

LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS.

Sobre la discreta pérdida de vigencia de la regla especial de inexistencia del silencio administrativo contra legem en el ámbito urbanístico.

ÍNDICE: 1.- *Propósito y enfoque.* 2.- *Un punto de partida: la naturaleza jurídica de las licencias de obras. Derecho de propiedad, edificación y control previo de su ejercicio por la Administración.* 3.- *Génesis y justificación de la regla restrictiva del silencio administrativo positivo contra legem.* 4.- *La consagración de la regla restrictiva del silencio positivo en la legislación preconstitucional y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia urbanística: la teoría del “elemento sustantivo”.* 5.- *La breve historia de la regla restrictiva del silencio positivo contra legem en la legislación urbanística post-constitucional.* 6.- *Un giro copernicano: el régimen del silencio positivo contra legem en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.* 7.- *Una última vuelta de tuerca: la Ley 4/1999, de 8 de enero, y el silencio administrativo contra legem.* 8.- *Algunas críticas añadidas a la teoría del “elemento sustantivo”.*

RESUMEN: El autor analiza la evolución de la regla de inexistencia del silencio administrativo positivo contrario a la Ley en el ámbito urbanístico. Partiendo de la vigencia formal del artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992, el trabajo pone de manifiesto que se trata de una regla relativa al procedimiento administrativo común, y que por ese motivo ha sido derogada y dejada sin efecto por otros textos legislativos posteriores como las leyes 30/1992 y 4/1999. El trabajo analiza como la regla comentada se gestó en un marco jurídico muy restrictivo sobre el silencio administrativo en el régimen anterior, que hoy ha sido profundamente modificado por el legislador constitucional, comenta la incongruencia de la llamada teoría del “elemento sustantivo” con la institución del silencio administrativo y añade finalmente críticas de oportunidad a la vigencia de la regla de inexistencia del silencio administrativo contra legem.

ABSTRACT: The author considers the evolution of the rule of non existence of administrative silence against the law in the Construction Law domain. Considering the formal validity of paragraph 242.6 of the 1992 “Ley del Suelo” (Soil Act), this paper establishes it is a rule regarding the common administrative procedure, and, therefore, it has been abrogated by further legislative acts, such as 30/1992 and 4/1999 Bills. The papers points that the analysed rule was born in a quite restrictive legal framework about administrative silence, under Franco's regime, that has been deeply changed by the democratic parliament. It also comments the inconsistency of the so called “sustantive element” theory, with the institution of administrative silence itself. It adds finally some opportunity objections against the validity of the non existence of administrative silence against law rule.

PALABRAS CLAVE: Silencio administrativo. Licencias de obras. Silencio positivo. Silencio administrativo “contra legem”. Teoría del “elemento sustantivo”. Artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992. Derogación tácita.

1.- Propósito y enfoque.

Este trabajo tiene como objeto el determinar el alcance actual de la regla que contiene el artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992, relativa al silencio administrativo contra legem en las licencias urbanísticas. Es éste un precepto que sigue en vigor a día de hoy, pese a que se encuentra incluido en un texto legal que fue notablemente amputado mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, ya que el FJ 34 de dicha Sentencia le reconoce carácter de legislación básica, y pese también a que el texto legal que lo contiene fue más tarde rebasado legislativamente por la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo y Valoraciones (LSV), pues su Disposición Derogatoria mantiene expresamente en vigor al artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992. Igualmente la actual Disposición Derogatoria de la Ley del Suelo 8/2007 no deroga el artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992, por lo que su vigencia continúa.

En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.

Mi propósito inicial había sido el de enunciar y tratar de sistematizar los argumentos dogmáticos que apuntan a día de hoy a la imposibilidad de aplicar la citada regla, por haber sido superada por el régimen general del silencio administrativo, partiendo de los que ya ha presentado la Jurisprudencia de los TSJ de la Comunidad Valenciana y de Madrid, desde la óptica de quien, como abogado, se encuentra en la situación de invocar en los Tribunales la aplicación de normas que poseen un contenido contradictorio. Este propósito inicial me sigue pareciendo necesario, y obliga a adoptar el enfoque dogmático y crítico pertinente, que, sin embargo, ahora entiendo insuficiente por sí mismo para comprender el problema que aquí se aborda.

En el estudio de esta regla he podido constatar que su origen se encuentra en una postura jurisprudencial de mediados de los años 60 del siglo pasado, y que su contenido ha discurrido paralelo al de las innovaciones y modificaciones que las Leyes de procedimiento administrativo fueron aportando, sobre todo las Leyes 30/1992, de 26 de noviembre, y 4/1999, de 8 de enero, concurriendo asimismo con el debate doctrinal sobre la idoneidad y oportunidad del silencio administrativo positivo y con los profundos cambios en la estructura del nuestro Derecho Administrativo que introdujo la Constitución de 1978, especialmente en cuanto a las competencias legislativas se refiere. Esta constatación aconseja que el enfoque dogmático sea considerado al hilo de la exposición cronológica que los hitos más sobresalientes en la gestación, aplicación y -a mi entender- desaparición de la regla especial del silencio administrativo positivo contra legem en las licencias urbanísticas. La vertiente dinámica del Derecho no puede dejarse de lado para abordar el análisis conceptual.

2.- Un punto de partida: la naturaleza jurídica de las licencias de obras. Derecho de propiedad, edificación y control previo de su ejercicio por la Administración.

El régimen estatutario de la propiedad del suelo¹ comporta que en la determinación de las posibles obras a ejecutar en un solar, deban concurrir dos voluntades: por una parte, la de los poderes públicos, el que legisla y el que planifica (Parlamentos y Administraciones), que tienen la facultad de predefinir qué obras se pueden ejecutar y cuáles no en un determinado ámbito. Por otra parte, ha de concurrir la voluntad del propietario del suelo, quien, como depositario del núcleo privado del derecho de propiedad, puede decidir qué edifica, dentro de los parámetros predefinidos por los poderes públicos. En este marco de voluntades concurrentes, el significado de las licencias urbanísticas consiste en comprobar que el proyecto privado que se pretende ejecutar respeta la voluntad de los poderes públicos que ha predefinido con carácter abstracto qué posibles actuaciones eran admitidas en un concreto suelo. Debe por lo tanto partirse de que, en el momento de conceder o denegar la licencia, la Administración no está expresando su voluntad, sino que meramente realiza una actividad de verificación, de contraste, para determinar que los deseos del propietario concuerdan con la voluntad de los poderes públicos previamente expresada a través de las normas de planeamiento, que son disposiciones generales y por lo tanto operan con parámetros de generalidad e igualdad ante la Ley. Parafraseando a Montesquieu: al pronunciarse sobre una licencia, la Administración no es más que la boca que pronuncia las palabras de la Ley y el Planeamiento. Nuestro Tribunal Supremo lo dice de otra manera: nos dice que la facultad de pronunciarse sobre las licencias es una potestad reglada de la Administración, en la que no cabe ningún margen de discrecionalidad: si el proyecto se ajusta al Planeamiento, está obligada a conceder la licencia; si no se ajusta, está obligada a denegarla (Ss. del TS de 6-6-1997, RJ 5023, 15-6-2001, RJ 5795, 3-10-2001, RJ 7649 y las que en ellas se citan).

Las anteriores consideraciones permiten afirmar que la posición del propietario del suelo ante la licencia de obras es la de quien desea ejercer un derecho que tiene previamente atribuido por el Código Civil (artículo 350) y por la legislación urbanística [artículo 8.1 b) de la Ley 8/2007], el de edificar, y debe esperar a que la Administración acuerde levantar una barrera para permitirlo, consistente en verificar que aquello que se pretende edificar es acorde con las disposiciones generales que regulan el ejercicio de ese Derecho.

¹ El derecho de propiedad sobre el suelo padece un vaciamiento en cuanto al haz de facultades que tal derecho concede a su titular, justificado por la necesidad de que el ejercicio de esta específica propiedad se encuentre sometido al interés general. La Ley del Suelo de 1956 derogó la regla liberal clásica del artículo 350 del C. Civ. que autorizaba a realizar al propietario de un terreno "las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan", lo que sujetaba al sólo interés particular la decisión del uso del terreno ad caelos et ad infernos. En su lugar instauró la que se ha llamado propiedad estatutaria, que consiste en ese vaciamiento de partida de las facultades del propietario, ya que el contenido de su derecho debe ir siendo definido y completado mediante diversos instrumentos normativos sucesivos: la Ley y el Planeamiento urbanístico. Más precisamente: la Ley básica estatal, la Ley urbanística autonómica, el Planeamiento general (determinaciones básicas o estructurantes), y, en su caso, si el Planeamiento general no las contuviera, las determinaciones pormenorizadas de los planes de desarrollo. Este esquema de vaciamiento del derecho y progresivo colmado de sus facultades, traslada al ámbito de lo público la definición de las posibles facultades que se pueden ejercer en cada terreno: urbanizar o no urbanizar, edificar o no edificar, edificar viviendas, o equipamientos, o edificios industriales, etc. Todo ello, por añadidura, sin derecho de indemnización para el propietario. El urbanismo es, desde esta óptica, una función pública, en los términos que con frecuencia emplea el Tribunal Supremo.

