

La legitimación activa de las Administraciones Públicas en materia de urbanismo: problemas procesales

Daniel Del Castillo Mora

Letrado Jefe del Servicio Jurídico
Provincial de Almería

I. INTRODUCCIÓN

Sirva el presente artículo para poner de relieve algunos de los problemas prácticos más relevantes que acucian a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando es precisamente una Administración Pública la que, en uso de su facultad de control de legalidad de una determinada materia, ostenta la legitimación activa en un recurso contencioso-administrativo, situándose en la posición de recurrente. Temas como los efectos del silencio de la actuación de la Administración recurrida, el cómputo de plazos para recurrir ante esta Jurisdicción o el problema del envío de simples comunicaciones sin acuerdos completos serán objeto de análisis somero a efectos de ilustrar los problemas prácticos a los que se enfrentan los Letrados de las Administraciones Públicas, algunos de los cuales deberían ser objeto de revisión por las instancias oportunas a efectos de solventar disfunciones que merman la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas consagrada en el art. 24.1 CE.

Efectivamente, sin perjuicio de que el presente análisis se haga con el debido respeto a las distintas Resoluciones judiciales que se citan, y en cuanto tal se acatan y cumplen, es necesario realizar una crítica jurídica razonada al contenido de las mismas para aportar un modesto pero necesario punto de vista desde la perspectiva de las Administraciones Públicas que ostentan la legitimación activa en cuanto garantes de la legalidad de una determinada materia. No se olvide nunca que, con mayor o menor acierto, se debe contemplar desde el prisma de servicio objetivo al interés general ex art. 103.1 CE, sin perjuicio de las responsabilidades que deban repetirse cuando dicho servicio se aparta de tales fines generales.

II. PRETENSIÓN DE INIMPUGNABILIDAD DE LICENCIAS URBANÍSTICAS CONCEDIDAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO AL IMPUGNARSE LA COMUNICACIÓN DE LAS MISMAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTROLADORA DE LA LEGALIDAD DE UN DETERMINADO SECTOR, SIENDO ÉSTA LA PRIMERA VEZ QUE SE COMUNICA

En este bloque de Sentencias nos encontraríamos aquéllas que postulan la imposibilidad de impugnar la concesión de licencias por silencio administrativo positivo, cuando la Administración controladora de la legalidad sectorial entiende que contraviene el Ordenamiento Jurídico y, por tanto, el acto es nulo de pleno derecho ex art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC en adelante), siendo el motivo de la imposibilidad de tal impugnación que el objeto sea un certificado remitido por la Entidad Local correspondiente de donde se acompañan la relación de licencias concedidas por silencio administrativo “positivo”.

1. Imposibilidad de adquisición de licencias urbanísticas contrarias al Ordenamiento Jurídico por silencio positivo

Debemos comenzar señalando como regla general que solamente cabría la concesión por silencio administrativo si no se hubiesen dado en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico. Cuando se pretende regular el sentido del silencio administrativo en los supuestos de solicitud de licencia urbanística se trasciende de la materia urbanística, en que las competencias autonómicas, como es sabido, son exclusivas y entra en juego otro título competencial más específico y por tanto prevalente, el relativo al procedimiento administrativo común en el que ha de estarse al art. 149.1.18 CE.

Ello queda confirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo, en su FJ 34, al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 242.6 del TRLS, el cual establece precisamente que “*en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico.*”. Indica en tal sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional que “*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. 149.18), por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al art. 242.6 TRLS.*”.

Por tanto, en un juicio hermenéutico de la distribución competencial que del art. 149.1.18 CE resulta para esta materia, el art. 172.5 de la Ley 7/2002, de 27 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía establece el silencio positivo no en términos absolutos y para todos los supuestos en que no se resuelva y notifique en plazo, sino en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

Consecuencia de ello, no puede entenderse que del art. 172.5 LOUA resulte un silencio positivo al margen de la regulación estatal en la materia, sino coherente con la misma.

Lo dicho se plasma con total claridad en el FJ 4 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de septiembre de 2005, recaída en el recurso 62/03, y conforme a la cual: “*A partir de la LOUA el esquema del silencio administrativo positivo es idéntico al regulado en el art. 43.2 de la Ley 30/92, según texto de la Ley 4/99*”.

Ello nos lleva a la necesidad de analizar el art. 43.2 de la Ley 30/92. El mismo establece de entrada como regla general el silencio positivo. Pero el precepto establece a continuación excepciones a dicho silencio positivo. La primera de ellas tiene carácter genérico: que una norma con rango de Ley o de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario. Las demás excepciones hacen referencia a los procedimientos del ejercicio de petición; a los supuestos en que el silencio positivo determinara la transferencia al solicitante o a tercero de facultades relativas al dominio público o al servicio público y por último procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

En el supuesto que nos ocupa, es indudable que por remisión del art. 43.2, tenemos una norma con rango de Ley, el art. 242.6 TRLS, que establecía que *en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico*.

Pero es que además, se da una singularidad: no sólo tiene el rango necesario sino que el Tribunal Constitucional considera, según señalamos anteriormente, que no estamos materialmente ante una regulación sectorial, ante una norma urbanística, sino ante un procedimiento administrativo común formulado por el Estado en el ámbito de sus competencias. Por lo tanto, constituye legislación reguladora del procedimiento administrativo común, según la literalidad del art. 172.5 LOUA.

Por consiguiente, el transcurso del plazo establecido para resolver y notificar determina que pueda entenderse otorgada la licencia y producidos los efectos del silencio positivo, cuando aquélla no es contraria al ordenamiento urbanístico. Por el contrario, de conformidad con el art. 242.6 no podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación el planeamiento urbanístico.

Este esquema ha sido reproducido en el artículo 8.1.b) in fine del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, al señalar que

“En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.

En este sentido el Tribunal Supremo, en su reciente Jurisprudencia, ha mantenido la misma postura que la que acabamos de significar.

