reconocía al silencio administrativo a efectos estimatorios en los procedimientos relativos a licencias urbanísticas:

«a) el peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la Comisión provincial de Urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la Comisión provincial de Servicios técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo; b) si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía pública o en bienes de dominio

<sup>58</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 724 y ss. Pese a la existencia de voces discrepantes dentro de la doctrina, como la de Marcos GÓMEZ PUENTE, el autor Tomás QUINTANA LÓPEZ sostiene que, aun manteniendo su vigencia, el régimen del silencio administrativo previsto en el RSCL es desplaza en favor de las distintas normas urbanísticas autonómicas.

público o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo; y c) si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo».

Más tarde, el artículo 242.5 del Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 (en adelante, Texto Refundido de 1992) mantuvo el régimen tradicional, pues lo que hizo fue remitir, en ese punto, a la normativa local aplicable. Sin embargo, una vez entró en vigor Ley 30/1992, al transformar totalmente el régimen de producción del silencio administrativo, provocó una perniciosa confusión que la reforma ejecutada por la Ley 4/1999, con fortuna, finalmente desvaneció.

La legislación urbanística más reciente<sup>59</sup> diferencia entre obras mayores y obras menores, fijando en el primer caso un plazo de resolución de tres meses<sup>60</sup> y en el segundo de un mes, vencido el cual la licencia se entiende otorgada por silencio positivo, sin necesidad ninguna de denunciar la mora<sup>61</sup>.

Ahora bien, hay una cuestión sobre la que interesa profundizar. El artículo 242.6 del Texto Refundido de 1992, siguiendo la línea marcada por el artículo 178.3 del Texto Refundido de 1976, concretó que «en ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico». Precepto que, de ese modo, puso fin a una polémica que giraba en torno a dos corrientes antagónicas: una valedora de la seguridad jurídica y la otra de la legalidad. Fue, por tanto, esta última tesis la que convenció al legislador y la que defiende la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 2009.

A continuación se hará referencia a los presupuestos necesarios para que el silencio positivo opere en los procedimientos de otorgamiento de licencias urbanísticas. Para ello, no se acudirá a las diversas legislaciones autonómicas, sino que se hará una exposición sistemática en virtud de lo dispuesto por los preceptos hasta ahora mencionados.

#### a) Presupuestos formales

En primer lugar, la licencia ha de solicitarse ante la Administración competente, siendo este, según el artículo 21.1 q) de la LRBRL, el alcalde u otro órgano de la Administración local; solicitud que, cuando así se exija, habrá de acompañarse del proyecto técnico correspondiente a fin de que se considere realizada la solicitud y, por tanto, se inicie el cómputo del plazo del silencio administrativo.

<sup>59</sup> Sirvan de ejemplo comunidades autónomas como La Rioja, Aragón o Castilla-La Mancha.

<sup>60</sup> Cuatro en Aragón, si se solicita simultáneamente la licencia de obras y la de actividad.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ, T.-R.: *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid: La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011, pág. 227.

En segundo lugar, habrá que disponer de los títulos administrativos<sup>62</sup> que, en su caso, requieran las normas sectoriales *ex ante* al otorgamiento de la licencia urbanística.

El tercer requisito consiste en que haya transcurrido el plazo sin que fuere notificada la resolución del procedimiento. Plazos que, como ya se advirtió, solo se ajustarán a lo establecido por el artículo 9.1.5.º y 7.º del RSCL en defecto de regulación autonómica; lo que no implica que, en todo caso, hayan de respetar el límite fijado por los apartados 2.º y 3.º del artículo 42 de la LPC de 1992.

Una vez cumplido con todo lo anterior, el cuarto y último presupuesto formal para la obtención de la licencia urbanística por silencio estimatorio será, bien la falta de notificación del acto administrativo, o bien la ausencia de resolución por inactividad de la Administración.

#### *b) Presupuesto sustantivo*

Además de los presupuestos formales mencionados, el legislador ha venido exigiendo, a través de los distintos textos legales, un presupuesto sustantivo necesario para la adquisición de la licencia urbanística por silencio positivo: que lo solicitado no sea contrario a la legalidad urbanística.

El requisito ha sido exigido por los distintos textos refundidos en materia de urbanismo; desde el artículo 178.3 del Texto Refundido de 1976, hasta el hoy vigente artículo 11.3 del Texto Refundido de 2015.