Esta concepción que acabamos de exponer es en sustancia la misma que ha venido manteniendo la doctrina iusadministrativista más autorizada, siendo preciso citar en este sentido el análisis de L. Parejo y E. García de Enterría sobre la naturaleza jurídica de las licencias de obras?:

“Por tanto, y en primer lugar, la licencia municipal es una autorización cuyo contenido se agota en la comprobación de la adecuación o no del concreto ejercicio de la facultad dominical, del aprovechamiento urbanístico pretendido en cada caso, a la ordenación urbanística.(...)”

En segundo término, la licencia es un acto de intervención de efectos meramente declarativos (de la concordancia o no del acto proyectado con la ordenación urbanística) y en ningún caso constitutivos. Por ello no otorga la licencia el derecho a realizar el acto cuya legitimidad controla, pues tal derecho ha sido ya atribuido por la ordenación urbanística; antes bien, se circunscribe a verificar que el ejercicio de dicho derecho, tal como se pretende llevar a efecto, está dentro de los límites (...) y se produce con el cumplimiento de los deberes (...) que conjuntamente definen, según la ordenación urbanística, el contenido del derecho ejercitado. Por ello mismo, el título de este derecho no reside, desde el punto de vista jurídico urbanístico, en la licencia, sino en la LS y en el planeamiento; razón por la cual los actos ejercitados sin licencia, pero de conformidad con la ordenación urbanística, sin siempre legalizables ex post. (...)

(...) Es un acto administrativo que amplía la esfera jurídica del titular de dichas facultades (...) constituye por ello en dicho titular un interés en el mantenimiento de la autorización y, por ende, opera como título jurídico-administrativo de la posición activa así consolidada (...). Juega aquí, para explicar este efecto de la licencia, el principio de la irrevocabilidad de los actos favorables.”

La citada concepción de la licencia como acto declarativo de un derecho subjetivo previo a la misma, ha estado vigente en nuestro derecho urbanístico con las Leyes de 1956, 1975 (y Texto Refundido de 1976), 1998 y 2007. Una quiebra en este continuum la introdujo la regulación del derecho a ejecutar el aprovechamiento urbanístico en la Ley del Suelo 8/1990 y el Texto Refundido resultante de 1992. Recordemos que en la filosofía de la Ley de 1990 -cuyo primer artículo comenzaba resaltando la función social de la propiedad- la adquisición de facultades por el propietario del suelo se producía de forma gradual y escalonada, según el sistema contemplado en su artículo 11. Así, el propietario del suelo podía gozar de un derecho a urbanizar, pero hasta que no lo había ejercitado, no tenía derecho a hacer suyo el aprovechamiento urbanístico y a edificar, de modo que, como colofón a lo anterior, disponía el artículo 20 del la Ley 8/1990:

“El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable.”

Era notoria, a la vista de este precepto, la modificación del enfoque respecto de las leyes urbanísticas anteriores: si la licencia determinaba la adquisición del derecho a edificar, no era simplemente un acto declarativo de un derecho previo, sino un acto constitutivo de dicho derecho, antes de cuya emisión no se podía predicar la existencia de una facultad de edificar, ni sometida a condiciones o a limitaciones, ni con ningún otro matiz: la licencia creaba el derecho subjetivo de edificar.

Es fundamental retener la filosofía de esta Ley en cuanto al derecho a edificar, pues en su Disposición Adicional 4ª se encuentra la única concreción de la voluntad del Legislador democrático postconstitucional, de reconocer la regla especial del derecho urbanístico sobre inexistencia de silencio administrativo positivo *contra legem*.

Sin embargo, la concepción del Legislador de 1990 introdujo un paréntesis que no es el que rige hoy en nuestro derecho urbanístico. En la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, se volvió al enfoque de la Ley de 1975 y el Texto Refundido de 1976: el derecho a edificar es previo a la licencia. El artículo 2 de la LSV volvió

a la clásica enunciación del régimen estatutario de la propiedad del suelo, proveniente del artículo 76 del TRLS de 1976: “Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.” Este enunciado concibe al Planeamiento no como un creador de derechos, sino como un acto capaz de delimitar y definir su contenido. Por su parte, el artículo 14.2 f) de la Ley de 1998 reconocía el derecho de los propietarios de suelo urbano de “edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento”, sin necesidad de la previa atribución de este derecho por una licencia.

En la vigente Ley del Suelo 8/2007, no puede llamar a engaño la previsión de su artículo 7.2 según la cual “*la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva*”, disposición ésta que se refiere más a la valoración del suelo que a su derecho de propiedad, ya que en el artículo 8.1 b), dentro de la regulación del “contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades”, se enuncia inequívocamente “*la de edificar sobre unidad apta para ello*”, con las condiciones marcadas la Ley y la ordenación territorial y urbanística.

3.- Génesis y justificación de la regla restrictiva del silencio administrativo positivo contra legem.

El origen de la regla que comentamos se atribuye a una serie de Sentencias que, durante los años 60 y principios de los 70 del siglo XX, limitaron la posibilidad de entender concedidas licencias urbanísticas por silencio administrativo cuando existían serias dudas de su legalidad. Esta corriente jurisprudencial convivió en el tiempo con otra doctrina del Tribunal Supremo de signo opuesto, según la cual, el silencio administrativo positivo engendraba un verdadero acto administrativo que, si fuera contrario a la Ley o al Planeamiento, debía ser objeto de revisión de oficio para su expulsión del mundo jurídico, y, mientras eso no sucediera, debía ser respetado y cumplido.

La doctrina jurisprudencial restrictiva del silencio administrativo se gesta en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955. La Ley de 1958 era considerablemente lacónica en materia de silencio positivo, sobre todo si se la compara con las numerosas previsiones que sobre esta materia establecen actualmente los cinco apartados del artículo 43 de la Ley 30/1992. El artículo 95 de LPA se limitaba a señalar que “*el silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa*” y a señalar el plazo subsidiario de tres meses para su operatividad (el resto del contenido del precepto se refería a las relaciones interadministrativas). No había por tanto ninguna previsión legislativa acerca de si el silencio positivo, una vez obtenido, entrañaba un verdadero acto administrativo, con todas sus características o con algunas de ellas. La legislación y reglamentos sectoriales eran, por lo tanto, soberanos en esta materia. El artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establecía un juego limitado del silencio administrativo positivo para licencias urbanísticas menores, sin tampoco determinar qué reglas resultaban de aplicación cuando lo pedido fuera contrario a Derecho.

Ante tan parca regulación legal, no es de extrañar que la Jurisprudencia adoptase las dos posturas contrapuestas a las que antes hemos hecho referencia. No detallaremos en este apartado los argumentos que justificaban las Sentencias que seguían la línea favorable al silencio positivo, ya que buscamos explicar ahora la génesis de la regla restrictiva de la institución. Desde esta óptica, la Sentencia inicial que sirve de apoyo a la línea restrictiva es la de *31 de octubre de 1963 (RJ 4740)*, y en concreto la siguiente afirmación de la misma:

“La autorización controvertida es anulable en cuanto pretenden ampararse en ella facultades relativas al uso y edificación del suelo que el Ayuntamiento no podía legalmente autorizar con arreglo a la pauta urbanística que condiciona su actividad en la materia, pues no cabe entender concedido por la tácita lo que era ilegal otorgar expresamente”.

Por lo tanto, edificar es una facultad y un derecho del propietario (en esto sigue vigente el artículo 350 del C.Civ.), si bien éste no puede decidir libremente qué va a edificar y debe en todo caso ajustarse a las prescripciones del Planeamiento.

² En Lecciones de Derecho Urbanístico, vol II, Madrid, Civitas, 1981, págs. 187 y 188.