Por un lado, la STS de 27 de febrero de 2007, en relación con la pretensión de una entidad recurrente de obtener una autorización de traslado ante la Confederación Hidrográfica del Tajo, en terrenos situados en la policía de aguas, recuerda, haciendo suyos pronunciamientos del Tribunal de instancia, y actualizándolos, que no cabe la obtención de autorizaciones o licencias por silencio positivo en contra de las normas de legalidad establecida. Así señala su FD 5º que

“QUINTO.— En todo caso, y a mayor abundamiento, el silencio administrativo no podría considerarse obtenido, ya que el mismo precepto que la recurrente considera infringido esto es, el artículo 1º del Real Decreto Ley 1/1986, de 14 de marzo condiciona la procedencia del mismo no solo al transcurso de dos meses desde la solicitud sin obtención de respuesta expresa, sino también a que la peticiones se encuentren debidamente documentadas «y estas se ajusten al Ordenamiento jurídico». La línea jurisprudencial seguida en relación con esta cuestión es antigua, constante y permanece en la actualidad, pese a las diversas regulaciones que sobre el silencio administrativo se han producido, tanto en el ámbito estrictamente procedimental como en el urbanístico. Esto es, la Jurisprudencia (y posteriormente la Ley) se ha encargado de corregir el efecto automático del silencio positivo entendiendo que (STS de 28 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 9030]): «no pueden entenderse legalizadas por esta vía, actuaciones enfrentadas con claridad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico».”

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en sendas Sentencias de 17 de octubre de 2007 al resolver los recursos de casación 9828/2003 (RJ 2007\7327) y 9397/2003 (RJ 2007\7479), en relación con la solicitud de li-

encia para la construcción de un edificio de 72 viviendas y la solicitud de licencia para la construcción de 80 recoge en su FD 9 que

“NOVENO.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 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), en la redacción dada por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329), 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 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997 (RTC 1997, 61), y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998 (RCL 1998, 959), 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”.

Finalmente, por terminar de dibujar el esquema del silencio administrativo en materia urbanística, la relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 al resolver el recurso de casación en interés de Ley 45/07 (ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate), fija como doctrina legal

“que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260), son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114), no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística”.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 21 de julio de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por una mercantil contra la negativa del registrador de la propiedad de Ibiza nº 4, a la inscripción de una escritura de parcelación, constitución de servidumbre y declaración de obras nuevas en construcción.

2. Naturaleza de acto generador de efectos jurídicos de la primera notificación que se cursa a una Administración Pública a los efectos del art. 56.1 LBRL

La peculiaridad viene motivada respecto de aquellos supuestos en los que dicha remisión supone la vez primera en la que se comunica, se notifica a la Administración Pública que ostenta las competencias de control de legalidad de una determinada materia dichos actos, lo que debe ponerse en relación con el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y del artículo, lo que se reproduce en el artículo 55 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, señalando el primero de los preceptos que “*Las Entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y forma que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Los Presidentes y, de forma inmediata, los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de este deber*”.

De esta manera, si el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo entiende que tal remisión es una mera comunicación sin efectos jurídicos, se cercena de manera insoslayable el posible control de legalidad de una determinada materia, en detrimento del interés general. Empero, es claro que si la Administración Local cumple por primera vez con el deber de remitir dichos acuerdos de concesión de licencias por silencio administrativo (que para la misma son ajustados a Derecho, y por tanto son actos administrativos) ex art. 56.1 LBRL es el primer momento en el que la Administración autonómica dispone del elemento básico para la protección de la legalidad sectorial, de manera que habiéndose impugnado dicho acto no puede encuadrarse en el art. 69.c) LJCA, ni calificarse como un mero acto de comunicación o informativo, ni tampoco argüirse que no se haya recurrido en plazo, sino que se trata de verdaderos actos administrativos encuadrables en el art. 25.1 LJCA, que para la Administración autonómica no son ajustados a Derecho y por ello se recurren.

Por consiguiente, se produciría una situación de indefensión de la Administración autonómica, de conformidad con el art. 24.1 CE, y por ende, de la protección de la legalidad urbanística. La indefensión está definida por el Alto Tribunal como “*concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la imposibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estimen pertinente, puedan hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos. Ello viene a significar que la indefensión sólo se puede originar por una actuación del órgano judicial en el curso del proceso, pero no fuera de él*” (SSTC 156/1985 (RTC 1985\156), 64/1986 (RTC 1986\64), 89/1986 (RTC 1986\89), 12/1987 (RTC 1987\12),

171/1991 (RTC 1991\171), 47/92 (RTC 1992\47) y ATC 190/1983), concepto que debe, mutatis mutandi, aplicarse al supuesto descrito si a la Administración controladora de la legalidad de un determinado sector se le veda a continuar en el presente procedimiento actuando contra un acto administrativo impugnado y no conforme a derecho.

Como recuerda la STSJ de Cataluña 160/2006, de 14 de febrero (RJCA 2006\670), “ (...) 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” [SSTC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986, 6), F. 3 c); 204/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987, 204), F. 4; en el mismo sentido, STC 180/1991, de 23 de septiembre (RTC 1991, 180), F. 1; 294/1994, de 7 de noviembre (RTC 1994, 294), F. 4]. Entre otros motivos, porque, como también hemos afirmado, “la plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE [RCL 1978, 2836]), así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 CE), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública positivos o negativos inmunes al control judicial” (STC 294/1994, de 7 de noviembre [RTC 1994, 294], citada, F. 4; igualmente, STC 136/1995, de 25 de septiembre [RTC 1995, 136], F. 3)».

Es por ello que este tipo de actos no puede calificarse como un mero acto de comunicación porque sus efectos trascienden a la mera interlocución entre Administraciones, para situarse en la esfera de la producción de efectos jurídicos, y por tanto, susceptible de ser impugnada de acuerdo con los preceptos transcritos. Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia con sede en Málaga señala que en todo caso “debemos estar, no a la tesis del conocimiento sino a la tesis de la recepción de la resolución que autoriza la licencia”, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007.

En todo caso, esta pretendida inadmisibilidad contra la actuación, en este caso, de la Junta de Andalucía ha sido precisamente desestimada, en la Sentencia 153/2008, de 24 de marzo, de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia con sede en Granada, al señalar en su Fundamento de Derecho Cuarto que “el acto recurrido es tal concesión de licencia por acto presunto y no consta que el mismo fuera notificada a la Junta de Andalucía con anterioridad, de manera que no pueda sostenerse la extemporaneidad del recurso contencioso administrativo interpuesto”. Dicha alusión viene motivada por cuanto se trata precisamente de acto susceptible de recurso contencioso administrativo en cuanto generador de efectos jurídicos y aun más no constando con anterioridad la notificación a la Junta de Andalucía.

