

JURISPRUDENCIA

**LA INAPLICACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO COMO
VÍA PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS
URBANÍSTICAS CONTRA LEGEM
(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo
de 28 de enero de 2009)**

M^º TERESA CANTÓ LÓPEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LAS TESIS A FAVOR DE LA VIGENCIA DEL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA Y DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.— III. LA COHERENCIA ENTRE EL ART. 242.6 TRLS 1992 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LEY 30/1992 TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL DE LA LEY 4/1999.— IV. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ART. 8.1. B) TRLS 2008 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LEY 30/1992.— V. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y RESPONSABILIDAD POR DEMORA INJUSTIFICADA O DENEGACIÓN IMPROCEDENTE EN EL OTORGAMIENTO DE TÍTULOS ADMINISTRATIVOS HABILITANTES DE OBRAS Y SERVICIOS.— VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA ADQUISICIÓN DE LICENCIAS EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL.— VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo analiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por la que se desestiman por silencio administrativo aquellas solicitudes de licencias de obras en contra de la ordenación territorial y urbanística. Como efecto inmediato, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 quiebra la tesis de un respetado sector doctrinal y de la última jurisprudencia de determinados Tribunales Superiores de Justicia, que, con fundamento en el art. 43.2 Ley 30/1992, defiende en materia de licencias urbanísticas *contra legem*, la aplicación en todo caso del silencio positivo ante la falta de respuesta de la Administración una vez finalizado el plazo para resolver y notificar. De acuerdo con esta postura, en la práctica, si un particular ha obtenido una licencia «por silencio positivo» en contra de la legislación o en contra del planeamiento urbanístico, la administración no puede desconocer este efecto jurídico ni resolver en sentido contrario; y si entiende que es perjudicial para el interés público debe acu-

dir a los procedimientos de revisión de oficio solicitando la suspensión de la medida obtenida por silencio administrativo positivo.

Palabras clave: silencio administrativo; Licencias urbanísticas; revisión de oficio; presunción de validez.

ABSTRACT: The present work analyzes the jurisprudential doctrine of the Supreme Court for which are considered to be rejected by lack of official response from a government those requests of urbanistic licenses of works in against the territorial and urban development regulation. As immediate effect, the Judgment of the Supreme Court of January 28, 2009 breaks the thesis of a respected doctrinal sector and of the last jurisprudence of certain Top Courts of Justice, that, with foundation in the art. 43.2 L 30/1992, it defends for urbanistic licenses contra legem, the application in any case of the positive silence before the lack of response of the Administration once finished the term to resolve and to notify. In agreement with this position, in the practice, if an individual person has obtained a license « for positive silence » in opposition to the legislation or in opposition to the urban development planning, the administration can neither know this juridical effect nor resolve in the opposite direction, so that if understands that it's harmful to the public interest the administration must come to the procedures of review ex officio requesting the suspension of the license obtained by administrative positive silence.

Key words: administrative silence; urbanistic licenses; review ex officio; presumption of validity.

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN Y SENTIDO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS

En la respuesta a la difícil problemática de otorgar al silencio administrativo un sentido positivo o negativo en la obtención de licencias urbanísticas en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico, no sólo han contribuido diversos cambios legislativos que han afectado tanto a la regulación general del régimen del silencio administrativo y a la legislación local como al derecho urbanístico, sino también ha influido el resultado de la ponderación entre el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, la defensa del interés colectivo y la tutela de los solicitantes de una autorización frente a la inactividad de la Administración, porque la técnica del silencio positivo pretende compensar al particular por los riesgos ocasionados por la pasividad administrativa. En este sentido, y una vez ponderados los intereses en conflicto, la Sentencia del Tri-

bunal Supremo de 28 de enero de 2009, objeto de este trabajo, se pronuncia, mediante un recurso de casación en interés de ley, acerca de la doctrina legal que considera que la adquisición por silencio positivo de licencias en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico resulta una doctrina errónea y gravemente dañosa para el interés general con base en el principio de legalidad.

En este artículo, se pretende exponer la problemática relacionada con el régimen del silencio y su alcance en las licencias urbanísticas *contra legem*, la cuál no puede quedar aislada ni de la legislación administrativa y urbanística, ni especialmente de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales posicionadas a favor de la aplicación de la regla del silencio positivo. Por este motivo, al hilo del análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, se requiere un análisis, aunque breve de la evolución de esta cuestión desde los inicios del derecho urbanístico español hasta el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante, TRLS 2008), estudio que intenta contribuir a entender el pronunciamiento del Alto Tribunal.

