



TÍTULO

**EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LAS LICENCIAS
URBANÍSTICAS**

AUTORA

María Ángeles Mostazo Pascual

Tutor Investigación

Curso

ISBN

©

©

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2010

Federico Romero Gómez

Experto Universitario en Urbanismo (2009)

978-84-693-6133-7

María Ángeles Mostazo Pascual

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 2.5 España.

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LAS LICENCIAS URBANISTICAS

CURSO: EXPERTO EN DERECHO URBANISTICO
NOMBRE: M^a ANGELES MOSTAZO PASCUAL
DIRECCIÓN: C/ PLATERO, BL. 4- 3º C (29011 MALAGA)
CORREO: a_pascual33@hotmail.com
TL. 647-405708
FECHA: 30 DE DICIEMBRE DE 2009

INDICE.

I.- INTRODUCCION

II.- EVOLUCION HISTORICA. EXAMEN DE LA LEGISLACION

III.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

IV.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA DE 29 DE MARZO DE 2007.

V.- ANALISIS DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 28 DE ENERO DE 2009.

VI.- CONCLUSIONES GENERALES SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

I.- INTRODUCCIÓN

Este Proyecto aborda la problemática del silencio administrativo en relación a las licencias urbanísticas, pero en este caso analizando el desarrollo legislativo y la orientación doctrinal y jurisprudencial del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia.

Dentro del complicado mundo del urbanismo una de las cuestiones que más problemas plantea es la de las licencias urbanísticas, desde la obra menor, hasta la edificación de grandes complejos urbanísticos.

Tomando como punto de partida la naturaleza jurídica de las licencias, **la concepción de la licencia como acto declarativo de un derecho subjetivo previo a la misma**, ha estado vigente en nuestro derecho urbanístico con la Leyes de 1956, 1975 (y texto Refundido de 1976), 1998 y 2007.

Una quiebra en esta concepción 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. Esta concepción de la licencia como acto constitutivo del derecho a edificar, introdujo un paréntesis que no es el que rige hoy en nuestro derecho urbanístico.

Por otra parte el Tribunal Supremo 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; 15-06-2001, RJ 5795; 03-10-2001, RJ 7649 y las que en ellas se citan)

Para la doctrina científica, «el principal límite a la operatividad del silencio positivo sigue siendo el principio de legalidad». Ahora bien, del sometimiento del instituto del silencio positivo al principio de legalidad, **se derivan una serie de consecuencias que traen consigo problemas de inseguridad jurídica** para el administrado, pues el administrado constantemente tendrá la incertidumbre y el riesgo de que su instancia, aunque él lo extrañe o ignore, suponga una infracción de la legalidad y que, en consecuencia, se considere que lo solicitado nunca llegó a ser otorgado, lo que choca cardinal y frontalmente con el principio constitucional de seguridad jurídica.

La demora injustificada en el otorgamiento de una licencia hace referencia a la inactividad de la Administración y al instituto del silencio administrativo. Como establece el art. 42 LRJPAC, la Administración está obligada a resolver en el plazo máximo que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable a cada caso.

II.- EVOLUCION HISTORICA. EXAMEN DE LA LEGISLACION.

La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956 predicaba una automaticidad de la técnica del silencio administrativo positivo por el simple transcurso de los plazos.

En la Ley de 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 aparece recogido lo siguiente:

“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.”

En la Exposición de Motivos de la Ley del suelo de 1975 hay numerosas referencias al fenómeno de la *indisciplina urbanística*.

La redacción es casi idéntica a la del artículo 242.6 del TRLS de 1992.

El artículo 242.6 del TR- de la Ley del Suelo de 1992, relativo al silencio administrativo contra legem en las licencias urbanísticas, es un precepto que ha sido derogado TRLS 2008, pese a que se encontraba incluido en un texto legal que fue notablemente cercenado mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo, en su Fundamento Jurídico 34 le reconoce carácter de legislación básica, y pese a que también el texto legal que lo contiene fue mas tarde rebasado legislativamente pro la Ley del Suelo 6/1998 de 13 de abril del Suelo y Valoraciones, pero su Disposición Derogatoria mantienen expresamente en vigor al artículo 242.6 del TR de la Ley de Suelo de 1992. Su vigencia continua puesto que la Disposición Derogatoria de la Ley del Suelo 8/2007 no deroga el artículo 242.6 del TR de la Ley de Suelo de 1992.

El art. 242.6 TR92 dispone:

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

Expuesto cuanto antecede, se debe ahora destacar un límite general a los efectos del silencio administrativo positivo contemplado en la legislación del suelo desde el TR76, límite que impide obtener por silencio administrativo licencias “en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”, criterio ratificado unánimemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que se concreta en la imposibilidad de entender

adquiridas facultades o derechos en contra del ordenamiento jurídico que no podrían obtenerse en virtud de un acto administrativo expreso.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 es una refundición de las disposiciones vigentes del TRLS 92 y de la Ley de Suelo de 2007, en virtud de la delegación legislativa de la Disposición Final Segunda de dicha Ley. Por dicha razón, en principio, no cabe destacar novedades importantes, salvo las derivadas de la propia refundición y armonización de ambos textos legislativos.

Sin embargo, si que podría hacer referencia al **antiguo artículo 242.6 del TRLS 92**, que recoge el TRLS 08 en su artículo 8.1 y vuelve a establecer que **“En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.”**

El mantenimiento de este precepto, para quienes sostienen que conlleva que no se produce el silencio administrativo en las licencias de obras cuyos proyectos no se ajusten al planeamiento, posiblemente les haga reafirmarse en su postura. Sin embargo, para los que sostienen el criterio contrario, es decir, que se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho y que por tanto la licencia es susceptible de revisión de oficio, el artículo 8.1 del TRLS 08 en modo alguno supone ningún tipo de cambio.

El marco en el que se desarrollaron las corrientes doctrinales y jurisprudenciales restrictivas del silencio administrativo sufrió un cambio enorme con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Pueden distinguirse 3 periodos normativos muy diferenciados:

- el derivado de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958
- tras la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

- y tras la reforma parcial de la Ley 30/1992 con al Ley 4/1999, de 13 de enero.

El **silencio positivo** viene regulado en la Ley 30/1.992 que establece en su artículo 43 que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento de plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa permite considerar que la licencia ha sido estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda.

La promulgación de la LRJ-PAC supuso un cambio radical en el régimen aplicable al silencio administrativo, que pasó de tener un carácter predominantemente negativo en la ley del Procedimiento Administrativo de 1958 a tener con carácter general, como ya tenía en el RS, un sentido estimatorio. Según la propia Exposición de Motivos de la LRJ-PAC:

“La Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo.”

El objetivo de la Ley 4/1999 no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. **El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”.**

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 43 de la LRJ-PAC, “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”, de manera que en la LRJ-PAC solo el silencio positivo tiene la naturaleza de acto administrativo, mientras que el silencio negativo constituye una ficción legal cuyo único efecto es permitir al interesado

interponer el recurso que proceda contra la desestimación tácita de su solicitud o petición.

Así pues, a partir de la LRJ-PAC y con mayor énfasis a partir de su reforma llevada a cabo por **la Ley 4/1999**, queda establecida con carácter general la regla del silencio administrativo positivo. Como se ha indicado, solo el silencio positivo tiene la naturaleza de acto administrativo, por ello **la letra a) del apartado 4 del art. 43 de la LRJ-PAC** indica que “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”, **es decir, el silencio no altera el deber de la administración de dictar resolución expresa, aunque ésta solo podrá dictarse de ser confirmatoria.**

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del art. 43 de la LRJ-PAC, el cual se refiere únicamente al silencio positivo, los actos administrativos producidos (por silencio administrativo) surtirán sus efectos jurídicos desde el vencimiento del plazo máximo en que deba dictarse y notificarse la resolución expresa, sin que la misma se haya producido.

Como apunta **GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARO** el apartado 5 que ahora se comenta “configura una especie de eficacia «erga omnes» del silencio positivo, al decir que «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». **Se trata, pues, de una eficacia no limitada al ámbito de las relaciones entre el administrado y la Administración, sino con alcance frente a terceros, sean otras Administraciones Públicas o particulares, similar a la que producen los documentos públicos según el régimen del artículo 1218 del Código Civil”**

El último inciso del apartado 5 del art. 43 recoge un modo especial de acreditar los actos presuntos aplicable a los supuestos del silencio positivo, al ser éste el único que produce actos administrativos, se trata de la certificación acreditativa del silencio producido que la LRJ-PAC permite al interesado solicitar de órgano competente para resolver, certificado que, una vez solicitado, deberá emitirse en el plazo de 15 días, sin que la Ley indique nada sobre los efectos concretos de la emisión de esta certificación o de su emisión fuera de plazo.

Con la aprobación de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y la Ley 4/1999, de 13 de enero, se cuestiona si el régimen del silencio administrativo de esta ley es compatible con el artículo 242.6 del TR de al Ley del Suelo de 1992, y si este precepto puede guardar la consideración de legislación especial de aplicación prioritaria en el ámbito urbanístico.

Además la **Ley 30/1992** introdujo otro cambio fundamental, referido específicamente a los efectos del silencio administrativo contra legem, en la regulación de las causas de nulidad e los actos administrativos, **artículo 62.1:**

“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.”

El autor de la monografía “El silencio administrativo en al nueva *LRJAP* y *PAC*” **E. GARCIA-TREVIJANO**, hace 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, era plenamente aplicable a tenor de la legislación entonces vigente.

Se pretende de esta manera situar la situación, 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 al LAP.”

Las diferentes **Comunidades Autónomas** han recogido expresamente en su legislación urbanística el régimen del silencio administrativo para las licencias urbanísticas, unas utilizan el término facultades y otras la palabra licencias:

Cataluña: Artículo 5.2 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio.

Castilla- La Mancha: Artículo 162.1, párrafo 2º del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre de 2004.

Castilla y León: Ley 5/1999 de 8 de abril de Urbanismo de Castilla y León, artículo 7.1.

Valencia: Artículo 196.3 de al Ley 16/2005 Urbanística Valenciana de 30 de diciembre de la Generalitat.

Extremadura: Artículo 177.1 de la Ley 15/2001 de 14 de diciembre del suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

País Vasco: Artículo 211.1 de la Ley 2/2006 de 30 de junio de Suelo y Urbanismo.