III. IMPROCEDENCIA DE LA SUBSUNCIÓN DE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL ARTÍCULO 102 LRJAP-PAC EN LA VÍA DEL REQUERIMIENTO PREVIO ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EX ART. 44 LJCA A EFECTOS DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA ENTENDER EXPEDITA LA VÍA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

En el presente supuesto, nos encontramos con aquellas Sentencias que plasman una equiparación del supuesto de la revisión de oficio contemplado en el art. 102 LRJAP-PAC y el requerimiento previo y facultativo entre Administraciones Públicas ex art. 44 LJCA a efectos del cómputo para entender expedita la vía contencioso-administrativa ante la falta de respuesta de la Administración a la que se dirige la solicitud o requerimiento.

En los procedimientos de control de actos administrativos dictados por Entidades Locales otorgando licencias urbanísticas, en los que la legitimación activa corresponde a la Administración Pública que ostenta la competencia de control de legalidad urbanística el plazo de impugnación procesal viene dado por la vía procedimental administrativa elegida.

Así, si la vía elegida es la extraordinaria del art. 102 LRJAP-PAC o la ordinaria del art. 44 LJCA a la que debe sumarse la especial del art. 65 LBRL, los plazos procedimentales administrativos son distintos, sin que proceda la equiparación de los mismos, ya que para entender desestimado por silencio en la primera vía será necesario el transcurso del plazo de tres meses desde que se notificó la solicitud de revisión de oficio a la Entidad que dictó el acto impugnado ex art. 102.5 LRJAP-PAC, mientras en el segundo caso el plazo se somete al plazo del mes desde que se cursó la petición de anulación del acto y en el tercero, caso de no optarse por la impugnación directa, cuando transcurra el plazo fijado en el requerimiento como señala la STS de 18 de octubre de 1991. Las vías posibles de impugnación de actos nulos de las Administraciones Locales por otras Administraciones son facultad, opción de la Administración actuante. En este sentido, es clásica la distinción entre la vía extraordinaria de impugnación regulada en el art. 102 LRJAP-PAC y la vía ordinaria regulada en el art. 44 LJCA o bien la vía especial del art. 65 LBRL.

Siendo una opción y siendo distinto el íter procedimental regulado en las distintas vías, lo que en ningún caso procede es la equiparación de las mismas al fijar el plazo para recurrir en vía jurisdiccional a la desestimación por silencio de la revisión o, en su caso, requerimiento efectuado.

De esta manera, si se constata que la vía utilizada por la Administración actora es la vía del art. 102 LRJAP-PAC, esto es, el cauce extraordinario, el plazo para entender desestimado por silencio dicha solicitud es de tres meses por así disponerlo el apartado 5 del meritado precepto. En ningún caso, como a continuación veremos, como se ha realizado en Sentencia de puede mencionarse el art. 44 LJCA, ya que el mismo es un cauce procedimental y procesal que no procede equiparar a los supuestos en los que se utiliza la vía extraordinaria del art. 102 LRJAP-PAC.

Como paradigma de esta clásica diferenciación, se expresa el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 15 de septiembre de 2006, al señalar que

“Frente a dicha decisión se alza la Administración autonómica, refiriéndose ante todo a la irrelevancia que, a su entender, presenta a estos efectos su aquietamiento inicial frente a al acuerdo en cuestión, circunstancia que, en efecto, constituye el presupuesto básico de la acción de nulidad ejercitada o de la declaración de lesividad solicitada, como cauce distinto de la revisión de los actos administrativos a través de los recursos legalmente establecidos, fundamentalmente, en los artículos 107 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o de las vías previstas para la impugnación de las actuaciones de las entidades locales por parte del Estado o las Comunidades Autónomas en los arts. 65 y ss. de la LBRL.

En este orden de ideas, y frente a lo argumentado por las apeladas, debe descartarse que el transcurso de los plazos para iniciar esas últimas vías impugnatorias, como medio equivalente a aquellos recursos administrativos, determine la imposibilidad de iniciar o instar esos otros cauces extraordinarios de impugnación, como así lo reconoce expresamente el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 25 de noviembre, según el cual “...sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos en los términos y con el alcance que se establece en la Legislación del estadio reguladora del procedimiento administrativo común..”. Es más, así se reconocía también para este particular ámbito material por el artículo 187 del TRLS de 1976, y lo asume hoy el artículo 190 de la LOUA, Ley 7/2002, de 17 de diciembre, al establecer la obligación de revisión de las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en la Ley, cuyo contenido constituye o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley. Todo ello, además, según lo declarado por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 18 de julio de 1996 (apelación 8506/1991) y de 27 de julio de 1992 (apelación 8221/1990).”

Todo ello no es sino la aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece en su sentencia de 20 de enero de 1999 la doctrina jurisprudencial sobre la interposición del recurso frente a actos nulos de pleno derecho a través de la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992 :

“En efecto: es harto reiterada la Jurisprudencia de esta Sala en torno a la necesidad de apreciar la extemporaneidad de los recursos articulados contra una decisión administrativa, si quiera se basen en la supuesta nulidad radical de la misma, a no ser en el caso de que se haya acudido a la vía de instar la revisión del acto viciado a través de la vía que posibilita el artículo 109 de la Ley de 1.958 EDL1958/101 (hoy el artículo 102 de la Ley 30/1992). Mientras en este último supuesto no existe plazo perentorio alguno, ya que se otorga una acción para solicitar que la Administración inicie el procedimiento revisorio, lo siga por todos sus trámites y lo concluya por medio de una decisión –favorable o adversa a la nulidad– que podrá dar lugar a la interposición del recurso contencioso judicial, en el caso de intentarse la vía judicial directa contra el acto supuestamente nulo está obligado el impugnante a atenerse a los plazos legales de interposición de los recursos que pretenda ejercitar, sin que le dispense de ello la absoluta falta de validez del acto. Así lo han venido declarando las sentencias de este Tribunal, entre las que merecen ser recordadas las de 25 de marzo EDJ1992/2877 y 27 de julio de 1.992 EDJ1992/8430, y en los últimos tiempos la de 2 de diciembre de 1.998”.