Pues bien, desde la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, el contenido del derecho de propiedad de suelo comprende la facultad de edificar previa obtención de la licencia urbanística quedando sometida al régimen del silencio positivo. En particular, el art. 165 señalaba que «1. Estarán sujetas a previa licencia, a los efectos de esta Ley, las parcelaciones y reparcelaciones urbanas, los movimientos de tierras, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación objetiva del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalaren los Planes. El procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las Entidades locales.». De modo que la norma ratifica el procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (RSCL), en cuyo art. 9.1.5º y 7º se contenía la siguiente previsión legal: «5º Las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las

de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el registro general», y 7^o «Si transcurrieran los plazos señalados en el número 5, con la prórroga del periodo de subsanación de deficiencias, en su caso, sin que se hubiere notificado resolución expresa:

a) El peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la comisión provincial de urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la comisión provincial de servicios técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo (1).

b) Si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo, y

c) Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo» (2).

Sentado el régimen del silencio positivo, su aplicación práctica planteó algunos problemas, cosa que instó al legislador, con la intención de hacer prevalecer la legalidad urbanística sobre otro resultado, a intro-

(1) Sobre la aplicación del art. 9 RSCL y los problemas derivados de la transferencia de competencia a la Comisión Provincial de Urbanismo, se ocupa A. EMBID IRUJO «Otorgamiento de licencias urbanísticas por silencio positivo: una nueva orientación jurisprudencial», *RAP*, núm. 90, septiembre-diciembre, 1979, p. 169-184; En estas líneas, el autor incide en que la regulación de la técnica del silencio positivo tiene como finalidad compensar al particular de los riesgos de la inactividad administrativa y al mismo tiempo castigar a la Administración por el paso del tiempo en resolver las solicitudes de los particulares. Aunque se demuestren las ventajas, hay un riesgo: el de que el particular adquiera facultades en contra de la Ley. Este riesgo en materia de licencias municipales fue advertido anteriormente por R. MARTÍN MATEO «Silencio positivo y actividad autorizante», *RAP*, núm., 48, septiembre-diciembre, 1965, p. 226 y ss.; que propuso la aplicación del «acto erróneo presunto con la consecuencia de la obligación de indemnizar para proceder a su anulación, pues con el silencio positivo no sólo pueden ser lesionados intereses de la comunidad sino también intereses individuales afectados

(2) Este precepto ha de entenderse derogado en lo que sea incompatible con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992).

ducir el art. 178.3 Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que establecía expresamente «3. El procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará lo prevenido en la Legislación de Régimen Local. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento», reconociendo por primera vez la cláusula de prohibición de licencias *contra legem* por silencio, y convirtiéndose así en el antecedente de la disposición adicional cuarta de la Ley del Suelo de 1990. Más tarde, el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (3), amplía el ámbito de prohibición a las licencias, y determina explícitamente que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

Paralelamente, las reformas del régimen del silencio administrativo desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 ampliaron los supuestos en que ha sido aplicable el silencio positivo; se incluyó que el sentido del silencio de la Administración debe ser positivo en materia de licencias urbanísticas, y que culmina con el régimen de los actos presuntos en la Ley 30/1992 (arts 42, 43, y 44), reformado por la Ley 4/1999, de 14 de enero, a los efectos de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18º CE). A partir de ese momento, el silencio administrativo se configura como un acto presunto que equivale en todo al acto expreso estimatorio al que se le otorga carácter vinculante para la Administración, pues el art. 43.2 Ley 30/92 señala que « los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo todas sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario establezca lo contrario», y además por su parte, el art. 62.f) dice «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» serán nulos de pleno derecho.

(3) El f. jco. treinta y cuatro de la STC 61/1997, de 20 de marzo dispone respecto de este precepto: « en atención a su contenido se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en este punto al art. 242.6 TRLS; regulación que ha venido a acogerse en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Con este marco normativo se dispone si este régimen general del silencio administrativo supuso o no la derogación del art. 242.6 TRLS 1992, y si es posible una conciliación de ambos preceptos. En este sentido, tanto la legislación autonómica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina administrativista, se han pronunciado con disparidad de criterio, de modo que se hace inexcusable una interpretación jurídica coherente y unánime sobre esta problemática.