Principado de Asturias: Decreto Legislativo 1/2004 de 22 de abril, artículo 229.7.

La Rioja: Ley 5/2006 de 2 de mayo de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, artículo 195.4.

Aragón: Ley 5/1999 Urbanística de 25 de marzo, artículo 176.

Canarias: Artículo 166.6 del Decreto Legislativo 1/2000 de 8 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias.

Cantabria: Artículo 192 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

Galicia: Ley 9/2002 de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, artículo 195.1

Murcia: Artículo 217.5 del Decreto Legislativo 1/2005 de 10 de junio que aprueba el TR de la Ley del Suelo de la Región de Murcia

Navarra: Artículo 192.4 de la Ley Foral 35/2002 de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Andalucía: Artículo 172. 5 de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Madrid: Ley 9/2001 de 17 de julio, del Suelo de al Comunicad de Madrid, artículos 154.5 y 155.3.

III.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia que se va a comentar procura exponer la crítica relación existente entre los principios de seguridad jurídica y legalidad en la jurisprudencia que versa sobre la producción de actos presuntos *contra legem*. La normativa urbanística vigente, con precedente directo en el artículo 242.6 TRLS 1/1992, continúa la afronta a la producción del silencio positivo tal como lo prevé la Ley 30/1992 que fue modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La revocación de actos declarativos de derechos que son producto del silencio administrativo constituye una trasgresión a los principios de confianza legítima y seguridad.

Desde hace años se ha venido discutiendo si en el ámbito de las licencias urbanísticas se produce el silencio administrativo positivo aún en contra de las prescripciones previstas desde la ordenación urbanística («contra legem»), habiéndose verificado tendencias oscilantes. A raíz de las alteraciones introducidas por la legislación de procedimiento administrativo común y con el matiz introducido por la regla del párrafo 3º del artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, si estimamos que sí se produce el indicado silencio positivo, coincidiríamos con el más reciente posicionamiento de nuestros Tribunales Superiores de Justicia Valenciano y Andaluz. No obstante, este no

es el criterio adoptado por el Tribunal Supremo, volviendo a la doctrina de la no concesión de licencia por silencio en contra de dicha normativa.

Es importante partir de dos precisiones, ya que, como sostiene la STS de 23 de diciembre de 1993, al interpretar la LRJ-PAC, una cosa es el procedimiento administrativo común (ordenación de trámites para llegar a una resolución final) y otra distinta el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. De esta manera, los efectos del silencio administrativo, materia propia de los actos administrativos, forma parte del régimen jurídico recogido en dicha Ley que es, en este aspecto, de aplicación directa. En consecuencia:

a) Los efectos del silencio administrativo, aplicables a las licencias urbanísticas, serán los establecidos en la LRJ-PAC.

b) El procedimiento, que es el recogido en la normativa del Régimen Local (art.9 RS) puede ser modificado por las Comunidades Autónomas competentes en esta materia, las cuales pueden suprimir el carácter bifásico del procedimiento del art. 9 RS, por lo que sólo se llevarían las actuaciones con el Ayuntamiento, sin denuncia de la mora ante el órgano autonómico.

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, sobretodo si se le compara con las numerosas previsiones que sobre esta materia establecen actualmente los cinco apartados del artículo 43 de la Ley 30/92.

Ante esta parca regulación, la Jurisprudencia adopto posturas contrapuestas.

La Sentencia inicial que sirve de apoyo a la línea restrictiva es la de 31 de octubre de 1963 (RJ 4740), y en concreto con la siguiente afirmación:

“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.”

Una segunda Sentencia que sirve de apoyo a la línea restrictiva es la de 27 de mayo de 1967 (RJ 3070).

Otra Sentencia en la línea restrictiva del silencio administrativo es la de 31 de octubre de 1968 (RJ 4891). Esta copia los términos literales de la de 27 de mayo de 1967, añadiendo que el silencio administrativo positivo es una “*excepcional figura*”.

Una última Sentencia de esta etapa es la de 18 de marzo de 1970 (RJ 1931).

El análisis de estas Sentencias da una idea de cómo se gestó la regla restrictiva del silencio administrativo positivo. Además hay que 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.

La **doctrina jurisprudencial mayoritaria que sostiene el Tribunal Supremo** hasta fechas recientes es la que considera que cuando se vulnera la legislación o el planeamiento urbanístico, no existe el silencio administrativo positivo; siendo válida una resolución tardía y denegatoria de la licencia. Esta doctrina es la que sigue entre otras la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007**.

Otras Sentencias que siguen manteniendo ese signo negativo del silencio son:

- Sentencia Tribunal Supremo, sección 5ª de 29 de junio de 2002, recurso 7278/1998.
- Sentencia del TS, Sección 5ª, de 17 de noviembre de 2003, Recurso 11768/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 5ª, de fecha 3 de noviembre de 2005, recurso 6660/2002.
- Sentencia TS de 31 de octubre de 2006, recurso de casación 3289/2003.

Si el Tribunal Supremo se basa en la idea de que *“por el transcurso de un plazo, no puede considerarse permitido lo que esta prohibido”*. **Esta Jurisprudencia restrictiva plantea dos dudas:**

1º Que la postura contraria no concibe el 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, (defendida en alguna Sentencias del Tribunal Supremo como la de 20 de mayo de 1966, RJ 2826). El plazo es accesorio lo fundamental es la falta de respuesta de la Administración.

2º Con la expresión *“...puede considerarse permitido lo que esta prohibido”*, parece que estuviera achacando al silencio positivo un intento de modificar las disposiciones generales vigentes que prohíban una determinada actuación. Desde la postura contraria entienden que la consecuencia de un acto administrativo 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 regla restrictiva fue pronto recogida en el Reglamento de Disciplinar 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 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 de 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”.

La postura crítica de la jurisprudencia y la doctrina científica sobre el silencio positivo, rápidamente se trasladó al plano legislativo.

Esta teoría del elemento sustantivo había ya sido formulada doctrinalmente en la obra “Lecciones de Derecho Urbanístico” de **E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y L. PAREJO**, en la que estos autores se hacen eco de la existencia de dos líneas jurisprudenciales contrapuestas a la hora de dar operatividad al silencio positivo. Estos dos autores se mostraban muy críticos con la imposición de este elemento sustantivo, pues

consideraban 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.

Otro autor **J. M. FERNANDEZ 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”.

Pese a todas estas voces críticas, la teoría del elemento sustantivo se asentó de forma muy sólida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (como son 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.)

Alguna Sentencia en contra de esta idea, y una de las más representativas es la de 22 de febrero de 2000 (RJ 3639), la cual se pronuncia de la siguiente manera:

“ (...) De aquí, que aunque se estime que tal proyecto, incumplía la normativa urbanística municipal, al haber sido otorgada ya la licencia, la Administración debió acudir a la suspensión dispuesta en el artículo 186 de la Ley del Suelo de 1976 y posterior traslado a la Sala jurisdiccional competente, o a la anulación de tal acto declarativo de derechos, a través del mecanismo articulado en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero no denegar directamente una licencia de obra ya otorgada.”

Esta misma línea es la que acogen la Resoluciones de al Dirección General de los Registros y del Notariado. Como ejemplo la Resolución número 1/2006 de 23 de febrero (RJ 2006/1727), Fundamento Jurídico 2º y 4º.

Para muchos autores el silencio administrativo no es una presunción de legalidad sino una ficción. Como dice GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO, con el silencio administrativo se finge algo perfectamente posible, se finge que el procedimiento administrativo ha terminado (...) el derecho recurre a este artificio para proteger el interesado frente a una administración que utiliza su privilegio del acto previo para cerrarle el paso a la vía revisora ulterior, o para impedirle el ejercicio de un derecho.

... Cuando haya caído en esta trampa ... el interesado tiene la posibilidad de escapar usando de este artificio jurídico que es el silencio administrativo”.

Como dice **RIVERO GONZALEZ reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo**, de la que puede ser cualificado exponente la Sentencia de 4 de abril de 1997, con cita de otras muchas, tiene declarado que "el silencio positivo constituye una solución satisfactoria para el administrado asegurándole el acto o decisión frente a la inactividad de la Administración, pero comporta ciertos riesgos para el interés público porque puede dar lugar a que aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico (SSTS 28 de octubre de 1988 y 19 de noviembre de 1990, entre otras); y de ahí que, como se ha adelantado, el silencio no pueda ser utilizado como cauce para obtener derechos contrarios a la Ley, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio administrativo lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento jurídico". Este criterio jurisprudencial quedó incorporado al texto de la LRJ-PAC, cuyo artículo 62.1,f), en redacción mantenida íntegramente tras su reforma por la Ley 4/1999, dice que los

actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de "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".

La Jurisprudencia, con el fin de no dejar inoperativa la técnica del silencio administrativo positivo, ha dejado sentado que para aplicar este límite general que prohíbe entender adquiridas facultades o derechos por silencio administrativo en contra del ordenamiento jurídico es necesario que exista una contradicción clara y terminante entre lo solicitado por el interesado y dicho ordenamiento. Así, la STS de 13 de noviembre de 1986 dice "... aun cuando sea cierto que no puede adquirirse por silencio administrativo lo que no sería posible a través de un acto expreso por infringir el Ordenamiento Jurídico, ... dicha imposibilidad requiere que la infracción sea clara y terminante...".

Según **GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO**, "De todas maneras, hay que reconocer que **la tendencia legislativa y jurisprudencial** es a la aplicación del silencio positivo, y de todo ello son una clara muestra las dificultades puestas por la legislación urbanística al empleo de esta técnica en el caso de licencias, estableciendo que «en ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanísticos» (art. 242.6, TR92). Quizá podamos estar de acuerdo, sin embargo, en que preceptos como este vienen a primar la desidia administrativa, porque las consecuencias –ciertamente inaceptables– que se han querido evitar con dicha norma se pueden impedir simplemente consiguiendo que la Administración resuelva en plazo. Pero, a lo que parece, esto es imposible de conseguir. Se ha optado entonces por hacer recaer las consecuencias desfavorables de un posible defecto urbanístico del proyecto en el interesado".