Igualmente por su importancia y por resumir de manera gráfica el supuesto del presente supuesto, procede reproducir el FD 3º de la Sentencia 770/2003, de 29 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:

“La posibilidad de ejercicio de la acción de nulidad del artículo 102 de la Ley de 26 de noviembre de 1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), siempre que no se haya interpuesto en plazo el correspondiente recurso Contencioso-Administrativo y con independencia de la potestativa facultad que a la Administración Autonómica otorga el artículo 65 de la Ley de Bases de Régimen Local (RCL 1985, 799, 1372), viene implícitamente reconocida por el Tribunal Supremo, entre otras muchas en su sentencia de 25 de octubre de 2.001 (RJ 2001, 10095), al señalar que, en un supuesto como el ahora enjuiciado, en el que no existe el valladar de la cosa juzgada, cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho por el procedimiento establecido en la referida ley. Y, si en algunos casos tal declaración se ha realizado respecto de simples particulares, como bien se dice en la sentencia de instancia, no existe razón alguna por la cual deba la Administración Autonómica considerarse a los efectos con menor derecho, más cuando, hallándonos en materia urbanística, y en el ámbito geográfico de Cataluña, sin perjuicio de la acción pública que en la materia otorga el artículo 296 del texto refundido de las disposiciones vigentes en Catalunya en materia urbanística, de 12 de julio de 1990 (RCL 1990, 2759 y LCAT 1990, 266), aplicable al caso por razones temporales, su propio artículo 258.1 impone en todo caso que las

licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya alguna de las infracciones urbanísticas graves en él definidas sean revisadas dentro de los cuatro años desde la fecha de su expedición por la Corporación Municipal que las otorgó a través de alguno de los procedimientos prevenidos en el artículo 103 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), bien de oficio o a instancia del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas, debiendo acordar la Corporación, cuando proceda, la demolición de las obras realizadas, sin perjuicio de las responsabilidades exigibles y de las facultades subrogatorias de la Administración Autónoma. Señalando el artículo 260.2 que las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes serán nulas de pleno derecho, y, si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo.”.

Parece solventar esta disfunción el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2011 al resolver el recurso de casación en interés de Ley 61/2009, señalando que *“es ciertamente cuestionable que la sentencia que resuelve el recurso de apelación, después de declarar que la comunicación que la Junta de Andalucía dirigió al Ayuntamiento de Zúrgena no consistió en un requerimiento de anulación (que se habría formulado conforme a lo previsto en el artículo 65 de la Ley de Bases de Régimen Local o del artículo 44.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sino en una solicitud de revisión de oficio formulada al amparo de lo previsto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prescinda luego de esa apreciación al computar el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, por entender que se trata de un recurso entre Administraciones y que, por tanto, el cómputo debe realizarse según lo establecido en el artículo 46.6 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.*

Y decimos que la conclusión a la que llega la sentencia recurrida es cuestionable porque ese artículo 46.6 se refiere, en lo que aquí interesa, al supuesto en que se hubiese formulado el requerimiento de anulación previsto en el artículo 44 de la propia Ley; y acabamos de indicar que, según la propia Sala sentenciadora, tal requerimiento no existió en el caso examinado pues lo que hubo fue una acción de revisión formulada al amparo de lo previsto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Es decir, para el Tribunal Supremo esa dualidad de vías comporta un régimen de cómputos también distinto, diferenciado, sin que pueda equipararse ambos supuestos en cuanto al plazo para entender expedida la vía contencioso-administrativa.

IV. CÓMPUTO DE PLAZOS PARA RECURRIR EN VÍA JURISDICCIONAL ANTE EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN QUE NO RESPONDE A LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE OFICIO O AL REQUERIMIENTO PREVIO

Finalmente, debemos analizar el tema más delicado de cuantos hemos tratado, ya que no existe una doctrina unánime al respecto, aunque sí existe Jurisprudencia pacífica sobre el particular.

1. Naturaleza jurídica del silencio administrativo en la doctrina constitucional y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Debemos comenzar señalando que la doctrina del Tribunal Constitucional reproducida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 (RJ 2004\1021), establece que, tras la reforma operada por la Ley 4/1999 existe el deber expreso de resolver, de manera que en caso contrario no existe un acto presunto, sino una ficción legal que permite a los interesados acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, pero no puede producirse la extemporaneidad en la interposición del recurso porque la Administración que debió resolver no puede aprovecharse de su propia inacción y perjudicar al interesado de manera que se impone la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional de considerar que la situación de silencio es equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, por lo que hasta que no se produzca dicha notificación no puede comenzar el plazo para interponer el recurso. Así en dicha sentencia se explicita que

“El Tribunal Constitucional en sus sentencias 6/86 de 12 de febrero (RTC 1986, 6), 204/87 de 21 de diciembre (RTC 1987, 204) y 63/95 de 3 de abril (RTC 1995, 63) ha proclamado: y con respecto a los efectos del silencio negativo «que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales». La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585) (hoy artículo 58 LPAC [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246]), de manera que la «notificación» sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente. El Tribunal Supremo ha mantenido esta doctrina en sus sentencias de 14 (RJ 2000, 1574) y 26 de enero de 2000 (RJ 2000, 160).

(...) *La exégesis de este texto, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr. En el supuesto que decidimos no se ha producido esta notificación, razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso no ha comenzado, resultando improcedente, como hace la sentencia impugnada, la inadmisibilidad alegada, con la consiguiente desestimación del recurso formulado en interés de Ley.”.*

Asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2009, de 17 de junio proclama que

“este Tribunal tiene reiteradamente señalado que el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos supuestos 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» [entre otras muchas, SSTC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986\6), F. 3 c); 204/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987\204), F. 4; 180/1991, de 23 de septiembre (RTC 1991\180), F. 1; 294/1994, de 7 de noviembre (RTC 1994\294), F. 4; 3/2001, de 15 de enero (RTC 2001\3), F. 7; 179/2003, de 13 de octubre (RTC 2003\179), F. 4; 188/2003, de 27 de octubre (RTC 2003\188), F. 6; 220/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003\220), F. 5; 186/2006, de 19 de junio (RTC 2006\186), F. 3; 40/2007, de 6 de febrero (RTC 2007\40), F. 2; y 117/2008, de 13 de octubre (RTC 2008\117), F. 2].

Por ello hemos declarado que ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración; concluyéndose, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE (RCL 1978\2836).

Este misma línea doctrinal de la naturaleza del silencio administrativo como notificación defectuosa ha sido reproducida en diversas Sentencias posteriores de órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores. Por su claridad exposi-

tiva debemos traer a colación el FJ 3 de la STSJ de Madrid 435/2005 de 4 de abril (RJCA 247\2005) al señalar que

“Comenzaremos el examen de los temas conflictivos de este recurso con las causas de inadmisibilidad planteadas por el Abogado del Estado, como la extemporaneidad del recurso por ser presentado fuera del plazo que marca la Ley.

Aunque esta alegación se hace después de la falta de competencia del Rectorado de la Universidad, por ser causa procesal de inadmisibilidad del recurso, comenzaremos el estudio con ella por ser de carácter previo su posible estimación para poder entrar en el estudio del resto de las cuestiones planteadas más vinculadas con el fondo.