Es cierto, que desde hace algún tiempo se esperaba un criterio jurisprudencial que interpretase el espíritu y finalidad de los preceptos anteriores junto con el art. 8 TRLS 2008. En este punto, el alcance de esta STS de 28 de enero de 2008, reside a mi juicio, en que establece por fin una doctrina legal uniforme en esta materia, pues intenta, con mayor o menor acierto, conciliar las disposiciones legales expuestas. Finalmente ignora la última corriente doctrinal y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia Autonómicos que resolvían sobre el silencio positivo *contra legem* de las licencias urbanísticas obtenidas en contra del ordenamiento urbanístico a la luz de determinados fundamentos materiales.

II. LAS TESIS A FAVOR DE LA VIGENCIA DEL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA Y DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

En sus antecedentes de hecho, la STS de 28 de enero de 2009 pone de relieve la doctrina jurisprudencial en la materia expresada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que versa sobre un litigio relativo a la petición de una licencia y la subsiguiente obtención de la misma por silencio administrativo *contra legem*. Así, en el asunto principal, el TSJ de Andalucía estima el recurso contra la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Málaga que deniega la licencia de primera ocupación de una vivienda unifamiliar.

En el iter de los hechos, la STSJ de Andalucía (sede Málaga) de 29 de marzo de 2007, estima el recurso de apelación núm. 8/2003 contra la Sentencia 190/02, de 15 de julio de 2002, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número cuatro de Málaga, declarando el derecho de los recurrentes a obtener la licencia por silencio administrativo pese a

que el juzgado de lo contencioso había declarado la desestimación del recurso contencioso interpuesto y en consecuencia declaraba que conforme al art. 242.6 TRLS 1992 en ningún caso se pueden entender adquiridas por silencio licencias en contra de la legislación y el planeamiento, aunque se trate de licencia de obras menor o de otro objeto como es la de primera ocupación (4).

En la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007, el Tribunal plantea la eficacia del silencio positivo *contra legem* ante una licencia urbanística en base a la aplicación de la regulación del silencio tras la reforma de la Ley 30/1992 (5) como cuestión determinante para resolver el recurso.

(4) F. jco 5º Sentencia Juzgado de lo contencioso-administrativo nº cuatro 190/02, de 15 de julio de 2002.

(5) El fallo andaluz declara que «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, permita 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 rai-

En esta línea, acoge la corriente doctrinal y jurisprudencial que sostiene la operatividad del silencio positivo en tales casos, y de forma que, si la

gambre 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 cuenta con una licencia obtenida por «silencio administrativo positivo» que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno, el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999. Situación que en nada difiere a la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea. 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 [LCAT 2002\206, 359, 518], 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...”.

Administración estima que existen vicios esenciales que determinan la nulidad, pesa sobre aquella la obligación de instar la revisión de oficio del acto presunto, siguiendo así los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2005 en «unificación de doctrina», entre otras.

Así, en el antecedente de hecho sexto de la STS de 28 de enero de 2009, se resume la doctrina del TSJ de Andalucía, objeto de recurso por considerarla errónea por parte del Ayuntamiento de Málaga, y dice expresamente: «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».

Para llegar a esta conclusión de estimación en el asunto relativo a la denegación por silencio del recurso de la resolución de la licencia urbanística, el TSJ de Andalucía considera que, ante la inexistencia de criterio jurisprudencial que aclare la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística en aplicación de la regulación del silencio tras la reforma en la Ley 30/1992, hay que acudir a la interpretación que hacen otras Salas y que específicamente se encuentra en la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas.

Por ello, y a los solos efectos interpretativos, pues no cabe su aplicación al caso por razones temporales, el Tribunal tiene en cuenta el art. 172.5 Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que establece las reglas para el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas (6), y conlleva que la norma autonómica refuerze el principio de seguridad jurídica al establecer como solución práctica, a posteriori de la facultad obtenida por silencio, la iniciación de la revisión de oficio con-

(6) Art. 172.5 LOUA «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»

forme al art. 62.f) Ley 30/1992, pudiendo acordar previamente la suspensión de la ejecutividad del acto presunto (7).