No se le habrá escapado a un lector atento que la afirmación comienza con la mención de que la autorización controvertida es anulable, y es que se da la especial circunstancia de que se trataba en aquél caso de una licencia de obras para la edificación de una casa de seis plantas obtenida por silencio positivo del Ayuntamiento de La Coruña, *que el Consistorio declaró lesiva e impugnó ante la Jurisdicción*, asumiéndose por lo tanto en aquél caso en todo momento que la licencia obtenida por silencio positivo existía y que por ello debía ser anulada ante los Tribunales.

na segunda Sentencia que suele señalarse como apoyo de la línea restrictiva es la de 27 de mayo de 1967 (RJ 3070). Conviene indicar brevemente que los hechos del caso tenían su origen en una típica disputa entre vecinos en la que se involucró al Ayuntamiento (de Las Palmas). En lo que aquí importa se trataba de una solicitud de licencia de apertura que formuló un Banco en 1947 y a la que no se dio por el Ayuntamiento respuesta de ninguna clase, pese a contar con un Informe del Inspector de Sanidad en el que se señalaba que los retretes no tenían suficiente ventilación y que la ventilación del local comunicaba con las máquinas de confección de artículos alimenticios de la propiedad contigua. Fue precisamente el propietario colindante quien solicitó al Ayuntamiento que actuara en 1963, lo que obtuvo mediante una orden municipal para “trasladar los servicios sanitarios dentro del local a otro punto o lugar en que sea factible la ventilación”. El Banco titular del local recurrió esta orden amparándose, entre otros puntos, en que había solicitado licencia de apertura 16 años antes, sin contestación municipal, por lo que había de entenderse concedida por silencio positivo. El Tribunal Supremo rechazó este argumento con el siguiente considerando:

*“CDO.-: Que en cuanto a la doctrina del silencio administrativo positivo aducida por el recurrente, lo que realmente la justifica en materia de licencias municipales es la tangibilidad de un derecho <<preexistente>> en el patrimonio del autorizado, que clama por la <<posibilidad de su ejercicio>> y por la eliminación de las cortapisas previamente establecidas por el ordenamiento jurídico, que es en definitiva en lo que se traduce la licencia y lo que realmente se adquiere ante la pasividad de la Administración; y puesto que en el caso de autos el Banco recurrente no es <<titular de ese derecho>> porque salvadas o no las exigencias fiscales de la licencia que pretende -esto no es temática del recurso- resulta evidente que no ha cumplido los requisitos administrativo-sanitarios, que vocacionalmente lo condicionan: palmario es que tampoco puede adquirir ese libre ejercicio del derecho <<preexistente>> que constituye la esencia de la autorización administrativa; sin que sea de aplicación el art. 9º del Regl. de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 que el recurrente invoca, porque (...) **lo contrario conduciría al absurdo de que por el transcurso de un plazo –un pequeño plazo, en la actual hipótesis– de inactividad administrativa, habría que considerar permitido lo que está prohibido, estimar cancelados, sin prescripción, arbitrios no satisfechos y lo que es peor, aceptar como salubres e higiénicos locales o establecimientos que no lo son, contra todo lo normado en las reglamentaciones sanitarias que, como de orden público, salvaguardan tantos intereses superiores en juego”.***

A la vista de la argumentación completa de la Sentencia, no puede dejar de notarse que la referencia a que “habría que considerar permitido lo que está prohibido”, que es la justificación de la línea restrictiva del silencio positivo, parece un pequeño obiter dicta en el conjunto del razonamiento. El apoyo esencial de la Sentencia es la negación del derecho previo del Banco recurrente, que era arrendatario del local, a instalar en él los servicios discutidos. No sabemos si hubiera sido diferente el razonamiento de aquella Sentencia en el caso de que el solicitante de la licencia hubiera sido el propietario.

También es relevante la referencia del Tribunal Supremo al orden público que salvaguardan las “reglamentaciones sanitarias”, y es que la justificación de la denegación de la licencia de apertura no se encontraba en normas de planeamiento urbanístico, sino sanitarias, y debe notarse que el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30-11-1961 (RAMINP) establecía un régimen de posible inspección constante de las actividades, para determinar que se sometían a las condiciones indicadas en la licencia (art. 35). Por último, lo que caracterizaba a aquel caso, es que se trataba de un supuesto de inmisiones en la propiedad ajena, y partiendo del axioma de que la libertad de uno termina donde empieza la de los demás, no resulta

de extrañar que el Supremo rechazase que el recurrente en aquél caso fuera titular, por mor del silencio administrativo, de un derecho a molestar a su vecino.

La siguiente Sentencia en la línea de restricción del silencio administrativo positivo es la de *31 de octubre de 1968 (RJ 4891)*, caso en el que se recurría una orden de cierre de un taller de cerrajería que no poseía la preceptiva licencia del RAMINP. La Sentencia copia los términos literales de la de 27 de mayo de 1967 que antes hemos citado, añadiendo que el silencio administrativo positivo es una “excepcional figura” y citando también la Sentencia de 31 de octubre de 1963, que antes hemos referido igualmente. Excusamos por ello la cita de sus términos literales.

Una última Sentencia, entre las que justifican la línea restrictiva del silencio positivo, es la de *18 de marzo de 1970 (RJ 1931)*. En este caso ya no se trataba de la aplicación del RAMINP, pues se discutía sobre una supuesta licencia de obras obtenida por silencio positivo para la edificación de una vivienda unifamiliar. El problema consistía en su proximidad a la estación depuradora de aguas residuales del alcantarillado de la ciudad, que objetaron tanto el aparejador municipal, como la Comisión Provincial de Urbanismo, amparándose ésta en el art. 70 del Reglamento de Sanidad Municipal. El razonamiento del Tribunal Supremo fue el siguiente:

“CDO.-: Que siendo esto así, es perfectamente correcta la conclusión a que llega la sentencia recurrida cuando afirma el gran detenimiento y escrúpulo que hay que observar en orden a la interpretación del silencio administrativo en su aspecto positivo, ya que confiere unos derechos a los administrados que sólo a cambio de las formalidades legales pueden reconocérseles y así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración, sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley, principio recogido en sentencia de esta Sala de 31 de octubre de 1963, entre otras.”

El análisis realizado de las Sentencias anteriores, nos da una idea más aproximada de cómo se gestó la regla restrictiva del silencio administrativo positivo. Por de pronto, es de destacar que surgió en un marco legal muy diferente. No existía norma de rango legal que regulase el silencio positivo, ni mucho menos sus efectos. Es de destacar además la clara relación de las sentencias restrictivas con las normas protectoras de la sanidad y salud pública. La doctrina no surgió en casos en los que estuviera en juego el respeto de normas urbanísticas relativas a la edificabilidad, alturas, volumen, etc., sino que el interés público en juego era el del respeto a las normas del RAMINP.

El axioma en el que se justifica en último término la Jurisprudencia restrictiva, produce por su parte dos dudas lógicas. Se basó el Tribunal Supremo en la idea de que *“por el transcurso de un plazo, no puede considerarse permitido lo que está prohibido”*. El primer problema que plantea este aserto radica en que la postura contraria (*defendida en algunas Sentencias del Supremo como la de 20 de mayo de 1966, RJ 2826*) no concibe al silencio administrativo positivo como el mero transcurso de un plazo, sino que es la falta de respuesta de la Administración, al cabo de un plazo, a una solicitud de autorización correcta formalmente. El plazo es accesorio, ya que puede escogerse uno u otro (incluso en aquél tiempo, lo determinaban las normas sectoriales normalmente reglamentarias), lo esencial es la falta de respuesta de la Administración, que se concibe como un consentimiento tácito, como un placet presunto por voluntad de la Ley o de una disposición general.

Por otra parte, y en segundo lugar, cuando se nos dice que *“no puede considerarse permitido lo que está prohibido”*, parecería que se estuviera achacando al silencio positivo un intento de modificar las disposiciones generales vigentes que prohíban una determinada actuación. Sin embargo, si completamos la afirmación de este modo: *“no puede permitirse [en un acto administrativo] lo que está prohibido [por una disposición general]”*, la solución que obtenemos es muy diferente, ya que la consecuencia de un acto administrativo

³ En su trabajo “El silencio administrativo en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, REVL nº 91, 1957, pág. 52

⁴ En “Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada”, DA nº 208, 1986.

⁵ Martín Mateo: “Silencio administrativo y actividad autorizante”, RAP nº 48, 1965, págs. 226 y 237.

que permite algo prohibido es tan sencilla como que, al ser nulo o anulable, dependiendo de la infracción, la Administración que lo emitió puede revisarlo de oficio (si es nulo) o declararlo lesivo e impugnarlo ante la Jurisdicción (si es anulable).