La aplicación de la norma contenida en el art. 242.6 del TR92, que responde al principio de legalidad, no ha sido pacífica en la doctrina jurisprudencial como se desprende de los fallos dictados por algunos Tribunales Superiores de Justicia que han aplicado la regla del silencio positivo a pesar de que el acto objeto de la licencia solicitada contravenía la ordenación urbanística.

Con la regulación de los efectos del silencio administrativo contra legem en Ley 30/1992 los Tribunales no tardaron en aplicar prioritariamente estas normas, frente al régimen restrictivo de la legislación urbanística. Estas Resoluciones daban prioridad o preferencia al principio de seguridad jurídica sobre el principio de legalidad.

A pesar de que **la jurisprudencia tradicional** ha estado siempre a favor de limitar el otorgamiento de licencias por silencio administrativo positivo al previo cumplimiento del ordenamiento jurídico público, actualmente, ha comenzado a despuntar una nueva doctrina que considera que la regulación del silencio administrativo, introducido en la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha desplazado el criterio contenido en el art. 242.6 del TR92.

Las primeras Sentencias en este sentido fueron del **Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que la inició una sólida corriente con su Sentencia nº 211 de 2 de febrero de 2001, la continuó con la nº 666 de 14 de mayo de 2001, y la resumen en su Sentencia de 22 de julio de 2003** (Az. JUR 2004/222718):

“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.

De esta manera nos encontramos con que el solicitante de la licencia urbanística al transcurrir los plazos del silencio se encuentra en una situación insólita y totalmente contraria al principio de seguridad jurídica, del artículo 9.3 de la Constitución Española; 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...

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....”

Otra reciente Sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 24 de noviembre de 2006**. En primer lugar analiza la doctrina del silencio administrativo desde la perspectiva de la legislación estatal y después la legislación autonómica valenciana. Concluyendo:

- 1.- El procedimiento de otorgamiento de licencia ha finalizado una vez producido el silencio administrativo positivo.
- 2.- El particular puede hacer valer su licencia ante cualquier Administración o particular.
- 3.- Por lo tanto es imposible la resolución tardía denegatoria, no se puede reabrir el procedimiento concluso. La resolución expresa posterior solo puede ser confirmatoria.

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). Con los siguientes razonamientos:

“...después de la vigente Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992...esta reforma ha marcado un hito en la regulación del silencio administrativo positivo...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..”

Asimismo añade que:

“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..”

En efecto, según esta **nueva doctrina, a partir de la Ley 4/1999**, la Administración ya no puede oponerse a las pretensiones de los particulares cuando estos hagan valer el silencio positivo ante ella, lo cual no impide que la Administración pueda proceder a la revisión de sus actos cuando los considere lesivos para el interés público. Un ejemplo de esta nueva doctrina jurisprudencial es la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de mayo de 2004, destacada por IGLESIAS GONZALEZ donde se argumenta en esta dirección con arreglo a fundamentos como los señalados por el autor:

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 Constitución) y confianza legítima (art. 3.1 de la LRJ-PAC), en virtud de los cuales la Administración no puede invocar extemporáneamente el hecho de que el silencio 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 de finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil), 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 censurada, 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 Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en el sentido de que “La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad cuando 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 LRJ-PAC) 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”.

Una muestra de lo controvertido que es este tema para la doctrina, analizo las posturas de algunos autores como **CHOLBI CACHÁ**, que opina que una sentencia que clarifica esta aparente confrontación entre la regla general de aplicación del silencio positivo y el principio de legalidad resultante de lo dispuesto en el art. 242.6 del TR92, es la STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2004, en la que el Tribunal hace el siguiente análisis:

...”debe reiterarse de nuevo que cuando del régimen jurídico urbanístico en materia de licencias urbanísticas se trata bien se puede comprender que no pueden pasarse por alto disposiciones tan conocidas como los arts. 165.3 de la L 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en la redacción dada por la Ley 19/1975, de 2 de mayo; 178.3 del RD 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; 5 del Reglamento de Disciplina Urbanística; 247.3 del DLeg.1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de los Textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, y

242.6 del RDLeg. 1/1992, de 26 de junio, de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, en el sentido, en apretada síntesis, de establecer que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico.

Y por si alguna duda existiese para supuestos posteriores debe reseñarse que el régimen expuesto igualmente se contiene en el art. 5.2 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña.

En definitiva, sin que sea posible tan sólo la consideración de las reglas generales establecidas en la Ley 30/1992, debe estarse a los dictados de las reglas especiales del ordenamiento sectorial urbanístico, que apartándose de las puras y estrictas razones de seguridad jurídica del régimen general –obligado a preservar los efectos del silencio positivo frente a la posterior resolución desestimatoria–, tratan de defender, con predominio del principio de legalidad, la evitación de las consecuencias perjudiciales para los intereses públicos urbanísticos resultantes de un pretendido silencio positivo formal contra legem por no ajustarse la licencia petitionada al ordenamiento urbanístico.

Conclusión que igualmente queda avalada por los propios dictados de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999 –aplicable al caso por razones temporales–, puesto que según los dictados del art. 43.2 resulta manifiesto que del sentido del silencio positivo se excepcionan los supuestos en que una norma con rango de Ley establezca lo contrario y ese rango se colma evidentemente y sin temor a error con los dictados de los arts. 247.3 del D Leg. 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de los Textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, y 242.6 del RDLeg 1/1992, de 26 de junio, de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación urbana –cuya

aplicación no cabe poner en duda– o si así se prefiere para supuestos posteriores por el art. 5.2 de la L 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña.

De todo ello cabe inferir que, para poder estimar la existencia de un supuesto de silencio positivo como el que se defiende por la parte actora, la jurisprudencia, de modo reiteradísimo, viene afirmando que el mero cumplimiento de las prescripciones formales y de actividad no se permite entender adquirida por silencio administrativo la licencia pretendida. Además de tales requisitos ha de cumplirse el elemento sustantivo, es decir, que la licencia solicitada se ajuste a la ordenación urbanística aplicable.

En consecuencia concluye el autor Cholbi Cachá, han de cumplirse, de modo simultaneo los requisitos de orden formal y los de naturaleza sustantiva para que las licencias se puedan entender adquiridas en virtud del silencio. Por eso, si la licencia solicitada es contraria a la normativa urbanística aplicable es evidente que no se ha adquirido la licencia por silencio positivo, pues no se ha cumplido el elemento sustantivo de adecuación al planeamiento que dicha adquisición requiere”.

IV.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA DE 29 DE MARZO DE 2007.

En la muy controvertida cuestión del carácter positivo o negativo del silencio administrativo en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas han coincidido en el tiempo dos acontecimientos que lejos de terminar con la polémica proporcionan nuevos argumentos a los defensores de una y otra tesis.

Esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga se suma a la tesis mantenida por la Sentencia de 24 de Mayo de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia,

que a su vez se alineaba con buena parte de tesis doctrinales que consideraban que tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de la Ley 30/1992 el silencio positivo opera incluso en casos de nulidad de pleno derecho de forma que la Administración sólo puede corregirlo con la revisión de oficio.

De un lado, lo que dice la Sentencia de 29 de marzo de 2007, Sección 1ª, núm. 673/2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, siendo ponente el Presidente de la Sala, D. Joaquín García Bernaldo de Quirós.

De otro, la nueva Ley del Suelo, Ley 8/07 de 28 de mayo, muy poco después: a la vista de su Disposición Derogatoria única mantiene en vigor en sus mismos términos el sufrido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/92 de 26 de junio.

Dos particulares interponen ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Málaga recurso contencioso-administrativo contra “ la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Málaga que deniega licencia de primera ocupación de vivienda unifamiliar.

El Juzgado dicta sentencia desestimatoria del recurso entendiendo que no pueden entenderse concedidas por silencio positivo facultades contrarias a la legislación o planeamiento urbanístico.

Siendo éste el único punto controvertido de la sentencia, el recurso de apelación se funda en lo que considera recta interpretación de la regulación del silencio en la Ley 30/92, de la que infiere que obtuvo la licencia solicitada por silencio positivo.

La Administración defiende la corrección de la sentencia al entender que precisamente la recta interpretación de la Ley 30/92 y en particular de su artículo 43.2 pasa por admitir la excepción a la regla general del silencio positivo que del mismo resulta , pues en dicho precepto la establece salvo que una norma con rango de ley establezca lo contrario. Tal norma es precisamente el artículo 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/92.

Por consiguiente, la Sala se encuentra con una cuestión de carácter jurídico perfectamente delimitada. Comienza señalando que *no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo* y transcribiendo la argumentación de la Sentencia de 24 de mayo de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que reconoce el carácter positivo del silencio en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas.

Dicha cita ya nos sugiere que ésta precisamente va a ser la tesis que la Sala mantenga. A partir del Fundamento Jurídico Tercero y pese a que por razones temporales no resultaba aplicable al caso de autos comienza su análisis del artículo 172.5^a1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en relación con el régimen del silencio que resulta de la Ley 30/92 tras la reforma operada por la L 4/99.

La sentencia comienza analizando la norma autonómica para después referirse a la regulación estatal.

Opta por un análisis en dos fases: primero, a la vista de la propia **Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía**. Sólo después, tomando en consideración **la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común**.

La norma autonómica en relación con el debate existente sobre la posibilidad de obtener por silencio positivo facultades contrarias al ordenamiento urbanístico se decanta por una solución de carácter práctico: deber de comunicación previa al municipio con diez días de antelación al comienzo de la obra.

El legislador autonómico se habría decantado por el principio de seguridad jurídica, considerando que la ley andaluza interpreta el artículo 62 f) de la Ley 30/92 *en el sentido de contemplar una causa de nulidad para iniciar la revisión de oficio y no como una invocación que hace la Administración en sede procesal, ante los Tribunales de Justicia, para negar la existencia de una licencia concedida por silencio positivo.*

A continuación, confronta las conclusiones a las que ya ha llegado con la regulación estatal de la materia.

Tras referirse a la regulación positiva (artículo 43 de la Ley 30/92) concluye que *la estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma. Y en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativos expresos. Bien sea a instancias de la Administración o a instancias de un particular.*

El principal escollo que la sentencia encuentra en su argumentación es precisamente el artículo 242.62 del Texto Refundido de 1992. Analizando el mismo se concluye que su función es habilitar a la Administración para impugnar o revisar la licencia.

La sentencia continúa argumentando que también en virtud de un acto expreso pueden adquirirse facultades contrarias al ordenamiento urbanístico .