Al respecto es necesario tener presente que el artículo 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo (de aplicación según la disposición adicional primera y disposiciones transitorias de la Ley 4 /1999), dispone que transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa o en su caso se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

Efectivamente en este caso, interpuesto –como se dice y consta– con fecha de 13 de julio de 1998 el escrito de reclamación, había de entenderse presuntamente desestimada desde el 13 de enero de 1999. Con la consecuencia de poder impugnarse, la referida desestimación presunta, ante el orden jurisdiccional Contencioso–Administrativo, en el plazo de seis meses a contar desde que debieran entenderse presuntamente desestimados. Es decir a partir de esa fecha de 13 de enero de 1999, y por lo tanto –según interpretación del Abogado del Estado– solo en los seis meses siguientes, estando fuera de ese plazo el recurso interpuesto el día 11 de julio de 2001.

Así, el artículo 46.1 LJCA se refiere sin duda al plazo para recurrir ante ese orden jurisdiccional respecto de actos presuntos, diciendo que «si no lo fuera (expreso, el acto que ponga fin a la vía administrativa), el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

Y es más, tratándose de silencio negativo, desde la reforma de la Ley 30/1992 por Ley 4/1999, (que aún no es aplicable pero sirve de guía) ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino sólo –nuevamente– de ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado. Ello resulta de la nueva redacción del artículo 43.3 de dicha Ley de Procedimiento Administrativo Común, al diferenciar los efectos del silencio estimatorio

y desestimatorio, señalando para este último —a diferencia del primero o positivo— que la «desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o Contencioso-Administrativo que resulte procedente». Para la estimación por silencio se dice que tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento. Para la desestimación, por el contrario, que tiene «los solos efectos» dichos.

Por ello, el supuesto de desestimaciones por silencio negativo, y bajo la vigencia de la nueva Ley 4/1999, ya no puede entenderse comprendido en la previsión del artículo 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.

Pero es que si entendemos —por lo demás es lo correcto— de aplicación la anterior Ley 30/1992 por el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, el 13 de julio de 1998, aun existía la obligación para la Administración de resolver expresamente —artículo 43.1—, y la única forma de acreditar la existencia del acto presunto debía ser acreditado mediante la certificación del artículo 44, siendo ese un requisito indispensable para su eficacia, de tal suerte que ni los efectos del silencio administrativo se producían, ni los plazos para interponer el recurso se computaban sino a partir del siguiente día a aquel en que se produce la recepción del certificado de acto presunto, o si no es emitido, a partir del día siguiente al de finalización del plazo de 20 días en que debió ser emitida.

Desde tales premisas normativas vigente en dos momentos diferentes, se puede concluir —como hacemos— que en la ordenación legal comentada encuentra perfecto encaje la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual «no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su obligación de resolver. No es de recibo que su incumplimiento al respecto pueda redundar en perjuicio del ciudadano, poniendo en contra del mismo un instituto jurídico —el del silencio negativo— que precisamente ha sido establecido en su beneficio, para poder —no tener que— acudir a los órganos jurisdiccionales de lo Contencioso-Administrativo cuando la Administración incumple su deber de resolver».

Como ejemplo, en sentencia recaída con fecha 23-1-2004, por la Sala 3^a, sección 2^a, del Tribunal Supremo, recurso 30/2003 en recurso en interés de Ley se declara como doctrina legal: «Que el plazo para interponer el recurso Contencioso-Administrativo frente a actos presuntos negativos, esto es, desestimatorios de la pretensión, es el establecido por el art. 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, el de seis meses a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto». «Pero es también doctrina legal que la remisión que el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional hace al acto presunto, no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación que del silencio negativo se hace en la LRJ-PAC lo configura como una ficción y no como un acto presunto».

Respecto de los argumentos que en contra alega la UNED, no cabe sino considerar que la Administración no puede ocultar, ni desconocer, que es ella quien genera la situación de inseguridad al no dictar resolución expresa. Tampoco puede olvidar que esa omisión constituye un frontal incumplimiento del mandato contenido en el artículo 42.1 de la entonces vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y aplicable a este procedimiento de responsabilidad patrimonial. Siendo esto así, como lo es, no es de recibo que quien genera mediante una conducta claramente ilegal y contraria al ordenamiento una situación de inseguridad jurídica puede esgrimir esa inseguridad a su favor, pretendiendo obtener de ella ventajas frente a quienes sufren los efectos de la inseguridad creada.

Hemos dicho de modo reiterado, que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones. Y esto, y no otra cosa, es lo que la Administración pretende cuando opone la inseguridad jurídica que se deriva de un estado de cosas que tiene su origen en su propio incumplimiento, al no resolver los procedimientos pendientes, pues el modo lógico, natural, legal y que demanda la naturaleza de las cosas, para hacer cesar el estado de inseguridad que se denuncia es el de decidir las cuestiones planteadas. Por eso, la Administración, mediante el cumplimiento de la Ley, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica, de cuya existencia aquí se lamenta.

Así se pronuncian también las sentencias del TS de 14 y 26 de enero de 2000, y las del Tribunal Constitucional en sus sentencias 6/86 de 12 de febrero, 204/87 de 21 de diciembre, 63/95 de 3 de abril, y en la más recientes 188/2003 de 27 de octubre y 220/2003 de 15 de diciembre, ha proclamado, y con respecto a los efectos del silencio negativo, «que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales». La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA de 1958 (hoy artículo 58 LPAC), de manera que la «notificación» sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente.

La exégesis del texto del artículo 42.4.2º de la LRJ-PAC, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga también a concluir que, en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere, los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr.

En el supuesto que decidimos no se ha producido esta notificación, —ni siquiera se ha expedido la certificación de actos presuntos— razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso no ha comenzado, resultando procedente desestimar la causa de inadmi-

bilidad que invoca el Abogado del Estado, con la consiguiente desestimación de este motivo del recurso, tanto por lo expuesto como por la interpretación conjunta de los artículos 44.5 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria con el artículo 46 de la nueva LJCA. Hasta tal punto esto es así que el propio Abogado del Estado, en asesoramiento jurídico que da a la UNED, señala que aunque no se contenga la previsión de dictar resolución expresa después de la presunta por la Administración en la nueva LJCA, ni la obligación de hacerlo en la Ley 4/1999 que sí se recogía en la anterior Ley 30/1992 aplicable a este procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin embargo reconoce que el silencio administrativo es una ficción legal prevista para que se produzcan los efectos que el ordenamiento jurídico pretende con su articulación, que no son otros que los de arbitrar un beneficio para el administrado y no un obstáculo, perjuicio o carga, de todo lo cual resulta que todo interesado puede esperar a la resolución expresa de su petición, sin que la excesiva tardanza de la Administración en producirla le prive del derecho a acudir a la vía procedente contra ella dentro de los plazos legales, una vez que haya tenido lugar, y aún cuando se hubiesen agotado anteriormente los términos para recurrir contra la desestimación presunta, si optó por no ejercitar su derecho contra ésta, por preferir esperar a conocer la resolución expresa y sus fundamentos.