La Jurisprudencia comentada parte por lo tanto de la premisa de que el silencio administrativo no genera un verdadero acto administrativo, y por eso, si se considera contrario a Derecho, cabría simplemente ignorarlo, sin antes promover los procedimientos pertinentes para su eliminación del mundo jurídico. Se trata, en suma, de una doctrina que está cargada de desconfianza hacia la institución del silencio positivo, lo que se evidencia al calificarlo de “excepcional figura” (S. de 31-10-1968) o al exigir un “gran detenimiento y escrúpulo en su apreciación” (S. de 10-3-1970).

Esta desconfianza hacia el silencio positivo era tributaria de una postura doctrinal de signo muy crítico hacia esta figura, de la que da cuenta E. García-Trevijano, en su monografía clásica sobre El silencio administrativo en el Derecho español. Autores como Garrido Falla calificaron al silencio positivo de “disparate jurídico”³, y otros como Santamaría Pastor consideraron que el artículo 95 de la LPA era un “puro adorno”⁴. La idea general a mediados del siglo XX era que el silencio administrativo era una institución peligrosa ⁵

4.- La consagración de la regla restrictiva del silencio positivo en la legislación preconstitucional y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia urbanística: la teoría del “elemento sustantivo”.

La postura crítica de la Jurisprudencia y la doctrina sobre el silencio positivo, tuvo una rápida traslación al plano legislativo. La regla a la que venimos haciendo referencia aparece recogida por primera vez en la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975, y casi inmediatamente en el Texto Refundido al que dio lugar (Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), en su artículo 178.3:

“En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento.”

La redacción es casi idéntica a la del vigente artículo 242.6 del TRLS de 1992. La Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1975 no aporta una explicación directa de la necesidad de introducir esta regla, pero en ella se hacen numerosas referencias al fenómeno de la “indisciplina urbanística”, y algunos de sus párrafos parecerían justificar directamente la regla señalada sobre el silencio administrativo:

“Las innovaciones que contiene el Proyecto se dirigen precisamente a hacer desaparecer en lo posible las causas de aquel fenómeno de la indisciplina urbanística que antes se ha analizado y que es preciso corregir. Se trata, sobre todo, de evitar que la infracción se produzca, porque sólo así se evita el coste social que toda infracción comporta. Se procura por todos los medios hacer desaparecer cualquier estímulo al comportamiento antisocial de los presuntos infractores, que pudiera resultar de las insuficiencias del ordenamiento jurídico. (...) El orden urbanístico instaurado por el Plan viene a ser hecho efectivo, en último término, mediante el control que la Administración ejerce a través de las licencias.

Al objeto de que todos los actos particulares que signifiquen una transformación física del suelo o del espacio sean sometidos a licencia y que ésta, a su vez, se otorgue de conformidad con el planeamiento vigente, se proponen una serie de modificaciones legislativas tendentes todas ellas a mantener y, en su caso, a restaurar la legalidad urbanística”.

La Exposición de Motivos citada da idea de que la recepción legislativa de la regla tuvo menos que ver con la intención de introducir una corrección general a la institución del silencio positivo, que con la necesidad de poner diques a la situación de indisciplina específica del ámbito urbanístico denunciada por la Exposición de Motivos de la Ley de 1975. La regla restrictiva fue pronto además recogida en el Reglamento de Disciplina Urbanística de 18 de septiembre de 1978 (artículo 5).

La consagración legislativa de la regla restrictiva en el plano legislativo dio pie a que se formulase doctrinalmente y se acogiese jurisprudencialmente la “teoría del elemento sustantivo” en el silencio administrativo positivo. La formulación de este planteamiento aparece recogida de forma muy clara en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1985 (RJ 1502):

“...Sin embargo la Ley 19/1975, de 2 de Mayo, de Reforma de la del Suelo, primero, y el texto refundido vigente, después, -artículo 178.3- impusieron, recogiendo una línea jurisprudencia surgida ya bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1956, un nuevo requisito de orden sustantivo: la conformidad del acto proyectado, para el que se ha solicitado la licencia, a la ordenación urbanística de aplicación; queda así añadido a los requisitos formales exigidos por el texto reglamentario citado anteriormente uno sustantivo cuya formulación legal es clara: el acto de edificación o uso del suelo proyectado ha de ser en un todo conforme con la normativa urbanística en vigor”.

Esta teoría del elemento sustantivo había sido formulada ya doctrinalmente en la obra de E. García de Enterría y L. Parejo, *Lecciones de Derecho urbanístico*⁶, en la que estos autores se hacían eco de la existencia de dos líneas jurisprudenciales contrapuestas a la hora de dar operatividad al silencio positivo, y entendían que la Ley 19/1975 había optado por la línea más restrictiva. Así, concluyen que la conformidad con el ordenamiento urbanístico del proyecto presentado a autorización es un requisito más para la operatividad del silencio administrativo, requisito de carácter sustantivo y esencial, pues consideran (igual que más tarde hizo el Supremo copiando un párrafo literal de esta obra) que el cumplimiento del requisito o elemento sustantivo es *condictio sine qua non para la existencia* del silencio administrativo.

Cabe añadir que estos dos autores se mostraban muy críticos con la imposición de este elemento sustantivo, pues consideraban que *“grava al particular con la carga de la asunción plena de la inseguridad resultante en la aplicación de dicha institución como condición misma para beneficiarse de ésta”* y que *“la Administración opera, respecto al ejercicio del acto de edificación o uso del suelo supuestamente cubierto por la técnica del silencio, como si de una actividad sin previa licencia se tratara”*⁷, es decir, que si el particular no recibe ningún plus de seguridad jurídica por el silencio administrativo, y la Administración puede operar como si el silencio no existiera, no resulta forzado afirmar que la Ley 19/1975, con la introducción del elemento sustantivo, trajo consigo la derogación y eliminación prácticas del silencio administrativo positivo en el ámbito urbanístico.

Un autor que ha apreciado este efecto de derogación en la práctica del silencio administrativo del ámbito urbanístico por la teoría del elemento sustantivo es J. M. Fernández Pastrana, quien plantea la cuestión en los siguientes términos:

*“O se opta por negar virtualidad al silencio positivo, y entonces debe ser erradicado sin contemplaciones de nuestro régimen de Derecho Administrativo (...), o se opta por admitir su existencia, en ámbitos más o menos extensos, y en tal caso hay que hacerlo con todas las consecuencias”*⁸.

Pese a las voces críticas, lo cierto es que la teoría del elemento sustantivo se asentó de forma muy sólida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo [como prueban las Sentencias de 2 de noviembre y 15 de diciembre de 1999 (RJ 8478 y 8760 respectivamente) y de 10 de julio de 2001 (RJ 6792)], con alguna voz solitaria que se alzaba en contra de esta idea en la Sala 3ª, de la que es representativa la Sentencia de 22 de febrero de 2000 9 (RJ 3639).

Debe resaltarse que esta Jurisprudencia restrictiva se dicta en casos en los que la legislación urbanística que resultaba de aplicación era el Texto Refundido de 1976, en la mayor parte de ellos por la dilación propia de la Administración de Justicia, y en otros por la declaración de inconstitucionalidad de la mayor parte del Texto Refundido de 1992.

⁶ Vol II, págs. 260 a 263, Civitas, Madrid, 1981. Llama la atención que la Sentencia antes citada del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1985 recoge algunas frases literales de la obra citada sobre esta cuestión.

⁷ Obra citada, pág. 262.

⁸ J.M. Fernández Pastrana, “Reivindicación del silencio positivo”, en RAP nº 127, 1992, págs. 103 y ss.

La teoría del elemento sustantivo merece un juicio muy crítico desde la óptica dogmática, por la consecuencia jurídica que entraña su infracción: la inexistencia del silencio y por lo tanto, del acto tácito o presunto. No cabe una consecuencia más grave. Es incluso más grave que la nulidad de pleno Derecho, que permite a la Administración revisar de oficio su acto expreso si adolece de alguno de los graves defectos tasados legalmente que dan lugar a la nulidad. En el caso de la inexistencia, nos encontramos, no ya ante una voluntad de la Administración viciada en su objeto por no ser acorde a Derecho, sino más aún, ante la total inexistencia de esa voluntad, siquiera presunta o implícita (como lo es en el caso del silencio administrativo positivo). Cabe traer a colación que, en Derecho francés, el vicio de la inexistencia del acto opera en dos planos diferentes: uno el de la inexistencia material (se ha perdido el documento que contiene la decisión, la resolución no fue firmada por nadie, no se votó la cuestión por el órgano colegiado competente, etc.), que se vincula a la inexistencia de voluntad de la Administración; y otro diferente el de la inexistencia jurídica, que se predica de aquellos actos aquejados de los vicios más graves, como la falta manifiesta de competencia o la ilegalidad más flagrante, lo que les merece ser considerados “*nuls et non avenues*”, es decir, nulos y no producidos⁹.