Para el TSJ de Andalucía, este razonamiento, que supone la estimación por silencio de una licencia urbanística cuando se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico, permite mantener la interpretación de esta cuestión conforme al art. 43 Ley 30/92, pues el art. 242.6 TRLS 1992 es considerado como un título habilitador para impugnar o revisar una licencia obtenida por silencio (8). Es evidente, que de acuerdo con

(7) Así, la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007, f. jco tercero dice expresamente «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».

(8) Igualmente, la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007, f. jco, cuarto, dice así «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. 1 de la Ley 30/1992). 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 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), 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 (LAN 2002, 588 y LAN 2003, 96), 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

esta tesis, la conexión entre el art. 242.6 TRLS 1992 y el art. 43 Ley 30/1992 admite la interpretación dada por el TSJ de Andalucía, por dos

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 reconvenzional 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».

razones fundamentales: primero, se considera al art. 242.6 TRLS 1992 como un precepto habilitador para impugnar la licencia obtenida por silencio administrativo y segundo, porque tanto la garantía de los intereses urbanísticos como la seguridad jurídica del particular queda salvaguardada a través de la posibilidad de la Administración de instar el mecanismo de la revisión de oficio (9).

Ahora bien, la mentada doctrina jurisprudencial remite a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2005 (10), la cual sirve para apoyar estos razonamientos con los criterios ya expuestos, y cuya doctrina se ha reproducido en fallos posteriores. Sin embargo, a mi juicio, merece una consideración especial la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2006 (11), debido a que es la primera que contempla la compatibilidad entre el régimen general del silencio administrativo y los contenidos del art. 196.3^o y 4^o LUV (12) además de incluir

(9) J. CASTELAO RODRÍGUEZ en «Artículo 8» en DIR. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Ley de Suelo. Comentario sistemático al Texto refundido de 2008*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2009, p. 306; sostiene la aplicación de la revisión de oficio al considerar que «si el acto presunto es una licencia que otorga a su petionario de realizar un acto edificatorio ilegal, por su inadecuación al planeamiento, la ilegalidad la cometida la Administración al no denegar en plazo la solicitud. Y por ello, es a la Administración a la que corresponde enervar los efectos que pueda producir su actuación ilegal».

(10) Confirma esta doctrina las siguientes decisiones judiciales: STSJ Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2007, STSJ Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2003, STSJ Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2005, STSJ Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 2007, STSJ Comunidad Valenciana de 15 de junio de 2007, STSJ Comunidad Valenciana 30 de noviembre de 2006, STSJ Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2001 o STSJ Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2001, entre otras.

(11) Esta Sentencia ha sido objeto de comentario por M.J. ALONSO MAS y C.L. ALONSO MAS. «El silencio positivo en el otorgamiento de licencias urbanísticas (a propósito de la STSJCV de 24 de noviembre de 2006», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 23, julio, 2007, p. 507-517.

(12) La Sala estima en su f. jco cuarto y sexto lo siguiente: «... B) Una vez ha entrado en vigor la LUV, las cosas han de verse desde un punto de vista distinto, porque si la Ley 16/2005 contuviera precisamente la misma regulación que la LRAU, deberíamos plantear la cuestión de inconstitucionalidad, al tratarse de una norma posterior en el tiempo a la Ley 30/92 y a su modificación por Ley 4/99. Sin embargo, aunque el art. 196 LUV contiene una regulación muy similar a la de la LRAU, la misma es en parte diferente, dado que, tras afirmar de nuevo que en ningún caso se entienden adquiridas por silencio positivo las licencias contrarias a la legislación urbanística y a los planes, inmediatamente añade, en su apartado cuarto, que las licencias obtenidas por acto expreso o presunto son nulas de pleno derecho cuando contravengan manifiestamente el planeamiento o la legislación urbanística. Existe pues una contradicción palmaria entre el apartado tercero y el apartado cuarto del art. 196, dado que el primero, a sensu contrario, nos está diciendo que no hay licencia (si lo preferimos, que la misma se puede entender desestimada; que el valor del silencio es negativo);

un extenso voto particular en el que se incluyen las razones contrarias a la conclusión del fallo.