Por tanto la sentencia entiende que el hecho de que los actos presuntos estén sujetos al mismo régimen de revisión de oficio que los actos expesos avala su tesis de que es posible obtener por silencio positivo licencias contrarias al ordenamiento urbanístico.

Prosigue la sentencia razonando que los argumentos expuestos no suponen merma de la garantía de los intereses generales urbanísticos subyacentes en el artículo 242.6. A fin de cuentas, indica, el artículo 62 f) de la L 30/92 configura como motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico.

Así, el interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo pero el interés general queda asegurado por el deber de la Administración de revisar la licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. *Y en esa revisión podrá invocar el artículo 242.6 de la Ley del Suelo en relación con el artículo 62.f de la Ley 30/92.*

En la construcción jurídica que diseña la sentencia le queda reservado al 242.6 un doble papel: de un lado, título habilitante para que la Administración ejercite su potestad de revisión. De otro, como un refuerzo del motivo de nulidad que establece el 62 f).

La Resolución apunta también que el régimen de revisión de los actos expesos y presuntos ha de ser igual.

Por último, la sentencia señala que eximir a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación y pasa a desarrollar esa idea.

V.- ANALISIS DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 28 DE ENERO DE 2009.

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso- Administrativo. Sección: 5 N° de Recurso: 45 / 2007.

El Tribunal Supremo aborda y admite el recurso de casación en interés de Ley, pronunciándose acerca de la adquisición por silencio positivo de licencias en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico. En su Fundamento Jurídico 2º declara:

«La única cuestión que debe resolverse en esta apelación es, por deseo expreso de las partes, la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística y si debemos aplicar la regulación del silencio tras la reforma realizada en la Ley 30/1992 por Ley 4/1999. Escenario en el que no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.»

El centro del litigio nace como consecuencia del fallo de la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007 que manifiesta:

"(...) La pretensión solicitada en la instancia era que se declarara el derecho de los recurrentes a la obtención de licencia de primera ocupación solicitada por el transcurso de los plazos para resolver la petición. En esta segunda instancia, por deseo de las partes, el debate se plantea exclusivamente sobre los efectos del silencio regulado en la legislación de procedimiento administrativo y el posible límite que para los mismos supone el artículo 242.6 de la Ley del Suelo (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485). Así las cosas, ya hemos dicho que la interpretación que debe hacerse en declarar que se ha producido el silencio positivo respecto de la petición efectuada, sin que la sala emita juicio sobre la legalidad urbanística de lo obtenido por silencio, ya que no existe pronunciamiento administrativo previo al respecto."

Mª ANGELES MOSTAZO PASCUAL

31

El pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a través de la sentencia de 29 de marzo de 2007, defiende la concesión de licencia mediante silencio positivo. En este sentido, el alto tribunal andaluz se pronuncia siguiendo el mismo criterio adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 24 de mayo de 2005 que dice: *"La ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512 y 2775 y 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, reformada por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114 y 329), parte de una premisa muy clara en el art. 43.2 cuando se ha iniciado un procedimiento por solicitud del interesado... Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario... y esa estimación de las peticiones de los interesados se produce según el art. 43.5 ... Desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que se haya producido. En nuestro caso, no cabe dudas de que el plazo era de tres meses (plazo ajustado al art. 42.2 de la Ley 30/1992 y que los efectos del silencio administrativo eran positivos (art. 43.2) pues la solicitud se hace el 4.3.2002 y no se le notifica la resolución denegatoria hasta el 11.12.2002; como muestra cabe decir que presentada la solicitud en el marzo 2002 el Ayuntamiento de Benaguacil no mueve un papel hasta el 20.8.2002 con el informe del ingeniero técnico municipal y posterior de 4.10.2003 incompresiblemente deja el último informe el que debió ser primero, el urbanístico, que se hace el 28.10.2002".*

El tribunal andaluz sostiene que habiendo adquirido la licencia por silencio administrativo, la administración no puede dictar resolución expresa contraria al silencio positivo y textualmente dice: *"En cuanto a los efectos de una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, la sentencia del TSJ andaluz afirma que una vez 'confirmado el silencio administrativo positivo,*

caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo'."

El análisis que realiza el Tribunal Supremo sobre la adquisición de licencias por silencio administrativo señala que *"en ningún caso pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento urbanístico"*. Sin embargo, hace una referencia al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre la interpretación que éste realiza, relativo a la modificación experimentada en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 4/1999, de 13 de enero (N/Ref. 144/1999) , según la cual, *"a su parecer, procede separarse de aquella doctrina jurisprudencial construida sobre unas premisas normativas que han desaparecido al promulgarse la mentada modificación, que configura el silencio como positivo en todo caso, también respecto de las licencias urbanísticas contrarias a la legislación o al ordenamiento urbanístico (...)"*.

El Tribunal Supremo señala que *"Aunque esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre los efectos del silencio respecto de las licencias urbanísticas, nunca examinó como cuestión central si, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación, razón por la que, en contra del parecer del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, debemos entrar a conocer del recurso de casación en interés de la ley deducido por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga."*

De los artículos 43.2 de la Ley 30/1992 y 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, se desprende, manifiesta el Tribunal Supremo, *"no es otro que un mandato dirigido a la Administración y al solicitante de la licencia, que «intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico»*".

La Administración no resuelve a tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística.

El artículo 8.1 b) del nuevo Texto Refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (*Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio*) con una redacción más general: *"En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico"*. De esta manera, se pronuncia la vigente Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, de 29 de mayo. En este sentido, el citado artículo 8.1 b) señala, asimismo, *"en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística"*.

Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición final primera del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

El artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, con carácter de básico, señala por otro lado, que *"los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario"*.

Anteriormente, y para todo el territorio español, el silencio positivo era la regla general estableciéndose, como única salvedad, que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario europeo establecieran lo contrario, pese a ello, el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008 y, de acuerdo con ellos, *"no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística"*.

En caso de disconformidad con la ordenación urbanística se invierte el efecto positivo del silencio administrativo (SSTS de 3 de febrero de 1997, 12 de mayo de 1998, 27 de diciembre de 1999, 7 de abril de 2000, Arz. 1466, 3626, 9777, 4019). Ello sin perjuicio, por otra parte, del surgimiento de la obligación de la Administración de indemnizar al particular como consecuencia de la infracción del deber de resolver expresamente, generador en este supuesto de una inaceptable situación de inseguridad jurídica cuando no de un quebranto patrimonial considerable al interrumpirse el normal desarrollo del proceso urbanizador y edificatorio [art. 35.d) de la Ley de suelo de 2008]. Y todo ello, además, a pesar de lo establecido en los artículos 43.2 y 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento

administrativo común, dado que la normativa urbanística expuesta, de rango legal, incorporaría una regla especial que invertiría el efecto estimatorio del silencio.

La sentencia mantiene la misma línea doctrinal establecida en la jurisprudencia anterior a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, (sentencias de 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2004 (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03). Todas estas sentencias, corroboran, una vez más el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España.

El Tribunal Supremo concluye que de acuerdo con 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, 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, considerándose éstas normas con rango de leyes básicas estatales, y

también básico, el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no se pueden entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial y urbanística.

Esta declaración judicial se vincula a dos importantísimas consecuencias. Primera, **no cabe legislación autonómica en sentido contrario**, pues aunque la materia urbanística es de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, el régimen del silencio administrativo pertenece al régimen del procedimiento administrativo común que incumbe exclusivamente a la normativa básica del Estado. Y Segunda, la Administración local que se ve sorprendida por el contratista que esgrime a favor de su licencia el transcurso del plazo máximo sin resolver, **no tiene necesidad de tramitar un expediente de revisión de oficio** del acto presunto positivo.

VI.- CONCLUSIONES GENERALES SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

1.- La Sentencia del Tribunal Supremo señala que: *"En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística"*.

2.- Como regla general, no se consideran adquiridas por silencio administrativo las licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística. (Artículo 242. 6 del Texto refundido de la ley del Suelo 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, de carácter básico estatal y que, al ser reconocidos en todo el territorio español, los ordenamientos autonómicos no pueden contradecir).

3.- Excepcionalmente, se tendrán por adquiridas aquellas licencias que así lo establezca una norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario europeo. (Artículo 43.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28/01/2009 mantiene la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Mantener esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por Ley 30/1992 y culminada con la Ley 4/1999.

Puesto que la LRJPAC es una Ley estatal y anterior, de aplicación plena y directa en todo el territorio nacional, dictada en el ejercicio de la competencia estatal exclusiva sobre procedimiento administrativo común, que comprende el modo de producción de los actos administrativos y por tanto del silencio administrativo.

El Tribunal Supremo hace prevalecer, a juicio de algunos autores de forma cuestionable, la normativa urbanística sobre la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común. Dejando sin contenido práctico, en materia de urbanismo y ordenación del territorio, la institución del silencio positivo. Dejando sin contenido el espíritu de dicha Ley a través de la regulación especial del silencio en cada procedimiento administrativo.

4.- La normativa autonómica relativa a la regulación del suelo señala, por ejemplo, el artículo 5.2 de la Ley Catalana 2/2002, de 14 de marzo que: *"En ningún caso pueden considerarse adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan esta ley o el planeamiento urbanístico"*.

5.- Este mismo criterio se recoge en el artículo 176 de la Ley aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística cuando dice: *"Transcurrido el plazo de resolución sin haberse*

notificado ésta, el interesado podrá entender estimada su petición por silencio administrativo... En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico".

6.- En cuanto al resto de licencias otorgadas por silencio positivo:

a) Las licencias otorgadas por silencio administrativo positivo tiene, a todos los efectos, la consideración de acto administrativo (artículo 43.3) y podrán hacerse valer tanto ante la Administración, como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada (artículo 43.5)

b) Una resolución administrativa tardía no puede adoptarse en contra del silencio administrativo positivo (artículo 43.2), pues el procedimiento administrativo ha finalizado. En este caso, a la Administración *nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo.*

Según el autor **GUILLERMO AGUILLAUME** señala que el Tribunal Supremo ha cometido un error en su Sentencia de 28-1-2009 sobre el silencio administrativo. Las normas de los textos refundidos de la Ley del Suelo de 1992 y 2008 sobre la materia no son ley especial respecto del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, porque el Tribunal Constitucional ya indicó en su Sentencia 61/1997 que todos ellos se dictaron utilizando la misma competencia material. Por lo tanto, la contradicción entre estas normas debe ser resuelta utilizando el principio de *lex posterior*. El autor considera que la norma más reciente es el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo común, de 1992 y 1999, puesto que la otra regla únicamente fue aprobada por el Parlamento en 1990.