La teoría del elemento sustantivo conduce por ello a un absurdo de difícil justificación: es más grave jurídicamente que una licencia obtenida por silencio positivo atente contra el Planeamiento urbanístico, que si lo hace contra los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, una licencia para actividad de discoteca obtenida por silencio administrativo que vulnere las determinaciones de un Plan General en cuanto, por ejemplo a número de plazas de aparcamiento, es considerada inexistente y por lo tanto tachada del más grave vicio posible que puede reunir un acto administrativo. Ahora, bien, si respeta escrupulosamente el Plan General, pero éste olvida señalar límites máximos de emisión de ruido para la misma actividad, de modo que la actividad autorizada por silencio resulta molesta hasta tal punto para los vecinos que puede vulnerar su derecho fundamental a la intimidad familiar (artículo 18 de la Constitución), como han apreciado ya en varias ocasiones los Tribunales que puede suceder con estas actividades ruidosas (Ss. TC 35/1995, de 6 de febrero, y 119/2001, de 24 de mayo) se podrá apreciar quizás la nulidad de pleno Derecho de la licencia obtenida por silencio positivo, por vulnerar derechos fundamentales, pero nunca operar como si no existiera.

5.- La breve historia de la regla restrictiva del silencio positivo contra legem en la legislación urbanística post-constitucional.

Una vez aprobada la Constitución de 1978, el único acto legislativo del Parlamento que decidió mantener la regla restrictiva del silencio positivo fue la Ley del Suelo 8/1990, que la recogió en su Disposición Adicional 4ª. De esta disposición pasó al Texto Refundido de Ley del Suelo de 1992, de rango legislativo pero aprobado por el Gobierno de la Nación, cuyo artículo 244.6 recoge el mismo contenido dispositivo de la mencionada Disposición Adicional 4ª de la Ley 8/1990. Su contenido, que formaba ya parte del Proyecto de Ley, pasó de puntillas en la tramitación parlamentaria. Solamente dos enmiendas trataron el tema del silencio administrativo, ambas para intentar afirmar el carácter reglado de las licencias de obras y para aumentar la seguridad jurídica ante la posible pasividad administrativa¹¹. Las dos fueron rechazadas.

No obstante, la regla restrictiva del silencio resultaba en aquella Ley de 1990 plenamente concordante con la concepción escalonada de la adquisición de las facultades urbanísticas, de conformidad con la cual (artículo 20) era la licencia la que creaba el derecho a edificar, de modo que era mucho más que un acto declarativo de ese derecho. A este tema ya nos hemos referido en el apartado segundo de este trabajo, al que nos remitimos. Lo que sí interesa resaltar es el título competencial en el que quedó amparada la norma restrictiva del silencio positivo, para salvar su constitucionalidad. Como es archiconocido, el Tribunal Constitucional eliminó del ordenamiento jurídico unas dos terceras partes del TR de la Ley del Suelo de 1992, debido a la errónea interpretación que había hecho el Legislador estatal de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, que el Tribunal Constitucional aclaró que no podía servir de título atributivo de competencias en materia urbanística, materia que había sido asumida por los Estatutos de Autonomía. Solamente las

⁹ La peculiaridad del caso resuelto por esta Sentencia es que la Administración no solamente había guardado silencio, sino que había incluso reconocido la existencia del silencio administrativo, que después se permitía negar en vía jurisdiccional por no cumplir el requisito sustantivo.

¹⁰ Ver los comentarios al Arrêt CE de 31 de mayo de 1957, Rosan Girard, en la obra de M. Long y otros, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15ª ed., págs. 508 y ss., Paris, Dalloz, 2005.

¹¹ La enmienda 22 del Grupo CDS y las enmiendas 259 y 260 del Grup Parlamentari de Convergència i Unió, todas en el Senado (BOCG 30-5-1990).

disposiciones del TR de la Ley del Suelo de 1992 que encontraron un amparo en títulos competenciales que atribuían al Legislador estatal la capacidad de dictar legislación plena o básica, pasaron el estricto cedazo del legislador negativo.

Pues bien, uno de esos títulos era el de dictar legislación básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo (Artículo 149.1.18ª de la Constitución), y fue precisamente éste el acogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, para aceptar la vigencia del artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992 (FJ 34):

“Es otro, sin embargo, el título competencial en juego respecto del apartado 6 del art. 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. 149.1.18º CE) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al art. 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”.

Debe destacarse, por lo tanto, que cuando se aprobó la Disposición Adicional 4ª de la Ley 8/1990, el Legislador estatal se encontraba ejercitando su competencia para dictar legislación básica sobre procedimiento administrativo, y este dato es de una importancia capital para la cuestión analizada, pues con posterioridad las Cortes Generales han vuelto a ejercer la misma competencia legislativa, empezando por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y la Ley 4/1999, de 8 de enero, lo que aboca a preguntarse si el régimen del silencio administrativo de esta ley es compatible con el artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992, y si éste precepto puede guardar la consideración de legislación especial de aplicación prioritaria en el ámbito urbanístico.

6.- Un giro copernicano: el régimen del silencio positivo contra legem en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

El marco normativo en el que se desarrollaron las corrientes doctrinales y jurisprudenciales restrictivas del silencio administrativo, sufrió un cambio de enorme calado con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Recordemos que en su redacción original, establecía ya como norma residual que la falta de contestación a una solicitud daría lugar a su estimación por acto presunto [art. 43.2 c)], sentido positivo del silencio que no obstante se permitía excepcionar mediante normas sectoriales.

Además, imponía en todo caso la estimación por acto presunto de las *“solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes”* [art. 43.2 b)], lo que posee una enorme trascendencia en el ámbito de las licencias urbanísticas según hemos visto más arriba.

Las implicaciones del nuevo régimen de silencio administrativo respecto al anterior, en relación con las licencias urbanísticas, no se les escaparon a muchos comentaristas. Así, afirmaba L. Parejo en su trabajo sobre *“El silencio administrativo en la LRJAP”*¹²:

“Ocurre que esta positivación de la construcción teórica en la categoría de la autorización pura tiene lugar en un momento en que la evolución del Derecho Administrativo <<especial>> marcha decididamente por derroteros distintos, en los que la articulación de la intervención administrativa de la actividad privada es más compleja. De ahí que sea posible afirmar, con carácter general y sin necesidad de mayores comprobaciones, que la aplicación de esta regla-supuesto ha de deparar, en numerosos casos, muchas dificultades, cuando no resultar impracticable”.

Uno de los casos a los que se refería el citado autor era el de las licencias urbanísticas, pues recordaba que, de acuerdo con la Ley 8/1990 y el TR de la LS de 1992, *“es el otorgamiento de la licencia el que determina*

¹² Includido en el volumen *La protección jurídica del ciudadano (Estudios en homenaje al Prof. J. González Pérez)*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pág. 576.

la adquisición del derecho a edificar; derecho, del control de cuyo ejercicio trata justamente la licencia y que, por lo tanto, no puede decirse ya que preexista jurídicamente, en sentido estricto, a la actividad administrativa”¹³. Naturalmente que, a día de hoy, cuando la Ley 6/1998 modificó el esquema escalonado de la Ley 8/1990, y volvió a la preexistencia del derecho a edificar respecto de la licencia, y la Ley 8/2007 ha mantenido la misma línea, no son aplicables estos comentarios. Sin embargo, desde la óptica de conocer el alcance de las decisiones legislativas adoptadas en 1992, no cabe duda de que los párrafos citados ponen de manifiesto la profunda modificación que supuso la Ley 30/1992 en el régimen del silencio administrativo, lo que importa más aún a nuestro tema si se tiene en cuenta que las disposiciones de la Ley 8/1990 relativas a esta cuestión fueron dictadas, no en ejercicio de la facultad de dictar leyes urbanísticas, de la que el Estado carece, sino de la competencia para legislar sobre el régimen básico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.