mientras que el segundo nos dice que en caso de manifiesta ilegalidad de la licencia, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar produce una licencia, sí, pero nula de pleno derecho. Lo primero conduciría a la posibilidad de que la Administración desconociera pura y simplemente el silencio, por cuanto la licencia no existiría; lo segundo llevaría a considerar que la licencia es nula y que hay que proceder a su revisión de oficio. Ante dicha contradicción, y dado que el apartado tercero del art. 196.3 es manifiestamente contrario a la Ley 30/92, mientras que el apartado cuarto se acomoda a ella casi de forma literal (el precepto es casi un calco del art. 62.1 f) de la Ley 30/92), debemos inclinarnos por aplicar el art. 196.4 LUV y exigir en todo caso, pues, la revisión de oficio de la licencia ilegal; porque es la única forma posible (pero en todo caso es viable) de acomodar por vía interpretativa art. 5.3 LOPJ una Ley autonómica al contenido de una Ley estatal que le vincula. Pero es que, además, esta interpretación es coherente con la regulación que la LUV efectúa respecto de las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística alterada en sus arts. 219 ss; preceptos éstos en los que, al hablar de las obras sin licencia o contra licencia, aluden constantemente a la exigencia de requerimiento de legalización —a diferencia de por ejemplo el régimen que establecía el art. 248 TRLS de 1992—, que no tendría sentido alguno en los casos en que de hecho se ha solicitado la licencia con carácter previo sin que la Administración haya dado respuesta a la solicitud. Por otra parte, la interpretación contraria podría llevar a extremos realmente peligrosos para el principio de seguridad jurídica, por ejemplo en los casos en que, una vez pasado el plazo para resolver y notificar sobre la licencia, se produce la declaración de nulidad del plan en que dicha licencia se amparaba, dada la amplitud de los plazos previstos en el art. 304.2 TRLS de 1992.

SEXTO. Pero es que existen, además, otros argumentos que, aunque sea a mayor abundamiento, conducen a la misma solución. El primero de ellos es el siguiente: No puede aducirse de contrario que la Administración quede inerte o desprotegida ante una grave infracción urbanística por el hecho de que la licencia ilegal se entienda obtenida por silencio positivo. En primer lugar porque, como hemos visto, en los casos más problemáticos el silencio es negativo; con lo que el problema no se plantea. Pero es que, además, la regulación misma de la revisión de oficio deja en manos de la Administración, en estos casos, las suficientes armas como para defender adecuadamente el interés general. Así, el art. 104 de la misma permite que, una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio, se dicte como medida cautelar la suspensión del acto sometido a revisión cuando de su ejecución pudieran seguirse perjuicios de muy difícil o imposible reparación; de forma que, si la edificación está en marcha, lo lógico será que el ayuntamiento proceda a paralizar los efectos de la licencia ilegal dictando una orden de suspensión de las obras. De lege ferenda, sería incluso posible modificar la LUV para, conforme al art. 72.2 de la Ley 30/92, permitir incluso la adopción de medidas de paralización de las obras con anterioridad a la incoación del expediente de revisión de oficio, en los términos del precepto citado. Podría contraargumentarse que la revisión de oficio puede provocar la exigencia de que la Administración indemnice al titular de la licencia o su causahabiente. Pero, empezando ahora por el titular de la licencia, como es sabido el art. 44 de la Ley 6/98 afirma que en ningún caso la anulación de licencia comportará derecho a indemnización cuando exista dolo, culpa o negligencia grave imputables al perjudicado. Pues bien, la STS de 20 de enero de 2005 efectúa una amplia interpretación de lo que deba entenderse por culpa o negligencia grave en este contexto; de forma que, en último término, lo que viene a decirse es que debe tenerse en cuenta, entre otros factores, la responsabilidad profesional del constructor o promotor. En suma, el planeamiento urbanístico es público y, al menos en los casos de ilegalidades flagrantes, quien solicita una licencia tiene en sus manos los medios necesarios para conocer si la misma es o no gravemente contraria a la normativa urbanística; cuando lo sea, la anulación de la licencia no podrá determinar derecho indemnizatorio alguno a su favor».