Para autores como **JULIO CASTELAO RODRÍGUEZ Y SILVERIO FERNÁNDEZ POLANCO**, a causa de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, es más urgente que nunca una respuesta legislativa que intente corregir la interpretación postulada por aquella.

En opinión de **GARCIA-TREVIJANO**, en Diario de La Ley, “Silencio administrativo y licencias urbanísticas” dice:

“Si la propia Administración puede decidir mediante un acto expreso (que por definición será tardío, es decir producido una vez transcurrido el plazo dentro del cual la Administración debió resolver) contrariar lo obtenido por silencio positivo, no nos engañemos, no habrá silencio positivo. Hablar de silencio positivo y permitir a la vez que la Administración pueda no reconocerlo, o simplemente revocarlo, es una contradictio in terminis...”

BIBLIOGRAFIA

- GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO F. (1999). “Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre sobre el Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común”. Ed. Civitas. Madrid.
- CHOLBI CACHÁ, F.A. (2005). El procedimiento de otorgamiento de las licencias de urbanismo. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados. Madrid.
- IGLESIAS GONZALEZ. Instituto Nacional de Administración Pública. Centro de Estudios Locales y Territoriales. 2005. Madrid.
- REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE.
- JULIO CASTELAO RODRÍGUEZ Y SILVERIO FERNÁNDEZ POLANCO, “Otras vez las Licencias urbanísticas, el silencio positivo y la Jurisprudencia”
- GUILLERMO AGUILLAUME & LINDE, “La evolución jurídica del silencio administrativo en las licencias urbanísticas”
- ANGEL CABRAL GONZALEZ-SICILIA, “La regla de la no adquisición por silencio de facultades o derechos que contravengan la Ordenación Territorial o Urbanística.”
- JOSE IGNACIO VEGA LABAELLA, “ El silencio administrativo contra legem en el ámbito urbanístico: análisis crítico de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 28 de enero de 2009”
- MARIA CALVO CHARRO, “Silencio positivo y acciones declarativas”

ANEXOS

1º.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA DE 29 DE MARZO DE 2007.

SENTENCIA Nº 673/2007

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA
ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. JOAQUÍN GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS

MAGISTRADOS

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

Dª MARÍA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

Dª MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR

D. EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ

En la Ciudad de Málaga a veintinueve de marzo de dos mil siete.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación 8/2003, interpuesto por DON Julián y DON Marco Antonio , contra la Sentencia número 190/02 de fecha 15 de julio de 2002, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Cuatro, de Málaga y como parte apelada el Ayuntamiento de Málaga.

Ha sido Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/ña. JOAQUÍN GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Julián y D. Marco Antonio, se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número Cuatro de Málaga recurso contencioso administrativo contra "la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, del Ayuntamiento de Málaga, de 09/03/01 que deniega la licencia de 1ª ocupación de la vivienda unifamiliar en C/ DIRECCION000 , nº NUM000 ", registrándose el recurso con el número 494/2001.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó Sentencia número 190/2002 de fecha 5 de julio de 2002 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don José Luis Torre Beltrán, en representación de DON Julián Y DON Marco Antonio , contra la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, el Ayuntamiento de Málaga, de 09/03/01, debo declarar y declaro conforme a derecho la resolución impugnada, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes"

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la representación procesal de la parte demandante, se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las

Mª ANGELES MOSTAZO PASCUAL

actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 8/2003 .

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de apelación la sentencia dictada por el juzgado de lo contencioso administrativo 4 de esta ciudad en autos de procedimiento ordinario 494/2001. La sentencia desestimó el recurso interpuesto contra la desestimación presunta del recurso formulado contra resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del ayuntamiento de Málaga que denegó la licencia de primera ocupación de la vivienda unifamiliar propiedad de los recurrentes.

Esta sentencia es discutida, tan sólo, en lo relativo a la declaración que en ella se hace sobre la inexistencia de adquisición de la licencia por silencio positivo, al ser aplicable al caso de autos la Legislación de Suelo (*artículo 242-6 de la Ley de Suelo publicada por RDLg 1/92*) y el *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (artículos 9-5 y 7)* . La sentencia entiende no se pueden entender concedidas por silencio positivo facultades contrarias a la legislación o planeamiento urbanístico.

El recurso de apelación se funda, en esencia, en considerar aplicable prioritariamente la *Ley 30/1992* , en la redacción dada por *Ley 4/1999* , que es la competente en materia de procedimiento administrativo y, por tanto, de los efectos de la falta de resolución del mismo.

La Administración demandada mantiene la corrección de la resolución recurrida al entender que es, precisamente, el *artículo 43. Dos de la Ley 30/1992* , en la redacción dada por la *Ley 4/1999* , la que posibilita la excepción a la regla general de la producción del silencio pues en dicho precepto se dice "salvo que una norma con rango de ley" establezca lo contrario. Y esa norma es el *artículo 242. 6 de la citada Ley de Suelo*.

SEGUNDO.- La única cuestión que debe resolverse en esta apelación es, por deseo expreso de las partes, la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística y debemos aplicar la regulación del silencio tras la reforma realizada en la *Ley 30/1992* por *Ley 4/1999*. *Escenario* en el que no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

Sobre la misma cuestión se ha pronunciado en Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 24.05.2005 , en ella se dice:

"..Esta materia ya ha sido estudiada por esta Sala en diversas sentencias partiendo de la doctrina establecida para "unificación de doctrina" en la sentencia 1487/2002 de 4 de noviembre (Rec. Casa. Unif. Doctri. 1/2002) y que ha sido seguido por otras sentencias de esta Sala y Sección Tercera 14.01.2004 (AP-694/2003), 1.12.2004 (AP-613/2003) y 2.12.2004 (Rec. 1773/2000 y 389/2001) .

La *Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* , reformada por la *Ley 4/1999* , *parte de una premisa muy clara en el art. 43.2* cuando se ha iniciado un procedimiento por solicitud del interesado "..

Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.." y esa estimación de las peticiones de los interesados se produce según el *art. 43.5* "...desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que esta se haya producido. En nuestro caso, no cabe dudas de que el plazo era de tres meses (plazo ajustado al *art. 42.2 de la Ley 30/1992*) y que los efectos del

M^a ANGELES MOSTAZO PASCUAL

43

silencio administrativo eran positivo (*art. 43.2*) pues la solicitud se hace el 4.3.2002 y no se le notifica la resolución denegatoria hasta el 11.12.2002; como muestra cabe decir que presentada la solicitud en marzo 2002 el Ayuntamiento de Benaguacil no mueve un papel hasta el 2.08.2002 con el informe del Ingeniero Técnico Municipal y posterior de 4.10.2003 incomprensiblemente deja el último informe el que debió ser primero, el urbanístico, que se hace el 28.10.2002.

Con el razonamiento del Ayuntamiento, presentada la solicitud del particular el 4.3.2002 debió emitir informe el Arquitecto Municipal y, sin más trámite, denegar la licencia si entendía que pugnaba con las normas urbanísticas, de nada sirve informar sobre un proyecto que puede ser magnífico técnicamente si las normas urbanísticas van a impedir necesariamente que se lleve a la práctica.

Con los parámetros que se acaban de citar es obvio que el 5.06.2002 el demandante había obtenido la licencia de actividad inocua por silencio administrativo positivo y según el *art. 43.3* "La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento...y continúa el *art. 43.5* ...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 ..".

Ahora bien, podemos preguntarnos qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, en teoría, no puede darse pues el *art. 43.3* ya hemos visto que producido el silencio administrativo positivo el "procedimiento administrativo ha finalizado". La *Ley 4/1999* modificadora de la *Ley 30/199*, lo que pretende es que se analice el silencio administrativo en abstracto, si por la existencia de una resolución posterior a la que debe entenderse adquirida una autorización por silencio administrativo positivo dejase de ser operativa sencillamente estaríamos haciendo una interpretación que derogaría y haría superflua la propia reforma efectuada por *Ley 4/1999*; si nos fijamos en la exposición de motivos veda esta posibilidad "...Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. 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...*" y, en consonancia con la exposición de motivos el *art. 43.4* .a) sólo permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo (el procedimiento ha finalizado- *art.43.3*).

Por ello, al enjuiciar el fondo del proceso el prisma que debe adoptarse es ignorar la resolución expresa, si el actor tiene razón en su pretensión el Tribunal condenará a la Administración a entregarle el certificado, caso contrario puede y debe analizar al resolución expresa de la Administración dependiendo de los motivos de impugnación y planteamiento que haga el recurrente.

El paso siguiente será determinar qué efectos jurídicos debemos dar a la *Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre*, reguladora de la Actividad Urbanística, cuando afirma:

M^a ANGELES MOSTAZO PASCUAL

"...En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas u Ordenanzas o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística. La solicitud de licencia urbanística que no sea resuelta por el Ayuntamiento dentro de los plazos legales, sin perjuicio de las prórrogas que sean procedentes, se entenderá estimada, salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, en cuyo caso se entenderá desestimada..."

El precepto de gran raigambre en nuestra legislación urbanística, baste la lectura del *art. 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como otros que le precedieron a nivel estatal y que con mimético contenido puede leerse en las diferentes leyes del suelo de las comunidades autónomas, debe ser interpretado con los expuesto sobre la *Ley 30/1992* modificada por *Ley 30/1999*. Efectivamente hemos concluido:

El procedimiento de otorgamiento de licencia ha finalizado una vez producido el silencio administrativo positivo.

El particular puede hacer valer su licencia ante cualquier administración o particular.

En consecuencia con estas dos premisas "...no puede dictar ninguna resolución denegando la licencia..", sin que nos pueda llevar a engaño el *art. 43.4 .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...", la Administración en este caso no reabre el procedimiento administrativo terminado por silencio administrativo positivo ni concede ningún derecho al particular ni facultad que no tenga con el silencio administrativo positivo simplemente le certifica lo que la Ley le ha concedido, que puede tener trascendencia para el particular en ámbitos como solicitar créditos bancarios para instalaciones etc. pero son efectos de índole práctico y operativo para una empresa o particular no jurídicos.