Además de lo que hemos comentado, la Ley 30/1992 introdujo otro cambio fundamental, referido esta vez ya específicamente a los efectos del silencio administrativo contra legem, en la regulación de las causas de nulidad de los actos administrativos. Citamos el artículo 62.1, que es fundamental para el asunto que tratamos:

“Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

E. García-Trevijano, autor de la monografía clásica sobre el silencio administrativo que más arriba hemos citado, la complementó con su trabajo sobre “El silencio administrativo en la nueva LRJAPyPAC”¹⁴, y a la hora de comentar la norma citada sobre nulidad de actos presuntos, hacía la siguiente reflexión:

“A mi juicio, tal previsión legal (un nuevo supuesto de nulidad radical) tiene una finalidad explícita de dotar al sistema de mayor seguridad jurídica, lo cual es evidentemente loable. Se pretende así excluir la aplicación en este ámbito del silencio positivo de la teoría del <<acto inexistente>>, que tuvo ocasión de defender en otro lugar y que, en mi opinión, era plenamente aplicable a tenor de la legislación entonces vigente.

Se pretende de esta manera situar la discusión, no tanto en si se ha producido o no el silencio positivo cuando se solicita algo contrario a la legalidad, cuanto simplemente en establecer que el silencio positivo despliega sus efectos incluso contra legem, si bien en tales casos el acto presunto surgido del silencio positivo podrá ser nulo de pleno derecho, por aplicación directa de la referida nueva causa de nulidad radical prevista en el citado artículo 62.1 f) de la LAP”.

Compartimos plenamente estas apreciaciones, y de ellas se deduce que la Ley 30/1992 estableció un régimen jurídico muy diferente para el silencio contra legem que el que regía para el ámbito urbanístico en la Ley 8/1990 y en el TR de la Ley del Suelo de 1992 (art. 242.6). A partir de la Ley 30/1992, si se obtiene una licencia por silencio administrativo (o por acto presunto en el régimen original de dicha Ley), y la Administración, después de haber callado y no contestado en plazo a la solicitud, considera que su silencio no es conforme con la legalidad urbanística, tiene que recurrir a los procedimientos de revisión de actos nulos (o anulables, en su caso) de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992. Mientras no revise el acto generado por el silencio administrativo, tendrá que operar contando con él, sin que le quepa por lo tanto ignorarlo como si fuera “inexistente”.

De hecho, lo que operó la Ley 30/1992 no fue ninguna renovación antes no vista del régimen del silencio administrativo contra legem. Al mencionar las Sentencias de la década de 1960 en las que se gestó la regla restrictiva, apuntábamos que entonces existía ya otra corriente jurisprudencial en el Tribunal Supremo, que,

¹³ Obra citada, pág. 577.

¹⁴ Civitas, Madrid, 1994.

si bien no mereció entonces el apoyo del legislador preconstitucional, si que ha terminado por recibir el refrendo del Parlamento elegido por sufragio universal. Para recordar esa antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, citamos su Sentencia de 20-6-1966, que resume el contenido de otras anteriores de igual signo:

“Es evidente que, presentada la solicitud de licencia de la industria que nos ocupa el 13 de noviembre de 1962, el 13 de mayo de 1963 la licencia estaba concedida <<ope legis>> por virtud del instituto legal del silencio positivo, por lo que, al resolver la Corporación el 12 de julio de 1963 -dos meses después- en sentido contrario a la licencia, conculcó el principio de que <<la Administración no puede volver sobre sus propios actos declarativos de derechos>> sino a través de la lesividad...

(...)

El silencio positivo !aun reconociéndose los perjuicios que puede irrogar a la Administración! opera <<ope legis>> y tan pronto como el plazo que engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es, la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que le configura, pues, transcurrido éste, sólo le queda a la Corporación el instituto de la lesividad...

(...)

Y esto es así, no sólo por la propia naturaleza de la institución que examinamos, sino también por el parecer del propio T.S., entre cuyas sentencias tenemos las de 24 de febrero de 1961 (Rep. 1060), 3 y 31 de octubre de 1963 (Rep. 3980 y 4740) y 2 de julio de 1964 (Rep. 3562), (...), todo ello sin perjuicio de que acertadamente pueda el Ayuntamiento ejercitar sus facultades para restaurar esta norma genérica contrapuesta a la licencia acordada”.

Debe en este punto abordarse la única objeción !que conozcamos! a la tesis que venimos exponiendo, y de la que no conocemos fuente doctrinal, sino que la vemos reflejada en los escritos forenses de algunos Letrados municipales. Según tal tesis, la entrada en vigor del régimen del silencio positivo contra legem que instaura la Ley 30/1992 no habría supuesto la derogación de la norma restrictiva del art. 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992 (derivada de la Disposición Adicional 4ª de la Ley del Suelo de 1990), porque esta norma restrictiva tendría un carácter especial o específico para el ámbito urbanístico, que exigiría su aplicación prioritaria a las normas generales de la Ley 30/1992, en cumplimiento del principio *lex specialis derogat generale*.

Creemos sin embargo que esta postura no resiste un análisis jurídico más detenido, a causa de las cuatro siguientes razones:

1ª.- El procedimiento administrativo y el régimen de los actos administrativos establecidos en la Ley 30/1992 no son generales en el sentido de supletorios, sino que sus normas establecen un mínimo común denominador en el Derecho Administrativo que ha de ser siempre cumplido y resulta indisponible para las disposiciones sectoriales. Así se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992:

“La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos «ratione materiae» que deberán respetar, en todo caso, estas garantías.”

2ª.- Derivado de la idea anterior se encuentra el régimen de ámbitos o procedimientos exceptuados de la aplicación de la Ley 30/1992, que son un *numerus clausus* definido por las Disposiciones Adicionales 5ª a 8ª de la citada Ley y reducido a los procedimientos en materia tributaria, de Seguridad Social, desempleo, sancionador del orden social, y, por último, en materia disciplinaria de los funcionarios públicos.

3ª.- Por último, debe señalarse la circunstancia antes ya indicada de que el Legislador de la Ley 8/1990 se

encontraba ejerciendo la misma competencia (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, Artículo 149.1.18ª de la Constitución) que más tarde ejerció igualmente el Legislador de la Ley 30/1992, según aclaró la STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 34).

4ª.- A la vista de las tres razones anteriores, no cabe duda de que el artículo 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992 se vio afectado por la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1992, y en concreto por su apartado 3, aplicado *a contrario sensu*:

“Se declaran expresamente en vigor las normas, cualquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”.

Esta es precisamente la conclusión que ofrece V. Aguado en su completa monografía sobre Silencio administrativo e inactividad 15, cuando trata este tema del silencio contra legem en el ámbito urbanístico:

“Si bien es rigurosamente cierto que el legislador estatal, al regular la utilización del suelo, puede establecer en la misma Ley normas de procedimiento administrativo común, cabe distinguir, como ya hemos señalado, el momento en que éste las dicta. No es lo mismo que éste las haya dictado con anterioridad a la LRJPAC que después. Como tampoco es baladí el hecho de que la LRJPAC no haya establecido su aplicación subsidiaria respecto al urbanismo -a diferencia de lo acontecido en el ámbito disciplinario, tributario y laboral-. Por tanto, de una interpretación sistemática de la LRJPAC se deduce la clara y manifiesta intención de establecer un régimen de nulidad de los actos presuntos a través del cual se superara la imposibilidad de aplicar el régimen del silencio positivo en casos de invalidez.”¹⁶

El giro efectuado por la Ley 30/1992 en materia de efectos del silencio administrativo contra legem no podía tardar en provocar la aplicación prioritaria de tales normas por los Tribunales, frente al régimen restrictivo de la legislación urbanística. Las primeras Sentencias en este sentido fueron del TSJ de la Comunidad Valenciana, que la inició una sólida corriente con su Sentencia de 2 de febrero de 2001 (nº 211), la continuó con la de 14 de mayo de 2001 (nº 666), y la resume en su **Sentencia de 22 de julio de 2003** (Az. JUR 2004\222718):

“TERCERO.- (...) Conviene recordar la **doctrina de esta Sala sobre la obtención de licencias urbanísticas por silencio positivo (...)**La Sentencia nº 211 de 2 de febrero de 2001 dice:

*«TERCERO.-Centrado así el núcleo de la cuestión litigiosa, ha de observarse que - efectivamente- el artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 disponía que "... En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos...", norma que ha sido posteriormente reiterada en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y la Ley Valenciana Reguladora de la Actividad Urbanística. No obstante, ello plantea el que si el silencio administrativo tiene carácter positivo, tal silencio quedaría virtualmente anulado por la prescripción legal transcrita, si se interpreta la misma en el sentido de que el silencio administrativo positivo no opera en el caso de que el proyecto sometido a licencia sea contrario a la Ley o al planeamiento. **Para mantener la eficacia del silencio, habría de desplazarse la previsión normativa transcrita al entendimiento de que el silencio positivo opera, pero el artículo 178.3 constituye una causa de nulidad específica que permitiría la revisión de oficio de la licencia. En definitiva, la cuestión planteada es la de si el silencio administrativo existe o no en nuestro ordenamiento jurídico. Si se admite que el silencio administrativo opera -en el caso de las licencias urbanísticas en sentido positivo-, no puede al propio tiempo sustentarse que el referido silencio no va a tener lugar en el supuesto de que la solicitud sea disconforme a Derecho; tal interpretación conduce a la real inexistencia del silencio administrativo, puesto que si habrá silencio administrativo o no dependiendo de si lo pedido es o no conforme a Derecho, no puede el ciudadano hacer valer el silencio en ningún caso, pues siempre se mantendrá la incertidumbre de si la Administración juzga -pero callaconforme o no a Derecho la solicitud.***

¹⁶ Obra citada, pág. 119.