Así pues, obviada la referida extemporaneidad, pasaremos al examen del siguiente tema.”

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2006 recoge dicha línea jurisprudencial (JUR 2006\251441)

“Y, en fecha más reciente, la sentencia de 23 de enero de 2004 dictada en un recurso en interés de la Ley en que la administración pretendió una interpretación restrictiva del art. 46.1 de la vigente LJCA en línea con la exégesis aquí mantenida por la Sala de instancia se afirmó en su fundamento TERCERO : «El Tribunal Constitucional en sus sentencias 6/86 de 21 de enero, 204/87 de 21 de diciembre y 63/95 de 3 de abril ha proclamado: y con respecto a los efectos del silencio negativo “que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales”. La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA/1958(hoy artículo 58LPAC), de manera que la “notificación” sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente. El Tribunal Supremo ha mantenido esta doctrina en sus sentencias de 14 y 26 de enero de 2000. Esta doctrina sigue siendo válida en la actualidad por lo que diremos. Efectivamente el actual artículo 42.4.2º de la LPAC dispone: “En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publica-

ción del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”. El precepto tiene su origen en el mandato del artículo noveno de la Constitución, desarrollado por el legislador, precisamente, para garantizar la Seguridad Jurídica. En él se establece una regla general, universal, que no admite excepciones: “en todo caso”, regla general que se dirige a las Administraciones Públicas (todas) quienes necesariamente “informarán” a los interesados y un contenido explícito de ese mandato informativo. La exégesis de este texto, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr». La aplicación al caso de la doctrina legal que acabamos de exponer lleva a concluir que no se produjo la extemporaneidad del recurso contencioso al no constar que por la Administración demandada se cumpliera con el deber o carga de informar a la interesada sobre los efectos del silencio, por lo que es de entender que el plazo de interposición del recurso ni siquiera había empezado, a lo que es de añadir, en función de todo ello y de los limitados efectos que al silencio negativo atribuye la Ley 30/1992, que no cabe considerar que la reclamación presentada el 1-2-2002 diera lugar a un nuevo acto presunto confirmatorio de otro anterior consentido y firme.

Por tanto, podemos concluir que en ningún caso puede hablarse de extemporaneidad en aquellos supuestos en que la propia Administración ha sido la causante de dicha situación al no resolver expresamente.”

Igualmente, la sentencia de 28 de julio de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (JT 2005\1029) proclama que

“Sobre la inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento demandado, tenemos en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo de 14 (RfJ 2000, 1574) y 26 de enero de 2000 (RfJ 2000, 160), así como la sentencia de fecha 23 de enero de 2004 (RfJ 2004, 1021), en interés de Ley, que reseñan que el Tribunal Constitucional en sus sentencias 20/86, de 12 de febrero (RTC 1986, 20), 204/87, de 21 de diciembre (RTC 1987, 204) y 63/95, de 3 de abril (RTC 1995, 63), ha proclamado, con respecto a los efectos del silencio negativo, que «... no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales...» La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 58 LPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de manera que la «notificación» sólo era eficaz desde que se interpusiere el recurso precedente.

Por lo anterior, se rechaza el motivo de inadmisibilidad del recurso opuesto por el Ayuntamiento codemandado”.

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en Sentencia de 11 de febrero de 2005 (RJCA 2005\107)

“TERCERO Despejada así la incógnita sobre la posible falta de legitimación de la Real Federación Española de Fútbol, por lo que se refiere a la extemporaneidad del contencioso, y, más en concreto, sobre el plazo de seis meses que se invoca por la codemandada, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el procedimiento administrativo se inició por acuerdo adoptado por el Comité Balear de Disciplina Deportiva el 3 de mayo de 1999, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/99, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), por la que se modificaba la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y aquella configura el silencio administrativo como una ficción y no como un acto presunto, con lo que la remisión que el artículo 46.1. de la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741) hace al acto presunto no es susceptible de ser aplicada –en ese sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 (Rfj 2004, 1021), casación en interés de Ley–.

En la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469, 1504; RCL 1959, 585) se configuraba el silencio administrativo como una garantía para el ciudadano que no excluía el deber de la Administración de resolver, de modo que, incumplida esa obligación, no cabía apreciar la extemporaneidad del contencioso –artículos 93.4. de la LPA y 38.2. de la Ley Jurisdiccional de 1956 (RCL 1956, 1890), y, por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1997 (Rfj 1997, 3227) y 28 de noviembre de 1998 (Rfj 1998, 10359) –.

Tras la Ley 30/92, producido el silencio y emitida la certificación de acto presunto, el deber de resolver desaparecía, esto es, el silencio no tenía el valor de mera ficción jurídica y se consideraba así como acto desestimatorio insusceptible de modificación mediante resolución tardía y, a ese respecto, la Ley 29/98 –artículo 46.1– estableció el plazo de seis meses para impugnar el acto presunto.”

Podemos concluir, consecuentemente que la Ley 4/99 vuelve al principio, de modo que la desestimación por silencio tiene el sólo efecto de permitir que los interesados interpongan el recurso procedente –artículo 43.3– y, en esta situación, debe concluirse que no existe un plazo preclusivo para recurrir las desestimaciones presuntas y, por tanto, el artículo 46.1. de la Ley 29/98 ha quedado, si no derogado, desplazado. Por ello, en los casos que no se produjo la contestación expresa por parte de la Administración Pública, el plazo para interponer el recurso no puede considerarse que haya comenzado de acuerdo con la moderna y reiterada doctrina jurisprudencial expuesta.

2. Cómputo de plazo para recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa cuando la legitimación activa corresponde a una Administración Pública garante del control de legalidad de una determinada materia

La lógica consecuencia de la doctrina y jurisprudencia expuesta nos llevaría, sin problema alguno, a entender que en ningún caso comenzaría el plazo para recurrir ante la falta de respuesta de la solicitud de revisión de oficio ex art. 102 LRJAP-PAC, con independencia de si la legitimación la ostenta un particular interesado o una Administración Pública.