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

La interpretación que hace la Sala no es novedosa y puede encontrarse en la legislación urbanística de diversas Comunidades Autónomas, tomemos el *art. 5.2 de la Ley Catalana 2/2002, de 14 de marzo*, de urbanismo, afirma "...En ningún caso pueden considerarse adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan esta Ley o el planeamiento urbanístico..." pero el *art. 180.2* cuando pretende materializar la imposibilidad de adquirir facultades por silencio administrativo es muy claro "...La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo establecido en la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en la materia se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el *art. 5.2* y en el marco de lo establecido en la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común...". En el mismo sentido el *art. 176 de la Ley Aragonesa 5/1999, de 25 de marzo*, Urbanística, "...Transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá entender estimada su petición por

silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico...".

Por tanto, se estima el recurso en el sentido de anular la denegación de la licencia de forma expresa como la desestimación presunta del recurso de reposición. No obstante, en el suplico de la demanda y recurso de apelación existe una petición "...acuerde conceder a mi mandante la mencionada licencia de apertura solicitada el 04.03.2002..", la Sala no concede la licencia sino que reconoce que la ha obtenido por "silencio administrativo positivo...".

TERCERO.- Aunque por razones temporales no era aplicable la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, *Ley 7/2002, a efectos interpretativos de la cuestión litigiosa si debemos recordar los siguientes preceptos* de dicha norma urbanística dictada una vez que se había producido la reforma de la legislación de procedimiento administrativo común por la trascendental *Ley 4/1999*. En efecto, como criterio interpretativo de legislador urbanístico sobre el alcance del silencio positivo respecto de la obtención una licencia urbanística tenemos que recordar la existencia de los siguientes preceptos de la legislación autonómica.

a) El *artículo 172* que regula el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, dice literalmente lo siguiente:

"La ordenación del procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas municipales deberá ajustarse a las siguientes reglas:

1ª) La solicitud definirá suficientemente los actos de construcción o edificación, instalación y uso del suelo y del subsuelo que se pretenden realizar, mediante el documento oportuno que, cuando corresponda, será un proyecto técnico.

2ª) Junto a la solicitud se aportarán las autorizaciones o informes que la legislación aplicable exija con carácter previo a la licencia. Asimismo, cuando el acto suponga la ocupación o utilización del dominio público, se aportará la autorización o concesión de la Administración titular de éste.

3ª) Cuando los actos se pretendan realizar en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable y tengan por objeto las viviendas unifamiliares aisladas a que se refiere el *artículo 52.1.B b)* o las Actuaciones de Interés Público sobre estos terrenos previstas en el *artículo 52.1 C) ambos de esta Ley*, se requerirá la previa aprobación del Plan Especial o Proyecto de Actuación, según corresponda. La licencia deberá solicitarse en el plazo máximo de un año a partir de dicha aprobación.

4ª) Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones.

5ª) La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación.

6ª) La resolución expresa denegatoria deberá ser motivada."

Es muy importante el número 5 de este precepto, pues confiere la autorización por silencio positivo cuando no se notifique, dentro del plazo de tres meses, la resolución desestimatoria. Plazo que es común para resolver y notificar, no lo olvidemos, pues la ley sigue la reforma operada por *Ley 4/99* en el *artículo 43 de la Ley 30/92*.

La norma autonómica establece la solución de carácter práctico sobre el debate de las facultades obtenidas por silencio que sean contrarias a ordenamiento jurídico. El inciso final del número 5

de este precepto advierte que: "El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación." Es decir, la ley autonómica contempla la posibilidad de obtener una facultad por el juego de silencio positivo, pero exige "en todo caso", es decir siempre, que en estos supuestos se comunique al municipio el comienzo de cualquier obra con un plazo de diez días de antelación.

La norma autonómica apunta a la solución práctica de control a posteriori de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el *artículo 62. "f" de la Ley 30/92*. Es en este plazo de diez días donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. La ley evita, en esta interpretación, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican. Pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si lo obtenido son facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la ley le otorga una facultad si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que sólo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la *Ley 30/92* y culminada con la *Ley 4/99*. Por último debemos añadir para completar el razonamiento, que esta solución es la más razonable si observamos también el contenido del *artículo 190 de la Ley*.

b) En efecto, el *artículo 190*, que trata de la revisión de licencias urbanísticas y de órdenes de ejecución, dice lo siguiente:

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

2. Los procedimientos de revisión, a los que se refiere el apartado anterior, o de declaración de lesividad serán independientes a todos los efectos de los de carácter sancionador."

Debemos señalar que tanto la suspensión de los efectos de la licencia como la revisión de oficio de la misma en estos casos, son actuaciones obligadas tanto del Alcalde como de la Administración que detecta la licencia irregular. Son actuaciones debidas que pueden ser exigidas por los ciudadanos, como recuerda el *artículo 189* y frente a la inejecución de esta potestad caben los remedios procesales que veremos a continuación.

Pero en relación al caso estamos enjuiciando debemos resaltar, en pura interpretación sistemática, como la Ley Andaluza confiere como única salida al supuesto de obtención de una licencia contra el ordenamiento jurídico aplicable, la revisión de oficio de la misma. Volvemos a insistir sobre la adaptación que hace legislador autonómico en favor del principio de seguridad jurídica en los supuestos de facultades obtenidas por silencio administrativo positivo y que resulten contrarias a las normas urbanísticas. El *artículo 62 letra "f" de la Ley 30/92* es interpretado por la Ley Autonómica en el sentido de contemplar una causa de nulidad para iniciar la revisión de oficio, y no como una invocación que hace la Administración en sede procesal, ante los Tribunales de Justicia, para negar la existencia de una licencia concedida por silencio positivo.

CUARTO.- Y la solución que da el legislador urbanístico autonómico no es distinta a la existente contemplando tan sólo la legislación de procedimiento común estatal.

En efecto, la falta de resolución expresa de una petición de licencia supone que el interesado en la solicitud la entienda "estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda" (43. Uno de la *Ley 30/1992* en la redacción dada por *Ley 4/1999*). La regla general será entenderla estimada salvo que una norma con rango de *Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario* (43. 2 del mismo precepto). Pero en cualquier caso, la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo que pone fin al procedimiento, sin embargo, la desestimación por silencio tiene tan sólo el efecto de permitir al interesado la interposición del recurso, pues puede darse el caso de que con posterioridad a entender desestimada la petición por silencio la Administración pueda dictar resolución expresa estimatoria de la petición (*artículo 43. 3 y 4*). Por último, dice el número quinto del citado precepto que "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 deba dictarse y notificarse la resolución expresa".

De lo que se desprende que la estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma. Y, en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativo expresos. Bien sea a instancias de la Administración o a instancias de un particular.

Frente al anterior esquema, bastante claro en la *Ley 4/1999*, la influencia del *artículo 242. 6 de la Ley de Suelo* , debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia. Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio. Porque tampoco se permite que se adquieran facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico a través de un acto expreso.

Por eso en la legislación urbanística, tanto estatal como autonómica, se permite que la propia Administración urbanística actúe, incluso mediando una licencia, si ésta se considera legal o contraria a la ordenación urbanística. Simplemente debemos recordar el *artículo 190 de la LOUA* , antes citado. Porque igual que puede existir un acto administrativo que concede una licencia por silencio positivo que resulte contraria al ordenamiento jurídico, también puede suceder que una licencia expresa otorgue facultades que resulten contrarias al mismo ordenamiento jurídico urbanístico. Y la respuesta del legislador, en el caso de acto expreso, no es entender que no existe la licencia, sino instar la revisión de la misma. Si se identifica acto expreso con acto presunto, los efectos tienen que se iguales, y la revisión, también.

La garantía de los intereses generales urbanísticos que fundamenta el *artículo 242.6 de la Ley de Suelo* no pierde intensidad con esta interpretación. En efecto, el *artículo 62. f de la Ley 30/1992* , configura un concreto motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. De tal manera que la reforma operada por el legislador procedimental común tiene en el mismo texto legal una corrección técnica que conjuga la garantía de los intereses generales y la seguridad jurídica. El interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo, por expreso deseo de legislador y por la falta de respuesta de la Administración a su petición, pero el interés general se ve defendido pudiendo la misma Administración instar la revisión de lo obtenido por silencio. Siendo una conducta obligada para la Administración revisar esta licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. Y en esa revisión podrá invocar el *artículo 242. 6 de la Ley de Suelo* en relación con el *artículo 62. f de la Ley 30/1992* .

Pretender que el *artículo 242. 6 de la Ley de Suelo* , una vez que se ha promulgado la Ley 4/1999 con la redacción dada al *art. 43 de la Ley 30/1992* , exime a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación. Como veremos a continuación:

En efecto, si se ha producido la estimación de la solicitud por la técnica del silencio positivo es debido, en primer lugar, a la falta de respuesta de la Administración. Entender que ninguna consecuencia jurídica produce esta falta de respuesta, porque no se puede obtener por silencio lo que es contrario a la norma jurídica urbanística, es cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición. En efecto, en esta hipótesis, el interesado solicita una licencia, no tiene respuesta del obligado a dársela, se produce la resolución presunta que otorga la licencia, pero el administrado observa que lo obtenido por silencio puede ser contrario a norma jurídica y, en pura consecuencia, entiende que no ha podido obtener lo que pensaba que era lícito. Será de su responsabilidad lo que a partir de aquí haga. Y ninguna responsabilidad tendrá la Administración indolente. Esta solución no parece razonable, ni siquiera contemplando la satisfacción de los intereses generales que justifica la existencia del *artículo 242. Seis de la Ley de Suelo* .