De esta manera nos encontraríamos con que el solicitante de licencia urbanística al transcurrir los plazos del silencio se encuentra en una **situación insólita y totalmente contraria al principio de seguridad jurídica** -y, por ende, al artículo 9.3 de la Constitución Española- cual es el de no tener la legal certidumbre de si ha obtenido la licencia por silencio positivo -por el mero transcurso del tiempo- o si la misma le ha sido silenciosamente denegada -por ser contraria al planeamiento-; (...)

CUARTO.-La situación es de especial inseguridad jurídica, si observamos cómo la acción administrativa para la restauración de la legalidad urbanística tiene una duración de cuatro años a partir de la conclusión de las obras, por lo que la incertidumbre puede prolongarse todo este tiempo. Podría argüirse que, en cualquier caso, la posibilidad de que la Administración inicie un proceso de revisión de oficio también hace intervenir un factor de inseguridad; sin embargo, la situación es totalmente distinta. No puede parangonarse la situación del que ha obtenido una licencia por silencio administrativo y ve la misma objeto de un procedimiento de revisión de oficio -en el que hay una importante garantía de procedimiento con dictamen preceptivo del Consejo de Estado o equivalente autonómico-, con la del que se encuentra en la incertidumbre no saber si el silencio es positivo o negativo y debe de arriesgar el inicio de las obras para comprobar si ha sido positivo o negativo.

Siendo, por consiguiente, incompatible con el principio constitucional de seguridad jurídica la interpretación señalada en primer término -y postulada aquí por la Administración- de que la contrariedad a Derecho (en el sentido de contrario a la legislación urbanística y al planeamiento) implica la inoperatividad del silencio administrativo positivo, se debe de estar a la interpretación acorde con dicho principio -y, además, conforme con la naturaleza jurídica de las instituciones- de que la disconformidad a Derecho del proyecto objeto de la licencia tan solo implica la nulidad radical de la misma y la posibilidad de que ella sea objeto de un procedimiento de revisión de oficio».

La sentencia núm. 666 de 14 de mayo de 2001 que dice:

«Segundo. (...)Es decir, lo que decía el TR del 76 es que no se adquirirían facultades en contra del ordenamiento urbanístico, por silencio, lo que significa que no se adquirirían las facultades del proyecto que sean contrarias al ordenamiento urbanístico, pero no determinaba que no se adquiriera la licencia, en cuanto al resto del proyecto que fuera conforme con dicho ordenamiento.

Una resolución tardía del Ayuntamiento denegando la licencia de esta forma obtenida sería nula de pleno derecho, ya que supone una revocación de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento revocatorio establecido por la Ley. Si esta nulidad del acto revocatorio del derecho causa un resultado lesivo, dar lugar a indemnización por la Administración autora del mismo.

(...)

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre, ha añadido a la lista tradicional de supuestos de nulidad de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su Adquisición.

Como sostiene Parada Vázquez esta regulación implica una ampliación del efecto del silencio positivo que la Administración, que solo podrá desconocer cuando acredite que faltan requisitos esenciales para la debida obtención de la licencia, sin que sea suficiente que la petición hubiera incurrido en simple infracción del ordenamiento urbanístico o de las determinaciones de los planes.

(...)

La reforma reciente de la Ley 30/1992, favorece una interpretación distinta, y es la de que el particular no obtendrá facultades contrarias al ordenamiento jurídico, de acuerdo, pero lo que no puede la Administración es desconocer su propio acto, sino que debe declararlo lesivo y deben ser los Tribunales

los que decidan, en cuyo caso la carga de recurrir ya no le corresponde a quien obtuvo la licencia, sino a la Administración y todo ello sin perjuicio de que los órganos judiciales puedan decidir cautelarmente la suspensión del acto, total o parcialmente.

Solo esta interpretación, que hace compatible los efectos del silencio con la previsión de la legislación urbanística en orden a la no obtención de facultades es conforme con el principio de seguridad jurídica y con la Ley 30/1992. (...) No se trata de negar los efectos del artículo 178.3, sino de determinar el procedimiento de su declaración. Interpretado así el artículo 43 de la Ley 30/1992, y dado su carácter básico, ha de prevalecer sobre lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Actividades Urbanísticas de la Comunidad Valenciana, y conlleva, en el presente caso a la estimación del presente recurso».

Quedaría por ver si el Tribunal Supremo puede forzar la modificación de esta lectura de la Ley 30/1992, pero ello parece improbable a la vista de la nueva reforma del silencio administrativo operada por la Ley 4/1999.

7.- Una última vuelta de tuerca: la Ley 4/1999, de 8 de enero, y el silencio administrativo contra legem.

Es sabido que uno de los objetivos de la Ley 4/1999 fue el de aumentar las garantías del ciudadano frente al silencio de la Administración. En este sentido, resulta clave para el tema que tratamos, uno de los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley:

"No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración -siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas.

Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley."

En consonancia con esta manifestación, la redacción del artículo 43 de la LRJAPyPAC adquiere dos apartados clave:

3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

5. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada.

Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver.

Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días.

Después de esta Ley, cabe afirmar que, si el legislador preconstitucional de 1975 hizo una apuesta por la regla restrictiva del silencio positivo contra legem, no cabe ninguna duda de que el Legislador democrático

de 1992 y 1999 ha dado un giro hacia una opción menos restrictiva: el acto administrativo que crea el silencio administrativo positivo es válido hasta que no sea expulsado del mundo jurídico por alguno de los mecanismos de revisión de actos administrativos (artículos 102 y 103 de la LRJAPyPAC).

La trascendencia de la Ley 4/1999 ha sido apreciada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha modificado radicalmente su concepción del silencio contra legem: ha pasado de la inexistencia del acto administrativo a la exigencia de su revisión de oficio, a partir de su Sentencia de 20 de mayo de 2004 (Az. RJCA 994). Citamos los razonamientos clave:

"TERCERO. - Es evidente que la doctrina expuesta en la sentencia impugnada responde a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre la cuestión, acogida incluso por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26.3.2004. No obstante, rechazaremos los posibles motivos que defenderían su aplicación **después de la vigente Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92. Y como sabemos, esta reforma ha marcado un hito en la regulación del silencio administrativo positivo**, siendo relevante que en el debate parlamentario se calificó al silencio como una «grosería» (Diario de Sesiones del Congreso de 8.10.1998); y no cabe duda que el art. 43.4.a recoge una novedad trascendental cuando expresa que «a/ En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo» (...). **En virtud de esta disposición debemos rechazar los argumentos en que pudiera apoyarse la tesis de que por vía del silencio no puede adquirirse facultades en contra del ordenamiento**, e indagando la «voluntas legis» consideramos:

1°.- Que la ineficacia del silencio contra legem es un principio general del Derecho Urbanístico arraigado en nuestra legislación y por tanto vigente, tal como ha definido un sector de nuestra doctrina científica, pues con ello se olvida que el carácter informador, interpretativo e incluso normativo de un principio general del Derecho conforme al art. 1.4 del CC; no puede llegar a aplicarse contra legem, por lo que no puede invocarse dicho principio general para burlar la letra y espíritu de la Ley 4/99.

2°.- Tampoco es invocable el art. 62.1.f de la Ley 30/92 cuando indica que son nulos de pleno derecho: f/ Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. De dicho precepto se extrae la siguiente conclusión: que los actos presuntos no son nulos de pleno derecho por contravenir el ordenamiento jurídico, sino que es preciso que carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición, por lo que dicho precepto estaría regulando un supuesto semejante al de inexistencia que reconocía la doctrina (...). Volveremos más adelante sobre el alcance de esta cuestión, pero debe quedar claro, en todo caso, que dicho precepto no puede interpretarse en colisión con el art. 43.4 antes citado, debiéndose admitir una interpretación coherente de ambos como la que ahora hemos defendido.