Igualmente, en ella se entiende que el art. 242.6 TRLS 1992 quedaría derogado de forma implícita por la Ley 30/1992. Esta última es clara en relación con el sentido y eficacia del acto presunto estimatorio, y adopta— una interpretación finalista que hace compatible la legalidad con la seguridad jurídica precisando la siguiente solución: por un lado, las exigencias de legalidad quedan colmadas por el mecanismo de la revisión de oficio y en su caso, por la suspensión de la licencia otorgada por silencio positivo (13), y por otro, en aras a la seguridad jurídica, las normas urbanísticas autonómicas prevalecen sobre la protección del tercero hipotecario, por ejemplo, en el caso de un tercer adquirente que adquiere la vivienda amparado por una licencia concedida por silencio positivo *contra legem*. Por el contrario, este planteamiento no es seguido en el voto particular (14) —que afirma la compatibilidad del art. 43.2 Ley 30/1992

(13) Esta doctrina jurisprudencial consolidada por los Tribunales Superiores de Justicia es defendida y justificada entre otros autores por J.R. FERNÁNDEZ TORRES «La revisión de oficio de las licencias urbanísticas en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 18, 2009, p. 74-78, o por E. SÁNCHEZ GOYANES «La coherente asunción del silencio “*contra legem*” en los Tribunales Superiores y Supremo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, p. 63 y ss.; este autor expresa la trascendencia de la nueva doctrina que favorece al estatuto jurídico del administrado y pone de manifiesto que a la Administración, en caso de entender que la licencia obtenida por silencio administrativo positivo es contraria al interés público, sólo queda acudir a los procedimientos de revisión de oficio, solicitando como medida cautelar la suspensión de la licencia, como se deduce, a su juicio, en las SSTSJ Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2002 y 3 de junio de 2005, STSJ de la Comunidad de Madrid de 17 de marzo de 2005, y la STS de 20 de junio de 2005. También corroboran esta doctrina la STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2004 o la STSJ La Rioja de 25 de septiembre de 2006.

(14) El voto particular formulado por el Magistrado D. Carlos Altarriba Cano y al que se adquiere D. Juan Luis Lorente Albiñana, dice expresamente sobre estos aspectos «Y a estos efectos conviene poner de manifiesto lo siguiente: 1^ª) El art. 43.2 de la Ley 30/92, modificada en virtud de lo que establece la Ley 4/1999, de 13 de marzo, no es un precepto absoluto, pues como su propia redacción indica, permite las excepciones, al decir textualmente 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». 2^ª) Existe una norma, con rango formal de Ley, dictada en el marco de las competencias del estado, probablemente hoy de carácter básico, dada su naturaleza, y como ha puesto de manifiesto, según hemos visto, el Tribunal Constitucional en F de D núm. 32 de la Sentencia 61/97, que expresamente dispone lo contrario, y que integra el contenido de lo dispuesto en el art. 242.6^º del TR de 1992. 3^ª) Esta norma, nunca ha sido derogada. No lo ha sido de forma expresa; Ley 6/1998 de 13 abril (RCL 1998\959), dejó vigente, precisamente los párrafos 1^º y 6^º de la norma citada, y la originaria redacción de la Ley 30/92 (RCL 1992\2512 y 2775 y RCL 1993, 246), expresamente no la tocó. También creo poder reafirmar que, nunca fue tácitamente derogada por la primera redacción de la Ley 30/92, según lo arriba expuesto. Y tampoco puede entenderse tácitamente derogada por la redacción de la Ley 30/92, motivada por la Ley 4/1999, de 13 de marzo (RCL 1999\114 y 329), puesto que la propia Ley del 99, que comentamos, prevé la posibilidad de excepciones al régimen general que para el silencio positivo establece. De manera que, considero como tal excep-

y el art. 242.6 TRLS 1992— pues no se trata de normas contradictorias sino de una excepción estatal que es plenamente coherente, también a

ción, la que establece el art. 242.6º del TR de 1992, en materia de urbanismo y concretamente en el procedimiento de otorgamiento de licencias, al entender que, el silencio es negativo, cuando la licencia solicitada es contraria al ordenamiento, y esta previsión, la del 242.6, esta integrada en una norma con rango formal de ley, e incluso con carácter de básica... 5º) Así las cosas, no existe contradicción alguna, sino que a mi juicio son perfectamente integrables las dos normas que vengo considerando, de una parte, el art. 43.2 de la Ley 30/92; y de otra, el art. 242.6º del TR de 1992. Pero es que además, en el supuesto que se entienda que esas dos normas son contradictorias, la Sala no podría resolver la cuestión por el cómodo expediente del desplazamiento de normas, ya que nos encontramos ante normas jurídicas de igual rango, y ambas dictadas en materias sobre las que el estado tiene competencia.