En segundo lugar, si el interesado se equivoca en la calificación jurídica que debe hacer a su petición tras la existencia del silencio positivo e inicia actos de edificación que son rechazados por una resolución administrativa, deberá acudir a la jurisdicción para impugnar esta resolución que va en contra lo que entiende que es un acto de concesión de licencia por silencio administrativo. En la jurisdicción hará valer la existencia de la licencia, y la Administración, que en su momento no contestó su petición, le contestara en la demanda que nunca tuvo la licencia por aplicación del *artículo 242.6 de la LS* . El debate procesal quedará planteado sobre la existencia o no del silencio positivo, pero añadiendo la Administración, como una reconvencción procesal, un impedimento legal para la existencia del silencio que debió decirlo en su momento, pero que traído al debate procesal como argumento de oposición implica , caso de ser estimado por el órgano judicial, una suerte de revisión de un acto administrativo producido según las normas de procedimiento, pero contrario al ordenamiento jurídico, según el derecho material urbanístico. En definitiva, una sentencia que no pone fin a un debate sobre la existencia del silencio positivo, que es la pretensión procesal deducida, sino a un proceso sobre la legalidad urbanística de lo conseguido por la figura del silencio positivo, que no es la pretensión que esgrimió el interesado cuando acudió a la jurisdicción. En definitiva la sentencia, en este segundo supuesto, estimaría la pretensión reconvenccional de la Administración. Por tanto esta última, que ha originado el problema al no resolver en plazo, acaba beneficiándose de su incumplimiento pues hace cargar al interesado con la obligación de impugnar una resolución que le impide la efectividad de lo que parece que se ha producido por silencio positivo y, además, se evita la tramitación de un proceso de revisión. Por otra parte, la jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad urbanística de una petición de licencia que no ha sido objeto de pronunciamiento al respecto en sede administrativa, incumpliendo así su carácter revisor. Pues la falta de respuesta a la petición de licencia en sede administrativa hace que el debate sobre la legalidad urbanística de la petición se haga, por primera vez, en sede jurisdiccional.

QUINTO.- Por tanto, solicitada la licencia el 23 de junio de 2000, la resolución desestimatoria de la misma de 4 de abril de 2001 se ha producido transcurrido el plazo fijado en la ley para estimar la licencia concedida por silencio. La pretensión solicitada en la instancia era que se declara el derecho de los recurrentes a la obtención de la licencia de primera ocupación solicitada por el transcurso de los plazos para resolver la petición (fundamento jurídico segundo

de la demanda). En esta segunda instancia, por deseo expreso de las partes, El debate se plantea lo exclusivamente sobre los efectos del silencio regulado en la legislación de procedimiento administrativo y el posible límite que para los mismos supone El artículo 242. 6 de la Ley de Suelo . Así las cosas ya hemos dicho que la interpretación que debe hacerse es declarar que se ha producido el silencio positivo respecto de la petición efectuada, sin que la Sala emita juicio sobre la legalidad urbanística de lo obtenido por silencio, ya que no existe pronunciamiento administrativo previo al respecto. Esto nos lleva a la estimación del recurso de apelación con revocación de la sentencia impugnada.

SEXTO.- No es de estimar temeridad o mala fe en ninguna de las partes a los efectos de un especial pronunciamiento sobre las costas.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso interpuesto contra la sentencia identificada el fundamento jurídico primero de esta resolución, que anulamos. Estimando el recurso contencioso interpuesto, declarando el derecho de los recurrentes a obtener la licencia al haberse producido silencio positivo con el alcance de escrito en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia, párrafo último, es decir sin que la Sala se pronuncie sobre la corrección jurídica urbanística de lo obtenido por silencio.

Sin hacer especial pronunciamiento respecto del abono de las costas devengadas en este proceso.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo.. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

2º.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 28 DE ENERO DE 2009.

Fecha: 28/01/2009

Marginal: 28079130052009100034

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE

Origen: Tribunal Supremo

Tipo Resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Cabecera: Casación en interés de la Ley ha lugar porque la resolución pronunciada por la Sala

de instancia acerca de la adquisición por silencio positivo de licencias en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico es errónea y gravemente dañosa para el interés general, fijándose en la sentencia la doctrina legal.

Número de Recurso: 45/2007

Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de enero de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación en interés de la Ley, sostenido por el Procurador Don Juan Ignacio Avila del Hierro, en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, sustanciado contra la sentencia número 190/02, de fecha 15 de julio de 2002, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de Málaga, habiendo comparecido, como recurridos, Don Guillermo y Don Juan Ramón, representados por el Procurador Don Isacio Calleja García, y han sido oídos el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de Málaga dictó, con fecha 15 de julio de 2002, sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 494/2001, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don José Luis Torres Beltrán, en representación de Don Guillermo y Don Juan Ramón, contra la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, del Ayuntamiento de Málaga, de 09/03/01, debo declarar y declaro ser conforme a derecho la resolución impugnada, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico quinto: «En cuanto a la alegación referente a la adquisición de la licencia por silencio positivo no resulta de aplicación el art. 43 L 30/09 en su redacción dada por L 4/99 esgrimido por los recurrentes sino la normativa específica de la Ley del Suelo y RSCL. Al respecto, si la obra supone ir contra lo establecido en el planeamiento urbanístico, lo que acontece en este caso al ejecutarse obras para las que no se contaba con la preceptiva licencia e incumpliendo la norma urbanística como se ha visto, conforme al art. 242-6 LS en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico, incluso aun cuando se tratara de licencia de una obra menor o de otro objeto como es la de primera ocupación, para los que el art. 9-5 y 7 c) permitiría operar el silencio positivo (SSTS 25/02/92, 26/05/89 y 19/03/89). Por otra parte, la licencia de primera ocupación, por su íntima conexión con la licencia de obras o edificación, ha de estar sometida al mismo régimen de silencio administrativo que la licencia de obras de la que traiga causa, y en el caso contemplado,

tratándose de una licencia de obra mayor, hubiera sido necesario seguir los trámites del art. 9-7 a) RSCL .».

TERCERO.- Apelada la indicada sentencia por los demandantes ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, se sustanció, con el número 8/2003, el correspondiente recurso de apelación y la referida Sala dictó, con fecha 29 de marzo de 2007 , sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Estimar el recurso interpuesto contra la sentencia identificada en el fundamento jurídico primero de esta resolución, que anulamos. Estimando el recurso contencioso interpuesto, declarando el derecho de los recurrentes a obtener la licencia al haberse producido silencio positivo con el alcance de lo escrito en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia, párrafo último, es decir sin que la Sala se pronuncie sobre la corrección jurídica urbanística de lo obtenido por silencio. Sin hacer especial pronunciamiento respecto del abono de las costas devengadas en este proceso».

CUARTO.- Esta sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo: «La única cuestión que debe resolverse en esta apelación es, por deseo expreso de las partes, la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística y debemos aplicar la regulación del silencio tras la reforma realizada en la Ley 30/1992 por Ley 4/1999. Escenario en el que no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo. Sobre la misma cuestión se ha pronunciado en Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 24.05.2005 , en ella se dice: "..Esta materia ya ha sido estudiada por esta Sala en diversas sentencias partiendo de la doctrina establecida para "unificación de doctrina" en la sentencia 1487/2002 de 4 de noviembre (Rec. Casa. Unif. Doctri. 1/2002) y que ha sido seguido por otras sentencias de esta Sala y Sección Tercera 14.01.2004 (AP-694/2003), 1.12.2004 (AP-613/2003) y 2.12.2004 (Rec. 1773/2000 y 389/2001). La Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , reformada por la Ley 4/1999 , parte de una premisa muy clara en el art. 43.2 cuando se ha iniciado un procedimiento por solicitud del interesado ".. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario..." y esa estimación de las peticiones de los interesados se produce según el art. 43.5 "...desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que esta se haya producido. En nuestro caso, no cabe dudas de que el plazo era de tres meses (plazo ajustado al art. 42.2 de la Ley 30/1992) y que los efectos del silencio administrativo eran positivo (art. 43.2) pues la solicitud se hace el 4.3.2002 y no se le notifica la resolución denegatoria hasta el 11.12.2002 ; como muestra cabe decir que presentada la solicitud en marzo 2002 el Ayuntamiento de Benaguacil no mueve un papel hasta el 2.08.2002 con el informe del Ingeniero Técnico Municipal y posterior de 4.10.2003 incomprensiblemente deja el último informe el que debió ser primero, el urbanístico, que se hace el 28.10.2002. Con el razonamiento del Ayuntamiento, presentada la solicitud del particular el 4.3.2002 debió emitir informe el Arquitecto Municipal y, sin más trámite, denegar la licencia si entendía que pugnaba con las normas urbanísticas, de nada sirve informar sobre un proyecto que puede ser magnífico técnicamente si las normas urbanísticas van a impedir necesariamente que se lleve a la práctica. Con los parámetros que se acaban de citar es obvio que el 5.06.2002 el demandante había obtenido la licencia de actividad inocua por silencio administrativo positivo y según el art. 43.3 "La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto

administrativo finalizado del procedimiento...y continúa el art. 43.5 ...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 ..". Ahora bien, podemos preguntarnos qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, en teoría, no puede darse pues el art. 43.3 ya hemos visto que producido el silencio administrativo positivo el "procedimiento administrativo ha finalizado". La Ley 4/1999 modificadora de la Ley 30/1992 , lo que pretende es que se analice el silencio administrativo en abstracto, si por la existencia de una resolución posterior a la que debe entenderse adquirida una autorización por silencio administrativo positivo dejase de ser operativa sencillamente estaríamos haciendo una interpretación que derogaría y haría superflua la propia reforma efectuada por Ley 4/1999 ; si nos fijamos en la exposición de motivos veda esta posibilidad "...Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. 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..." y, en consonancia con la exposición de motivos el art. 43.4 .a) sólo permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo (el procedimiento ha finalizado- art.43.3). Por ello, al enjuiciar el fondo del proceso el prisma que debe adoptarse es ignorar la resolución expresa, si el actor tiene razón en su pretensión el Tribunal condenará a la Administración a entregarle el certificado, caso contrario puede y debe analizar al resolución expresa de la Administración dependiendo de los motivos de impugnación y planteamiento que haga el recurrente. El paso siguiente será determinar qué efectos jurídicos debemos dar a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre , reguladora de la Actividad Urbanística , cuando afirma: "...En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas u Ordenanzas o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística. La solicitud de licencia urbanística que no sea resuelta por el Ayuntamiento dentro de los plazos legales, sin perjuicio de las prórrogas que sean procedentes, se entenderá estimada, salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, en cuyo caso se entenderá desestimada...". El precepto de gran raigambre en nuestra legislación urbanística, baste la lectura del art. 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como otros que le precedieron a nivel estatal y que con mimético contenido puede leerse en las diferentes leyes del suelo de las comunidades autónomas, debe ser interpretado con los expuesto sobre la Ley 30/1992 modificada por Ley 30/1999 . Efectivamente hemos concluido: El procedimiento de otorgamiento de licencia ha finalizado una vez producido el silencio administrativo positivo. El