3°.- La doctrina reiterada del Tribunal Supremo, sobre dicha cuestión no es por otro lado invocable, pues no ha tenido en cuenta ni ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la reforma mencionada, al igual que la doctrina de esta Sala, no pudiéndose invocar por otro lado, como indica la actora la STS de 22.2.2000 que contempla un supuesto especial y distinto al de autos en el que la propia Administración demandada reconoció la existencia de silencio positivo.

4°.- El carácter singular y especial de una materia como es el urbanismo, pues de admitir este argumento con ello estaríamos olvidando el carácter básico que tiene dicho precepto, art. 43.4, de modo que necesariamente ha de imponerse respecto de todo procedimiento aplicable por cualquier Administración y materia, ya que de lo contrario estaríamos convirtiendo la materia «procedimiento administrativo Común», «ex» art. 149.1.18 de la CE, en «Procedimiento general», y por tanto desplazable por un precepto especial, lo que no ocurre en el caso de autos. En todo caso, dicho precepto ha desplazado al citado art. 242.6 del

RDL 1/92, por ser de redacción posterior al mismo. Por otro lado, la Sala desconoce qué contiene el urbanismo que no tengan otras materias para que las normas procedimentales puedan operar al margen de la citada Ley 30/92, pues de admitir lo contrario podría llegar a dejarse sin contenido el espíritu de dicha Ley a través de la regulación especial del silencio en cada procedimiento administrativo sectorial.

Por el contrario, invocamos **seis argumentos** a favor de la consideración de que tras la Ley 4/99 la Administración no puede oponerse en el ámbito del silencio positivo a que el particular pueda hacer valer ante la Administración dicho silencio positivo, sin perjuicio de la acción revisoria de oficio de la Administración:

A) La Exposición de Motivos de la Ley 4/99, cuando indica que «el silencio administrativo positivo producirá un **verdadero acto** administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos por la Ley».

B) Los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) y **confianza legítima** (art. 3.1 de la Ley 30/92), en virtud de los cuales la Administración no puede invocar **extemporáneamente el hecho de que el silencio sea contrario a la Ley cuando lo ha podido hacer con anterioridad**, ni con lesión de las legítimas expectativas de los particulares que han actuado confiados en que si la Administración no ha puesto obstáculos es porque lo pretendido es conforme en el ordenamiento jurídico.

C) El criterio lógico interpretativo, que implica atender al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 del CC), de modo que la Administración no puede gozar de la **potestad de desconocer los efectos del silencio positivo cuando no resuelva y sin embargo cuando resuelve expresamente -deber ineludible- quede vinculado por los efectos del silencio**.

D) Los debates parlamentarios, reveladores de la **voluntad del legislador**, por cierto bastante consensuada, de **poner límites a las potestades administrativas respecto del silencio positivo** (sesiones de 17.12.1998 y 8 de octubre de 1998, en la que se indica que la supresión de la certificación del acto presunto como obligatoria responde a la idea de que no se puede utilizar como mecanismo para revisar un acto favorable por silencio). Y en este sentido debe recordarse el dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 1998 al Anteproyecto de Ley que sigue la línea ahora expuesta.

E) El espíritu de la reforma de la Ley 4/99, interpretada ésta de forma sistemática, que ha convertido a la obligación de resolver de la Administración en una obligación sujeta a un plazo esencial, de modo que ya no puede invocarse la doctrina general del art. 63.3 de la Ley 30/92 y su antecedente, la LPA de 17.7.1958, en el sentido de que «La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo», por lo que tal precepto no será de aplicación cuando dichas actuaciones se refieran a la resolución, so pena de constituir una antinomia con el art. 42.1. A ello habría que añadir la desaparición del procedimiento de revisión de oficio de los actos anulables del viejo art. 103, de modo que cuando la solicitud de una licencia urbanística suponga una infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 Ley 30/92) la Administración habrá de acudir a la declaración de lesividad, lo que es indicativo que la mera infracción del ordenamiento jurídico no constitutiva de nulidad de pleno derecho no puede ser desconocida por la Administración.

F) El criterio de la doctrina científica mayoritaria que ha tratado esta cuestión.

En virtud de lo expuesto esta Sala revisa su doctrina estableciendo la que a continuación se expone:

Transcurrido el plazo para resolver una solicitud de licencia, cuando el efecto del silencio sea positivo, la Administración competente, en caso de que no haya resuelto expresamente no podrá invocar que

la concesión de la licencia por silencio es contraria al ordenamiento jurídico sino acudiendo a los procedimientos de revisión establecidos en el art. 102 y ss. de la Ley 30/92."

La Doctrina en cuestión ha sido ratificada y aplicada por las Sentencias del mismo órgano de **17 de diciembre de 2004** (Az. JUR 2005\50582) y de **17 de marzo de 2005** (Az. JUR 107746).

A la vista de las consideraciones que hemos venido realizando hasta este momento, y dada la evolución legislativa que se ha constatado, resulta predecible que la Jurisprudencia de los TSJ vaya abonando las tesis de los de Valencia y Madrid, y que, cuando el Tribunal Supremo se enfrente a casos en los que se haya ya aplicado la Ley 4/1999, lo haga en términos similares a los que emplea la Sentencia citada.

8.- Algunas críticas añadidas a la teoría del "elemento sustantivo".

La teoría del "elemento sustantivo" es el reconocimiento de una doble ineficacia. Ya el silencio administrativo, por sí mismo es "una patología del procedimiento...siempre indeseable", como señala la Exposición de motivos de la Ley 4/1999. Se está reconociendo con él que la Administración, en muchos casos, no puede cumplir a tiempo las funciones que tiene encomendadas. La consagración legislativa en 1975 de la regla de la inexistencia del silencio contra legem, se basa en la necesidad de poner coto a la indisciplina urbanística que la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975 denunciaba insistentemente. Ahora bien, la regla que comentamos tiene como punto de partida el reconocimiento de que la Administración local es incapaz de cumplir sus funciones de control previo de los actos de edificación, y, por ello, necesita esta cautela añadida que convierte a la patología del procedimiento -de indeseable que debería ser- en regla vigente consagrada por la Ley.

La inexistencia del silencio administrativo en el ámbito urbanístico conduce en la práctica jurídica a situaciones verdaderamente rocambolescas. No es infrecuente encontrarse un pleito en el que el administrado demanda a la Administración para que reconozca el silencio positivo obtenido, pleito en el que la Administración irrumpe en los Tribunales con una verdadera "reconvencción" contra el proyecto sometido a licencia, esgrimiendo listas de supuestos incumplimientos del planeamiento urbanístico que el propio Consistorio no supo ver o expresar cuando se le solicitó la licencia, ya que no la denegó, y en las que ni siquiera los servicios técnicos municipales habían reparado. En esta situación, que es a la que conduce la regla criticada en muchos casos, nos encontramos con que son los jueces contencioso-administrativos los que han de realizar el control de legalidad del proyecto de obras que la Administración no hizo al guardar silencio. Se subvierten así todos los papeles en la Jurisdicción: los jueces controlan al particular, en lugar de controlar a la Administración, y ésta a su vez adopta la postura de demandante o reconviniendo, esgrimiendo todo tipo de vicios de legalidad en la actuación particular indebidamente sometida a control judicial (el proyecto, no la licencia).

Así, como estamos viendo, el efecto directo de la regla criticada consiste en un notorio relajamiento de los mecanismos jurídicos de control a la Administración en este ámbito de las licencias urbanísticas. No es precisamente un rango de la actividad administrativa que se encuentre sobrado de tutela jurídica como demuestran los incesantes casos de corrupción que saltan a la luz. Y no debe olvidarse que el nido jurídico de la corrupción siempre está en la arbitrariedad. El que tiene un poder que puede ejercer arbitrariamente, como el de dejar una solicitud de licencia en un cajón, sabe que puede pedir contraprestaciones ilícitas por ejercerlo. Del mismo modo, el que sabe que se enfrenta a un poder que puede ser ejercido arbitrariamente, sabe que para obtener sus objetivos de nada le vale tener un derecho, sino que necesita influencia, si es preciso dineraria, en quien ejerce el poder arbitrario.

Madrid, marzo de 2007 y abril de 2008.