Presupuesto, cabe precisarse, que el Tribunal Constitucional declaró ajustado al régimen de distribución de competencias articulado por la Constitución, haciendo público en su conocida Sentencia 61/1997 de 20 de marzo el siguiente razonamiento:

«El artículo 242.1 y 6 TRLS, relativo a los actos sujetos a licencia urbanística, ha sido objeto de impugnación, igualmente, por su carácter básico. [...] Es otro, sin embargo, el título competencial en juego respecto del apartado 6 del artículo 242 TRLS. Este precepto, en atención a su contenido se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al artículo 242.6 TRLS. Regulación que ha venido a recogerse en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

### **3.1.2. Posicionamiento de la jurisprudencia**

Son tres las corrientes jurisprudenciales que han podido distinguirse sobre la cuestión:

---

<sup>62</sup> Pueden ser: licencias, autorizaciones, permisos, concesiones administrativas, la declaración de impacto ambiental o informes preceptivos.

a) La primera, y dominante, radica en la imposibilidad de adquirir por la vía de un acto presunto estimatorio licencias urbanísticas contrarias a la legalidad urbanística. Es decir, considera que el silencio negativo es plenamente operativo en el otorgamiento de las licencias urbanísticas *contra legem*.

En un primer momento, la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo reconoce, en Sentencia de 17 de octubre de 2007 (rec. núm. 9828/2003), lo siguiente:

«No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, «salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario», siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que "en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico"».

Cuestión que no resulta baladí, sobre la que más adelante me pronunciaré y, en relación con la cual, la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo corre un tupido velo en su Sentencia de 28 de enero de 2009 (NCJ048398). Sentencia, no obstante, que al dictarse en interés de ley ha tenido gran trascendencia, cuya *ratio decidendi* es la que a continuación se transcribe:

«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 de 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».

En el último de sus fundamentos, cabe destacar que la Sala manifiesta su voluntad de que la doctrina legal establecida por el fallo se haga extensiva 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de 2008.

La importancia de la sentencia estriba en la prohibición que formula como doctrina legal de adquirir una licencia en materia urbanística, por la vía del silencio positivo, cuando lo solicitado no sea conforme a Derecho. Ergo, de la misma se desprende: por una parte, que no hay lugar a legislación autonómica en sentido opuesto, y por otra, que la Administración no deberá tramitar un procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio.

Es significativo que la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo elabore la doctrina legal citada, incluso con pleno conocimiento de la problemática que ello suscitará en la práctica:

«No comparte esta Sala del Tribunal Supremo ese parecer por las razones que seguidamente vamos a exponer, aunque 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 demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar».

Esta doctrina legal creó, sin duda, un escenario de elevada inseguridad jurídica para los solicitantes de una licencia urbanística que, vencido el plazo máximo para su resolución por la Administración sin que esta se pronunciare, ejecutaban lo solicitado en la licencia confiando en la legalidad de la misma, con el riesgo de que, de forma sobrevenida, una resolución administrativa determinase que dicha actuación era *contra legem*.

Por ello sorprende que José Ramón CHAVES GARCÍA afirme lo siguiente: «Con esta sentencia se presta un grandísimo servicio a la seguridad jurídica, ya que rechaza que en materia urbanística, una vez transcurridos los plazos, se genere un silencio positivo que determine la necesidad de que la Administración acometa un procedimiento de revisión de oficio del acto presunto»<sup>63</sup>. En este punto, por tanto, parece mucho más acertada la reflexión de Germán FERNÁNDEZ FARRETES que, con genuina brillantez, expone en los siguientes términos que «no resulta aceptable, por consiguiente, que un mismo supuesto pueda determinar tanto un efecto positivo como un efecto negativo, en función, una vez producido el transcurso del plazo para resolver, de que lo solicitado sea o no conforme a Derecho. En tal caso, el transcurso del plazo no da respuesta definitiva al problema del silencio, pues el interesado no podrá saber el juicio de legalidad que su petición le merece a una Administración que no se pronuncia. De manera que el transcurso del plazo termina por no resolver nada, sencillamente porque el silencio puede ser tanto positivo como negativo. Fácilmente se comprende, pues, que la inseguridad jurídica sea total. El solicitante de la licencia considerará, lógicamente, que el silencio es positivo. Más aún, no sería lógico que interpusiera recurso contencioso-administrativo por considerar que el silencio es negativo, ya que ello pre-