particular puede hacer valer su licencia ante cualquier administración o particular. En consecuencia con estas dos premisas ".no puede dictar ninguna resolución denegando la licencia..", sin que nos pueda llevar a engaño el art. 43.4 .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...", la Administración en este caso no reabre el procedimiento administrativo terminado por silencio administrativo positivo ni concede ningún derecho al particular ni facultad que no tenga con el silencio administrativo positivo simplemente le certifica lo que la Ley le ha concedido, que puede tener trascendencia para el particular en ámbitos como solicitar créditos bancarios para instalaciones etc. pero son efectos de índole práctico y operativo para una empresa o particular no jurídicos. Por tanto, si un particular cuanta con una licencia obtenida por "silencio administrativo positivo" que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre , reguladora de la Actividad Urbanística, dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno, el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999 . Situación que en nada difiere a la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea. La interpretación que hace la Sala no es novedosa y puede encontrarse en la legislación urbanística de diversas Comunidades Autónomas, tomemos el art. 5.2 de la Ley Catalana 2/2002 , de 14 de marzo , de urbanismo, afirma "..En ningún caso pueden considerarse adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan esta Ley o el planeamiento urbanístico..." pero el art. 180.2 cuando pretende materializar la imposibilidad de adquirir facultades por silencio administrativo es muy claro "..La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo establecido en la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en la materia se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5.2 y en el marco de lo establecido en la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común...". En el mismo sentido el art. 176 de la Ley Aragonesa 5/1999, de 25 de marzo , Urbanística, "..Transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá entender estimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico...". Por tanto, se estima el recurso en el sentido de anular la denegación de la licencia de forma expresa como la desestimación presunta del recurso de reposición. No obstante, en el suplico de la demanda y recurso de apelación existe una petición "..acuerde conceder a mi mandante la mencionada licencia de apertura solicitada el 04.03.2002..", la Sala no concede la licencia sino que reconoce que la ha obtenido por "silencio administrativo positivo..."».

QUINTO.- Devueltas las actuaciones por la Sala al Juzgado que dictó la sentencia en primera instancia con testimonio de la pronunciada en apelación, se notificó a las partes y concretamente al Ayuntamiento de Málaga con fecha 18 de mayo de 2007.

SEXTO.- Con fecha 10 de septiembre de 2007 compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo

el Procurador Don Juan Ignacio Avila del Hierro, en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, al mismo tiempo que presentó escrito de interposición de recurso de casación en interés de la ley, alegando que la sentencia contiene una doctrina errónea, ya que en ella se declara que, a partir de la modificación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por Ley 4/1999, el silencio administrativo es siempre positivo sin que resulte impedimento para ello lo dispuesto en el vigente artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de manera que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, considera que, una vez producido el acto presunto de concesión de la licencia en virtud de la figura del silencio positivo, la Administración municipal no puede dictar una resolución denegatoria de la misma sino que tiene que acudir a la revisión de oficio de la licencia obtenida, lo que es contrario a la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias que se citan y transcriben de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y, además, resulta gravemente dañosa para el interés general porque los juzgados inferiores en grado quedan vinculados por esa doctrina errónea sentada por la Sala en apelación y ello conduciría a una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de trascendencia social como es el urbanismo, pues se deja sin efecto el precepto contenido en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que tiene plena vigencia conforme a lo establecido en las Disposiciones derogatorias de las Leyes 6/1998 y 8/2007, de 28 de mayo, posterior ésta a la Ley 4/1999, sin que pueda aceptarse que lo dispuesto en el referido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 se cumple utilizando los procedimientos de revisión de oficio previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así se termina con la súplica de que se dicte sentencia por esta Sala del Tribunal Supremo, en la que se declare, como doctrina legal, que «el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLR, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio) es una norma con rango de ley en virtud de la cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no se permite adquirir por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico», adjuntándose testimonio de la sentencia recurrida y certificación de la fecha de notificación de la misma al Ayuntamiento de Málaga.

SEPTIMO.- Mediante providencia de 15 de noviembre de 2007 se ordenó reclamar las actuaciones al Tribunal que dictó la sentencia recurrida y que se emplazase a cuantos hubiesen sido parte en las mismas para que, en el plazo de quince días, pudiesen comparecer, lo que llevó a cabo aquél y, con fecha 21 de enero de 2008, compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo el Procurador Don Isacio Calleja García, en nombre y representación de Don Guillermo y Don Juan Ramón, al que se tuvo por comparecido y parte en la representación ostentada, al mismo tiempo que, accediendo a lo solicitado por el representante procesal del Ayuntamiento de Málaga, se libró oficio a este Ayuntamiento para que remitiese el expediente administrativo relativo al objeto del proceso sustanciado en primera y segunda instancia, y, una vez recibido éste así como las actuaciones seguidas ante el Juzgado y la Sala del Tribunal Superior de Justicia, se dio traslado del escrito de interposición al representante procesal de los comparecidos como recurridos a fin de que alegase lo que estimase procedente, quien, con fecha 8 de septiembre de 2008, presentó escrito en el que, sustancialmente, por las mismas razones expresadas en la sentencia recurrida, con algunas consideraciones añadidas respecto del silencio de la Administración sólo imputable a ella, terminó suplicando que se desestimase el recurso

interpuesto y que se declarase no haber lugar a declarar la doctrina legal propuesta.

OCTAVO.- Conferido el traslado, con fecha 17 de septiembre de 2008, al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, formulase las alegaciones que tuviese por conveniente, éste presentó escrito en el que aduce que, si bien la Administración recurrente tiene razón desde el punto de vista material, el recurso no es estimable porque existe doctrina legal derivada de reiterada jurisprudencia, según la cual no cabe adquirir por silencio licencias en contra de la legalidad y el planeamiento urbanístico, licencias que, en cualquier caso, serían nulas de pleno derecho conforme al artículo 62.1 f de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que, a pesar de ser errónea la doctrina de la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, no cabe combatirla a través del recurso de casación en interés de la ley.

NOVENO.- Seguidamente se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiese dictamen en el plazo de diez días, lo que efectuó con fecha 14 de noviembre de 2008, en el que considera que el recurso en interés de la Ley debe ser desestimado con imposición de costas a la Administración recurrente por cuanto, aunque la tesis de la Sala sentenciadora es errónea, existe una doctrina jurisprudencial consolidada, según la cual el silencio administrativo positivo no opera cuando la licencia solicitada es contraria a la normativa urbanística, de manera que la doctrina legal que se propugna es la que ya tiene establecida la jurisprudencia.

DECIMO.- Emitido el dictamen por el Ministerio Fiscal, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 14 de enero de 2009, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS ERNESTO PECES MORATE,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Málaga sostiene que la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, al declarar que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico, en contra de lo establecido categóricamente por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, es errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera, al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo.

En la mencionada sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, declara, en síntesis, que la licencia urbanística, a que se contrajo el pleito sustanciado, al haber transcurrido el plazo marcado por la ley para que el

Ayuntamiento resolviese, se adquirió por silencio positivo, por lo que anula la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que había considerado que, conforme a lo establecido en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, por ser la licencia pedida al Ayuntamiento contraria al ordenamiento urbanístico no podía entenderse adquirida por silencio administrativo.

SEGUNDO.- Tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado aducen en sus respectivos informes que, aun cuando la tesis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia es errónea, al existir jurisprudencia consolidada en sentido claramente contrario al de dicha Sala sentenciadora, no es cauce adecuado el recurso de casación en interés de la ley para fijar una doctrina legal que ya existe y que ha sido infringida por aquélla.

No podemos aceptar este planteamiento porque, aun cuando es cierto que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha mantenido que en ningún caso pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento urbanístico, no es menos cierto que el criterio del Tribunal a quo se basa en la modificación introducida en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según la cual, a su parecer, procede separarse de aquella doctrina jurisprudencial construída sobre unas premisas normativas que han desaparecido al promulgarse la mentada modificación, que configura el silencio como positivo en todo caso, también respecto de las licencias urbanísticas contrarias a la legislación o al ordenamiento urbanístico, que sólo tienen un cauce de corrección a través de la correspondiente revisión por la propia Administración como conducta obligada para ésta.

Aunque esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre los efectos del silencio respecto de las licencias urbanísticas, nunca examinó como cuestión central si, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación, razón por la que, en contra del parecer del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, debemos entrar a conocer del recurso de casación en interés de la ley deducido por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga.

TERCERO.- La Sala sentenciadora se remite, en apoyo de su tesis, a lo declarado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en varias sentencias, entre las que tenemos a la vista una de fecha 24 de noviembre de 2006 (recurso de apelación 184/2006), a la que se formuló un muy razonado voto particular en sentido opuesto.

También justifica su decisión la Sala de Málaga con lo establecido por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, aun cuando se sirve de ella como criterio exegético, ya que por razones temporales no era de aplicación, y termina con una singular interpretación de lo establecido en los artículos 43.2 de la Ley 30/1992 y 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, por entender que el significado de este último precepto no es otro que un mandato dirigido a la Administración y al solicitante de la licencia, que «intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico», lo cual, según la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia, «es, ni más ni

menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio».

No comparte esta Sala del Tribunal Supremo ese parecer por las razones que seguidamente vamos a exponer, aunque no nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar.

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

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

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

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

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

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

SEXTO.- Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2004 (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1. b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España.

SEPTIMO.- Al ser estimable el recurso interpuesto, no procede, conforme a lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, formular expresa condena al pago de las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, singularmente lo dispuesto en el artículo 100 de la vigente Ley Jurisdiccional.

FALLO

Que, con estimación del recurso de casación en interés de la ley sostenido por el Procurador Don Juan Ignacio Avila del Hierro, en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, debemos declarar y declaramos, sin afectar a la situación jurídica particular derivada de dicha sentencia, como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio , son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero , no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, cuya parte dispositiva se publicará en el Boletín Oficial del Estado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , debiéndose hacer saber a las partes, al

notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION.-** Léida y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.