Empero, recientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada disienten de tal criterio, reduciendo el plazo a dos meses por aplicación del artículo 46.6 de la Ley 29/98, frente a lo señalado anteriormente.

Tal precepto dispone que:

“En los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado”.

Entre otras, la Sentencia 1560/2011, de 27 de junio de la Sala de Granada recoge que

“(…) Y no puede entenderse de aplicación el artículo 46.1 in fine de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de al Jurisdicción Contenciosa Administrativa, según el cual si el acto que pone fin a la vía administrativa es presunto, como sucede en el presente caso, el plazo para interponer el recurso será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto sino que ha de prevalecer el art. 46.6 del mismo cuerpo legal, que establece lo siguiente: “En los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado.”

Aún cuando nos encontramos ante el ejercicio de una acción de revisión no puede obviarse que esta se entabla entre dos Administraciones y el plazo para interponer el recurso

contencioso-administrativo debe de considerarse alicando la ley jurisdiccional que en este punto es específica.”.

Sin embargo, tal criterio, reproducido en otras Sentencias, parece no acomodarse en absoluto a lo resuelto por el Tribunal Supremo en dos Sentencias recientes, anteriores a la reproducida. Así, tanto la Sentencia de 29 de septiembre de 2010 (recurso de casación en interés de ley 12/2009, ponente D. Rafael Fernández Valverde) y la Sentencia de 14 de febrero de 2011 (recurso de casación en interés de ley nº 61/2009, ponente D. Eduardo Calvo Rojas) postulan lo siguiente:

De conformidad con el FD 4º de la primera de las Sentencias citadas *“la regulación procesal del art. 46.6 LRJCA, que se remite a su vez a los tres primeros números del art. 44 de la misma Ley y no al cuarto, en el que se señala que “queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local”, que es justamente la que acabamos de citar”* para añadir *“(…) esto es, el legislador ha excluido en este tipo de conflictos los recursos administrativos, pero no la solicitud de revisión de oficio, como podía haber hecho de forma expresa”,* concluyendo que *“(…) por tanto en el supuesto de autos deben considerarse acertados los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación que revisamos en ordena a adecuada utilización por parte de la Junta de Andalucía del procedimiento de revisión de oficio prevenido en el citado artículo 102 de la LRJPA, posibilidad no vedada por el hecho de no haber interpuesto el recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses legalmente previsto en la Ley, ni por el hecho de no haber ejercitado, una vez recibida del Ayuntamiento la comunicación del otorgamiento de licencias de que se trata la acción que le otorga el artículo 65.2 LBRL que le permita, para el caso de considerar que tales acuerdos infringían el ordenamiento jurídico, efectuar al Ayuntamiento en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación, un requerimiento para su anulación”.*

Ello debe ponerse en relación con el FD 4 de la Sentencia de 14 de febrero de 2011 que señala que *“es ciertamente cuestionable que la sentencia que resuelve el recurso de apelación después de declarar que la comunicación que la Junta de Andalucía dirigió al Ayuntamiento de Zúrgena no consistió en un requerimiento de anulación (que se habría formulado conforme a lo previsto en el artículo 65 LBRL o del art. 44 LRJCA) sino en una solicitud de revisión de oficio formulada al amparo de lo previsto en el art. 102.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prescinda luego de esa apreciación al computar el plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo por entender que se trata de un recurso entre Administraciones y que, por tanto, el cómputo debe realizarse según lo establecido en el art. 46.6 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Y decimos que la conclusión a la que llega la sentencia recurrida es cuestionable porque ese artículo 46.6 se refiere, en lo que aquí interesa al supuesto en que se hubiese formulado el requerimiento de anulación previsto en el artículo 44 LRJCA, y acabamos de indicar que según la propia sentencia sentenciado-*

ra tal requerimiento no existió pues lo que hubo fue una acción de revisión formulada al amparo de lo previsto en el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Por tanto, es fácilmente colegible de la lectura jurisprudencial que si se formula una solicitud de revisión de oficio la misma no puede ser reconducida ni a la vía del art. 44 LJCA ni a la vía del art. 46.6 LJCA para el cómputo de plazos, sino que con sustantividad propia, deberá examinarse la regularidad de los plazos previstos precisamente en el art. 102 LRJAP-PAC, sin perjuicio del examen de los plazos procesales.

Respecto de los plazos procesales y la imposibilidad de aplicación del art. 46.6 LRJCA cuando estamos ante la vía del art. 102 LRJAP-PAC no puede ser más contundente el FD 5º in fine de la sentencia de 14 de febrero de 2011 al consignar que: “ (...) *el recurso de casación en interés de ley no podría prosperar respecto de normas cuya correcta interpretación ya está suficientemente establecida en la jurisprudencia. Y esto es lo que sucede con relación al cómputo del plazo establecido para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos de la Administración, pues en torno a lo dispuesto en el artículo 46.1 LRJCA existe una jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo y de la que son exponente, entre otras, la Sentencia de esta Sala y sección 5ª de 8 de octubre de 20058 (casación 6473/04), las de la Sección 6ª de 31 de marzo de 2009 (casación 308/05) y de 20 de octubre de 2009 (casación 2823/05) y la de la Sección 7ª de 17 de febrero de 2010 (casación 1212/08) en la que se reseñan diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional cuya doctrina recogen”.*

De dicha doctrina reciente consolidada se extrae sin dificultad alguna que una vez que instamos la revisión de oficio, la falta de respuesta, esto es, el silencio, opera como una notificación defectuosa, por lo que no comienza en modo alguno el plazo para recurrir.

Uteriormente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada ha dado una vuelta de tuerca más al objeto de impedir tal aplicación de la doctrina del silencio como ficción legal al supuesto en que las Administraciones Públicas ostentan la legitimación activa, al señalar al Sentencia 43/2012, de 23 de enero que tal doctrina no resulta de aplicación al señalar que “ (...) *la doctrina expuesta no resulta de aplicación al supuesto que contempla (...) Significar que precisamente la mención al ciudadano y al administrado es constante y exclusiva en la exposición de la doctrina jurisprudencial sobre el establecimiento de las reglas de cómputo que tratamos”.*

En este punto, considero errónea, con el debido respeto a las decisiones judiciales y a los órganos judiciales, la doctrina apuntada por cuanto distingue

subjetivamente los supuestos de silencio administrativo y su equiparación a una notificación defectuosa, cuestión en modo alguna permitida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es precisamente el hecho objetivo, el silencio, la absoluta falta de cumplimiento del deber de resolver sobre el que debe recaer la doctrina constitucional apuntada, porque si se formulan diferenciaciones subjetivas se estaría desenfocando la doctrina constitucional y la jurisprudencia apuntada: lo que no se quiere es que el incumplimiento del deber de resolver pueda evadirse por una actuación jurisdiccional pretendidamente extemporánea, por lo que no cabe realizar ninguna diferenciación subjetiva.