<sup>63</sup> CHAVES GARCÍA, J. R.: «El Tribunal Supremo fija como doctrina legal el inexcusable silencio administrativo negativo frente a licencias urbanísticas contra ley o planeamiento», en el blog *Contencioso.es*, a 23 de marzo de 2009. Enlace: <http://contencioso.es/2009/03/23/el-tribunal-supremo-fija-como-doctrina-legal-el-inexcusable-silencio-administrativo-negativo-frente-a-licencias-urbanisticas-contra-ley-o-planeamiento/>

supondría que él mismo reconoce que su solicitud es disconforme a Derecho. Pero su creencia de que el silencio es positivo y que, por tanto, ha adquirido la licencia ninguna consistencia tendrá, porque lo que cuenta no es lo que él crea, sino el que su solicitud sea conforme a Derecho. Y que lo sea o no pasa por el juicio previo a la Administración y, tras él, por el de la jurisdicción contencioso-administrativa»<sup>64</sup>.

Finalmente, cabe añadir que, en relación con la citada Sentencia de 28 de enero de 2009, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de septiembre de 2009 (NCR003611) prevé que:

«Vinculando esta doctrina legal a todos los Jueces y Tribunales, no puede en modo alguno ser desconocida por este Centro Directivo ni tampoco por Notarios y Registradores, quienes, a la vista de la ordenación urbanística correspondiente y en el ámbito de sus respectivas funciones, deberán tenerla bien presente a la hora de examinar si el acto que se pretende documentar públicamente, y en su caso inscribir, goza de la cobertura que proporciona la licencia que venga legalmente exigida, la cual, en los supuestos que indica el Tribunal Supremo, no puede en ningún caso entenderse concedida por silencio administrativo positivo».

b) La segunda, que realmente sigue a la primera rebajando el tono rigorista, sostiene que no todo incumplimiento de las disposiciones urbanísticas sustantivas impide obtener la licencia solicitada mediante la técnica del silencio, sino solo el incumplimiento que tenga la consideración de grave. Lo cierto es que únicamente se ha defendido en contadas resoluciones judiciales, siendo representativa la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1998 (número de recurso 94/1992), en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Oviedo por la siguiente razón:

«Tal es lo que sucede en la petición que da lugar al presente proceso en que el apelado solicitó una licencia para la construcción de una vivienda unifamiliar en una parcela situada en una zona en la que el propio Ayuntamiento apelante había concedido antes licencias para construcciones semejantes y en el que el conjunto de edificaciones circundantes permitían suponer muy fundadamente, como resulta de la prueba pericial practicada, que se trataba de un núcleo de población ya formado. En tales circunstancias el cambio de criterio de la Corporación apelante, adoptando uno más estricto en la consideración de un grupo de viviendas como núcleo de población y excluyendo el constituido por el que examinamos de esa calificación, no puede oponerse a la adquisición por el apelado de un derecho a edificar que solo la Administración hubiera podido discutirle cumpliendo por su parte la obligación de resolver expresamente la petición que le fue presentada».

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G: *Sistema de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 2012, pág. 362 y ss.

c) La tercera, y menos influyente, defiende la inoperatividad del silencio negativo cuando el contenido de la licencia urbanística sea *contra legem*. Es por ello que, con que concurran los presupuestos formales antes expuestos, basta para que la licencia urbanística se obtenga por la vía del silencio positivo; prescindiendo así del presupuesto sustantivo.

De esta forma, la producción del acto presunto estimatorio es automática, pudiendo ser atacado por la Administración, en caso de entenderlo ilegal; bien tramitando un expediente de revisión de oficio, si el acto presunto se encuentra viciado de nulidad radical, o bien declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando el acto presunto sea simplemente anulable.

Esta posición es la sostenida por la Sentencia de 29 de marzo de 2007 (recurso de apelación núm. 8/2003), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, que protagonizó el recurso en casación en interés de ley causante de la Sentencia de 28 de enero de 2009, de la Sala 3.<sup>a</sup>, del Tribunal Supremo. Sentencia, la recurrida, que se sumaba a la tesis sostenida por la Sentencia, de 24 de mayo de 2005 (recurso de apelación núm. 734/2004), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, cuya núcleo esencial supone lo siguiente:

«Por tanto, si un particular cuenta con una licencia obtenida por "silencio administrativo positivo" que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno, el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999. Situación que en nada difiere a la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea».