6º) Si no hay mas remedio que admitir que a nivel estatal la excepción es coherente, y consistente; lo mismo habrá que decir a nivel autonómico, cuando en este aspecto procedimental no se hace sino, respetar precisamente la legislación del estado, consagrando el efecto del silencio negativo, en materia de licencias, cuando exista contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística. La solución que se impone a mi juicio es que, no existe ningún conflicto y, consiguientemente es perfectamente aplicable, sin ninguna duda constitucional el párrafo 3º de la DA 4º de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre (LCV 1994\ 364 y 405), Reguladora de la Actividad Urbanística.

VI. Sobre la revisión de oficio. A) Los considerados 6º y 7º de la sentencia a la que me opongo, se refieren a la revisión de oficio y, en este aspecto, lo primero que debo decir es que, esto no es mas que la consecuencia de lo dicho antes, o si queremos, no es mas que el efecto de aquella causa. Ciertamente, según la posición que se mantenga, el efecto será distinto, pero por el efecto, no se demuestra la naturaleza de la causa. Es decir, el tema de la revisión de oficio no sirve para acreditar que, en el urbanismo, no se admite el silencio *contra legem*. De acuerdo con la posición mayoritaria, el silencio por ser positivo, determina la existencia de un acto, y en concreto la estimación de la solicitud formulada, con lo que, si se quiere hacer desaparecer ese acto del ordenamiento, será preciso acudir a la revisión de oficio. De acuerdo con mi posición, el silencio por ser negativo, determina la inexistencia de cualquier acto, con lo que no hay nada que deba desaparecer del ordenamiento porque nada existe desde un punto de vista jurídico, por eso sí, a raíz de esa no existencia se ha materializado una edificación o construcción, y esta es ilegal (en la Ley valenciana, manifiesta y gravemente ilegal), la administración puede y debe, iniciar el procedimiento de restauración de la legalidad. Y quiero recordar aquí que, la restauración de la legalidad no es un procedimiento sancionador, por mucho que así se insinúe; lo ha repetido hasta la saciedad la jurisprudencia del TS, tan abundante que, excuso su cita. B).— La revisión de oficio, por mas que se empeñen, siempre es una solución harto cara, y por supuesto la peor solución para la defensa del interés general, por la sencilla razón de que, ante el coste de la revisión, y las cuantías que procedería indemnizar (hoy día los costes derivados de cualquier proyecto urbanístico de cierta envergadura sería inasumibles dentro del presupuesto anual de muchos municipios), las administraciones municipales, precisamente por esa circunstancia, no podrán revisar, con la consiguiente pervivencia en el tiempo de la construcción ilegal, que es precisamente lo que no se debe consentir en el urbanismo, que al fin y al cabo no es mas que un sistema de diseño de ciudades, una forma para que sea coherente y viable su desarrollo, construyendo ámbitos y espacios sostenibles, donde se materialicen las diferentes titularidades que concurren. La indisciplina urbanística es preciso corregirla; los costes sociales y, en muchos casos ambientales que, la infracción comporta, es preciso evitarlos, y por supuesto es preciso hacer desaparecer cualquier estímulo al comportamiento antisocial de los presuntos infractores, y en razón de todo ello afirmo que, la tesis mayoritaria es, no solo errónea, sino además gravísimamente perjudicial para el interés general...».

nivel autonómico, porque consagra el silencio negativo, en materia de licencias, cuando existe una contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística. Respecto a la solución de la revisión de oficio, el voto particular considera que este instrumento no sirve para acreditar que en el urbanismo no cabe el silencio *contra legem*, así que el silencio de sentido negativo, determina la inexistencia del acto por lo que no hay nada que deba desaparecer del ordenamiento porque desde un punto de vista jurídico tampoco se ha materializado la actuación administrativa. Además, en el mismo se añaden otras razones que sustentan su argumentación, como por ejemplo, la que explica que la revisión de oficio aparece como una solución costosa e inconveniente para la defensa del interés general.

III. LA COHERENCIA ENTRE EL ART. 242.6 TRLS 1992 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LRJ-PAC TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL DE LA LEY 4/1999

Por lo que se acaba de apuntar en el voto particular y como se deduce de la STS de 28 de enero de 2009, parece que la norma urbanística estatal prevalece y establece el régimen del silencio negativo pues prima el interés general en la protección de la legalidad urbanística frente al derecho del solicitante de la licencia que conforme al ordenamiento jurídico tuviera derecho a la estimación de la misma: y porque además impide su adquisición por cualquier infracción del ordenamiento sea cual sea el alcance de la legislación urbanística en base al principio de legalidad y en la difícil reparación ante una posible edificación ilegal.