Ya lo apuntábamos antes, no puede ser más contundente el FD 5º in fine de la sentencia de 14 de febrero de 2011 al consignar que: “(...) *el recurso de casación en interés de ley no podría prosperar respecto de normas cuya correcta interpretación ya está suficientemente establecida en la jurisprudencia. Y esto es lo que sucede con relación al cómputo del plazo establecido para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos de la Administración, pues en torno a lo dispuesto en el artículo 46.1 LRJCA existe una jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo y de la que son exponente, entre otras, la Sentencia de esta Sala y sección 5ª de 8 de octubre de 20058 (casación 6473/04), las de la Sección 6ª de 31 de marzo de 2009 (casación 308/05) y de 20 de octubre de 2009 (casación 2823/05) y la de la Sección 7ª de 17 de febrero de 2010 (casación 1212/08) en la que se reseñan diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional cuya doctrina recogen*”.

Pero aún más contundente resulta el FD 4º de la Sentencia de 29 de septiembre de 2010 dictada por el Tribunal Supremo “*la regulación procesal del art. 46.6 LRJCA, que se remite a su vez a los tres primeros números del art. 44 de la misma Ley y no al cuarto, en el que se señala que “queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local”, que es justamente la que acabamos de citar*” para añadir “(...) *esto es, el legislador ha excluido en este tipo de conflictos los recursos administrativos, pero no la solicitud de revisión de oficio, como podía haber hecho de forma expresa*”, concluyendo que “(...) *por tanto en el supuesto de autos deben considerarse acertados los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación que revisamos en ordena a adecuada utilización por parte de la Junta de Andalucía del procedimiento de revisión de oficio prevenido en el citado artículo 102 de la LRJPA, posibilidad no vedada por el hecho de no haber interpuesto el recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses legalmente previsto en la Ley, ni por el hecho de no haber ejercitado, una vez recibida del Ayuntamiento la comunicación del otorgamiento de licencias de que se trata la acción que le otorga el artículo 65.2 LBRL que le permita, para el caso de considerar que tales acuerdos infringían el ordenamiento jurídico, efectuar al Ayuntamiento en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación, un requerimiento para su anulación*”.

Por tanto, en conclusión, una interpretación más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de nuestra Carta Magna, conduce, frente a lo postulado por las recientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, y realmente en sintonía con lo señalado por el propio Tribunal Supremo por Sentencias recientes y anteriores a las del Alto Tribunal andaluz, permitiría, sin duda alguna a trasladar la doctrina de la equiparación del silencio administrativo a la notificación defectuosa al supuesto en el que las Administraciones Públicas resultan recurrentes.

Como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 citada:

“La duda suscitada gira, pues, en torno al concepto de interesado del artículo 102.1 de la LRJPA, que, en principio, no encajaría en el concepto que del mismo –de interesado– se establece en el artículo 31 de la misma Ley, ya que dicho precepto dibuja un concepto de interesado como portador de derechos e intereses legítimos, mas no de potestades administrativas, como ocurriría –en este caso– con la Administración autonómica; mas tal circunstancia no implica que el concepto de interesado pueda resultar alterado por el hecho de que quien ocupe dicha posición sea una Administración pública investida, sin duda, de potestades administrativas, pues el legislador ha contemplado en el artículo 31 de la LRJPA –dentro del Título III “De los interesados”– la situación de una clásica relación administrativa en la que un particular (persona física o jurídica) mantiene –llamémosle así– un vínculo basado en derechos o intereses con una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo: Así, el artículo 30 anterior de la misma LRJPA se refiere a la capacidad de obrar “ante las Administraciones Públicas”, el mismo 31 hace referencia a los “interesados en el procedimiento administrativo”, en el 32 de que “podrán actuar”, e, incluso, en el 35 –ya en el Título IV– se les reconocen, a los “ciudadanos” una serie de derechos “en sus relaciones con las Administraciones Públicas”.

V. CONCLUSIONES

En primer lugar, es clara la imposibilidad de la adquisición de licencias administrativas por silencio positivo cuando resultan contrarias al Ordenamiento Jurídico, cuestión que parece clara según lo señalado en el artículo 8.1.b) in fine del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, así como la doctrina legal fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009. Es por ello, para el hipotético caso de que se remitiesen a la sede de una Administración Pública un certificado de licencias pretendidamente otorgadas por silencio positivo, y dicha comunicación fuese la primera vez que se cumpliese con lo dispuesto en

el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Régimen Local, no podría cercenarse la posibilidad de que dicha Administración impugnase, en su caso, dichos actos.

En segundo lugar, resulta igualmente meridiana la siendo una opción y siendo distinto el íter procedimental regulado en las distintas vías (bien la vía del art. 102 LRJAP-PAC, bien la vía del art. 44 LJCA), lo que en ningún caso procede es la equiparación de las mismas al fijar el plazo para recurrir en vía jurisdiccional a la desestimación por silencio de la revisión o, en su caso, requerimiento efectuado.

Finalmente, la doctrina de la equiparación del silencio administrativo a una notificación defectuosa y su efecto más importante, esto es, la imposibilidad de pretender que haya comenzado el plazo para recurrir, no puede limitarse al supuesto en el que un Administración Pública ostenta la legitimación activa y es recurrente. Esta reducción de plazos para dicho supuesto primaría la inactividad de quien incumple su deber de resolver ex art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y por tanto se aleja de la doctrina constitucional apuntada. Aun cuando la nulidad es imprescriptible, y nada impediría reiterar la solicitud de revisión de oficio, la seguridad jurídica y del tráfico mercantil exige una respuesta más acorde con la doctrina apuntada. Esta cuestión hubiera quedado exenta de polémica si el Tribunal Supremo hubiese resuelto el recurso de casación en interés de Ley 61/2009, ya que siguiendo el tenor del pronunciamiento de la Sentencia la doctrina legal es pacífica para el Alto Tribunal, lo que, como hemos analizado, no lo es para los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores, conllevando una dosis de inseguridad jurídica que sería necesario solventar definitivamente para el caso de la legitimación activa de las Administraciones Públicas.