### 3.1.3. Nueva regulación: silencio administrativo negativo

La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011, supuso una ruptura con la regla general del silencio positivo, siempre que lo solicitado fuera conforme a Derecho, descrita en el apartado anterior, pues establece expresamente el carácter negativo del mismo en los procedimientos de autorización de las principales actuaciones urbanísticas, recogidas en su artículo 23.

Precepto que, pese a ser derogado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (disp. derog. única), se incorporó al contenido del artículo 9 del

Texto Refundido del 2008. Texto que, al ser recientemente derogado, comporta que la definitiva regulación de la cuestión se haya incorporado al vigente artículo 11 del Texto Refundido de 2015. Precepto que, por medio de su apartado cuarto, establece lo siguiente:

«Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen: a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación; b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta; c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes; d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público».

Por otra parte, interesa señalar que el real decreto-ley fue empleado, en la materia que nos ocupa, sin justificar los motivos de extraordinaria y urgente necesidad exigidos por el artículo 86.1 de la CE, pues el cambio del sentido del silencio administrativo en materia urbanística bien podría haber seguido el procedimiento legislativo ordinario. Esa es la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional en su Sentencia 29/2015, de 19 de febrero (NCJ059531); que, pese a la derogación del precepto impugnado, no perdió de forma sobrevenida el objeto del proceso por tratarse de una cuestión de inconstitucionalidad lo que se resolvía, y no un recurso.

Asimismo, cabe advertir que el 5 de noviembre 2013 fue admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 5493/2013 contra la disposición final 12.<sup>a</sup> 5 de la Ley 8/2013, en relación con el artículo 9 (apartados séptimo y octavo) del Texto Refundido de 2008, actual apartado cuarto del artículo 11 del Texto Refundido de 2015. Pese a ello, la doctrina duda que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de alguna de las normas citadas, salvo por razones competenciales; ergo, todo hace indicar que se va a consolidar el silencio negativo en materia de licencias<sup>65</sup>.

Es por ello que la disyuntiva entre asumir una decisión arriesgada o no hacerlo desaparece con la nueva regulación que, ante la inactividad de la Administración, impone el silencio negativo; obligando así al interesado a no iniciar las obras, pese a no ser el responsable en el retraso de la tramitación de la licencia solicitada.

Ahora bien, pese a todo lo expuesto, es posible el nuevo régimen estatal que introduce la regla del silencio desestimatorio en materia de licencias urbanísticas, pues de un lado hay legis-

<sup>65</sup> GONZÁLEZ BOTIJA, F.: «Seguridad jurídica y crisis económica no justifican el silencio negativo. A propósito de la STC 29/2015, de 19 de febrero», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 35 (2015), págs. 113-130, e. *id.*, «Silencio administrativo positivo y adquisición de licencias urbanísticas municipales: crónica de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid», en A. L. Ruiz Ojeda (coord.), *El gobierno local: estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Madrid: Iustel, 2010, págs. 739-778.

lación estatal que considera el sentido del silencio administrativo negativo en materia de licencias urbanísticas, pero, a su vez, las distintas comunidades autónomas que no pretendan modificar su actual legislación urbanística, que establece como regla general el silencio estimatorio en estas cuestiones, podrán seguir aplicando las mismas hasta que el Tribunal Constitucional no se pronuncie expresamente al respecto.

La problemática estaba resuelta por doctrina y jurisprudencia. En cuanto a la primera, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que el *desplazamiento* de la norma autonómica es una técnica que se inspira tanto en la primacía del Derecho Comunitario como en la primacía del Derecho Federal alemán, y que soluciona el problema sin la necesidad de plantear una cuestión o recurso de inconstitucionalidad. En la misma línea, la segunda, siendo su principal valedora la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 (recurso de casación núm. 1535/2009), en la que se razona con total acierto lo siguiente:

«En nuestra sentencia de 13 de octubre de 2003, dictada en el recurso de casación número 2602/2000, sintetizamos el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, señalando en lo que ahora importa lo siguiente: Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articulación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico, se produce sin perjuicio de la articulación de este y del estatal en el "supraordenamiento" constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma "normarum". Y que cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que esta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: esta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquella, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica. [...] En tal supuesto (sentencia de 20 de febrero de 2007, dictada en el recurso de casación número 4381/2003), y ante motivos de casación que también denunciaban, en esencia, la infracción consistente en inaplicar una ley autonómica sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, respondió este Tribunal negando que tales motivos pudieran ser acogidos: "lisa y llanamente –decíamos– porque la Sala de instancia no declara inconstitucional ni nula ninguna norma con rango de Ley, sino que se limita, como le compete, a seleccionar la norma aplicable; labor en la que le es perfectamente lícito "desplazar" una Ley autonómica cuando otra posterior, estatal, ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación a la que no se ajusta la establecida en aquella».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante su Sentencia 66/2011, de 16 de mayo (NCJ055024), rompe con la técnica del desplazamiento al considerar que las normas autonómicas que puedan contravenir normas básicas han de preservar su vigencia y eficacia hasta que sea el propio Tribunal Constitucional quien se pronuncie, asumiendo así el monopolio para la inaplicación de leyes autonómicas<sup>66</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

La nueva regulación en materia de licencias urbanísticas que introduce la regla general del silencio negativo traerá consigo consecuencias económicas bastante indeseables. Es probable que se pierda en agilidad y eficacia, dado que los retrasos en el otorgamiento de licencias en relación con los plazos legalmente establecidos supondrán la demora en el inicio y desarrollo de la ejecución de los proyectos urbanísticos e inmobiliarios. Escenario que, sin duda, incrementará el coste de la financiación y los supuestos de responsabilidad ante incumplimientos contractuales.

En cuanto al imperioso interés general en que ha de fundarse la especialidad del silencio desestimatorio en los procedimientos de otorgamiento de licencias urbanísticas, probablemente radique en el ánimo de evitar, cuando efectivamente la obra o actividad adoleciera de ilegalidad, situaciones muy molestas para el ciudadano y de difícil reparación para el medio ambiente. Justificación, no obstante, que el legislador no se ha esforzado en manifestar públicamente.

Por ello y tras el estudio realizado en el presente escrito, parece lógico pensar que respetar en materia de licencias urbanísticas la regla general de silencio positivo, establecida por la Ley 39/2015, se presenta como la alternativa más acertada. Como ha reconocido la propia doctrina constitucional, resulta inadmisibles que la Administración obtenga una posición ventajosa deri-

---

<sup>66</sup> Véase la Sentencia 66/2011 del Tribunal Constitucional, de 16 de mayo: «De una parte, al dejar inaplicado "por propia, autónoma y exclusiva decisión" el artículo 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, que se integran en una "ley posconstitucional vigente" (en colisión con las normas básicas de la ulterior Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local), la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife de 19 de mayo de 2006, por más que pueda resultar "aparente o formalmente motivada" en virtud de las referencias al desplazamiento de la norma autonómica, constituye, sin embargo, "una resolución no fundada en Derecho" (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8.º), que resulta, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE). De otra parte, al dejar inaplicado ese precepto por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una "cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada" (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 LOTC" (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8.º) la Sentencia de instancia ha vulnerado igualmente el derecho de la entidad recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). [...] Hemos de reiterar, en definitiva, que los "órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas posconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16.º), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley posconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1.º). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional».

vada de su propio incumplimiento. De modo que la Administración, si cumple con el mandato legal resolviendo los procedimientos administrativos pendientes en plazo, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica e hipotética ilegalidad que tanto se lamenta.

Téngase presente, además, que la Administración siempre estaría en disposición de reaccionar contra el acto presunto vía revocación de oficio o declaración de lesividad. De ese modo, la preocupación por evitar actuaciones urbanísticas *contra legem* seguramente aumentase la eficacia de su funcionamiento, en coherencia con lo exigido por el artículo 103.1 de la CE. En esta línea, Tomás QUINTANA LÓPEZ no se muestra favorable al sentido positivo del silencio administrativo sin límites, sin embargo, reconoce que la utilización de los mecanismos de revisión que proporciona el ordenamiento jurídico en el ámbito urbanístico para eliminar las licencias *contra legem* obtenidas por silencio estimatorio es la opción más respetuosa con los principios de seguridad jurídicas y confianza legítima<sup>67</sup>.

Por todo lo expuesto, la presente conclusión merece ser finalizada trayendo a colación la sobresaliente reflexión sobre la cuestión realizada por Germán FERNÁNDEZ FARRERES, según la cual:

«[...] no resulta aceptable, por consiguiente, que un mismo supuesto pueda determinar tanto un efecto positivo como un efecto negativo, en función, una vez producido el transcurso del plazo para resolver, de que lo solicitado sea o no conforme a Derecho. En tal caso, el transcurso del plazo no da respuesta definitiva al problema del silencio, pues el interesado no podrá saber el juicio de legalidad que su petición le merece a una Administración que no se pronuncia. De manera que el transcurso del plazo termina por no resolver nada, sencillamente porque el silencio puede ser tanto positivo como negativo. Fácilmente se comprende, pues, que la inseguridad jurídica sea total. El solicitante de la licencia considerará, lógicamente, que el silencio es positivo. Más aún, no sería lógico que interpusiera recurso contencioso-administrativo por considerar que el silencio es negativo, ya que ello presupondría que él mismo reconoce que su solicitud es disconforme a Derecho. Pero su creencia de que el silencio es positivo y que, por tanto, ha adquirido la licencia ninguna consistencia tendrá, porque lo que cuenta no es lo que él crea, sino el que su solicitud sea conforme a Derecho. Y que lo sea o no, pasa por el juicio previo de la Administración y, tras él, por el de la jurisdicción contencioso-administrativa»<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Valencia: Tirant lo Blanch Tratados, 2012, págs. 751.

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G: *Sistema de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 2012, pág. 362 y ss.

## Bibliografía

- ARZOZ SANTISTEBAN, X. [2001]: *La obligación de resolver y notificar y el silencio administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- CHAVES GARCÍA, J. R. [2009]: «El Tribunal Supremo fija como doctrina legal el inexcusable silencio administrativo negativo frente a licencias urbanísticas contra ley o planeamiento», en el blog *Contencioso.es*, a 23 de marzo. Enlace: <http://contencioso.es/2009/03/23/el-tribunal-supremo-fija-como-doctrina-legal-el-inexcusable-silencio-administrativo-negativo-frente-a-licencias-urbanisticas-contra-ley-o-planeamiento/>
- COSCULLUELA MONTANER, L. [2015]: *Manual de Derecho administrativo*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- DE AHUMADA RAMOS, F. J. [2001]: *Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico*, Dykinson.
- DE ASÍS ROIG, R. [1991]: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DE VICENTE DOMINGO, R. [2015]: *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes*, Pamplona: Civitas.
- [2014]: *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Pamplona: Civitas.
- DUGUIT, L. [1975]: *Las transformaciones del Derecho: Público y Privado*, Buenos Aires: Heliasta.
- EMBID IRUJO, A. [1993]: «La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 258, abril-junio.
- FERNÁNDEZ, T-R. [2011]: *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid: La Ley, grupo Wolters Kluwer.
- [1967]: «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *Revista de Administración Pública*, núm. 53.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. [2012]: *Sistema de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. [1992]: «Reivindicación del silencio positivo: Reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 127.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. [1956]: «La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad», *Revista de Administración Pública*, núm. 20.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. [2013]: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid: Civitas.
- [2013]: *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid: Civitas.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. [2011]: *Se acabó el silencio positivo en las licencias urbanísticas*, en el blog *¿Hay derecho?*, a 2 de noviembre. Enlace: <http://hayderecho.com/2011/11/02/se-acabo-el-silencio-positivo-en-las-licencias/>
- GONZÁLEZ BOTIJA, F. [2015]: «Seguridad jurídica y crisis económica no justifican el silencio negativo. A propósito de la STC 29/2015, de 19 de febrero», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 35, págs. 113-130.

- [2010]: «Silencio administrativo positivo y adquisición de licencias urbanísticas municipales: Crónica de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid», en A. L. Ruiz Ojeda (coord.), *El gobierno local: estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Madrid: Iustel, págs. 739-778.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F. [2012]: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid: Civitas.
- GÓMEZ PUENTE, M. [2011]: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi.
- GUILLÉN PÉREZ, M. E. [1996]: *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Madrid: Colex.
- MUÑOZ MACHADO, S. [2011]: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Madrid: Iustel.
- NARBÓN LAÍNEZ, E. J. y ALONSO MAS, M. J. [2009]: *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTANA LÓPEZ, T. [2012]: *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. [2015]: *Principios de Derecho Administrativo General*, I, Madrid: Iustel.
- [2015]: *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Madrid: Iustel.
- [1986]: «Silencio positivo: Una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», *Documentación administrativa*, núm. 208.