La constante jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha rechazado el reconocimiento de los efectos aprobatorios del silencio administrativo, cuando el proyecto va más allá de aquello establecido en la ley y en el planeamiento, bajo el principio de legalidad. Como pone de manifiesto, I. SANZ RUBIALES (15) la jurisprudencia sigue manteniendo la opción de la legalidad, con base en la doctrina de la «esponja limpiadora» conforme a la cuál el silencio positivo no puede limpiar los vicios y defectos del acto, y así impedir que la pasividad de la administración se convierta de facto en una vulneración del ordenamiento jurídico en un acto estimatorio.

(15) I. SANZ RUBIALES. «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», *RAP*, núm. 171, septiembre-diciembre, 2006, p.187.

En apoyo de esta postura, la jurisprudencia del TS siempre ha declarado la vigencia del art. 242.6 TRLS 1992 en contra de posiciones doctrinales que sostienen su desplazamiento por el art. 43 Ley 30/1992 conforme a la disposición derogatoria única 3ª LRSV (16), que declara que no puede obtenerse por silencio lo que legalmente no sea otorgable por resolución expresa (17).

De este modo, el art. 242.6 TRLS 1992 ha sido considerado por el Tribunal Supremo en su f. jco.4º, como un precepto estatal básico de rai-gambre en nuestro ordenamiento jurídico que rige en todo el territorio español y que la legislación autonómica no puede contravenir, tal y como dispone la disposición final primera del Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en adelante, TRLS 2008). Igualmente, el art. 43.2 Ley 30/1992, tras la modificación legal por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tiene la consideración de un precepto básico, y prevé como es sabido, que «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos sus casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario establezca lo contrario». Junto a esta previsión legal, la vigencia del art. 242.6 TRLS 1992 en todo el territorio, hace que no puedan entenderse adquiridas licencias por silencio administrativo en contra de la legislación y el planeamiento urbanístico como se confirma en varias sentencias a las que se remite en el f.jco. 6º del fallo que se comenta; por ejemplo, entre otras, la SSTS de 30 de enero de 2002, 15 de octubre de 2002, 17 de noviembre de 2003, 26 de marzo de 2004, 3 de diciembre de

(16) Así se establece entre otras en la STS de 17 de octubre de 2007, f. jco., noveno: «No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea dis-conforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, «salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario», siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

(17) En la STS de 6 de julio de 1988, citada por J. CASTELAO RODRÍGUEZ en «Las licencias urba-nísticas en Valencia», en Dir. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Derecho urbanístico de la Comunidad Valen-ciana*, Madrid, La ley, 2006, p. 1297

2005, 31 de octubre de 2006, 17 de octubre de 2007 y de 17 de octubre de 2007.

Según lo expuesto, se deduce por la jurisprudencia que el art. 242.6 TRLS 1992 es una norma específica que contiene una de las excepciones del art. 43.2 ley 30/1992, y en consecuencia en el ámbito urbanístico, el art. 242.6 TRLS 1992 contiene un supuesto de silencio negativo (18) siempre que lo solicitado vaya en contra de la legislación y el planeamiento urbanístico (19). Pero, hay que recordar el efecto de esta postura ya que si transcurre el plazo para resolver sin resolución expresa y no existe un acto administrativo positivo, la administración podría resolver en sentido negativo tras el transcurso del plazo máximo para resolver, circunstancia que deja al particular en situación de indefensión. No impide, por tanto, la aplicación del silencio positivo en el caso de licencias administrativas ajustadas a la ordenación urbanísticas, y por ello, complementariamente, conviene recordar, el criterio jurisprudencial de otras sentencias como la STS de 15 de abril de 1997, en la que se establece que no es suficiente el cumplimiento de los requisitos formales para que la licencia se entienda obtenida por silencio administrativo, sino que han de darse los requisitos materiales, y en especial, la conformidad de lo solicitado con el planeamiento (20).

(18) Como matiza, a mi juicio, adecuadamente SORO MATEO en «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 15, 2009, p.73; sobre el art. 242.6 TRLS gira la siguiente disyuntiva «¿habría de considerarse producido un acto inválido revisable a través de los procedimientos correspondientes o por el contrario se ha de tener por no producido el acto?».

(19) Ésta coincide con una de las soluciones doctrinales expuestas por S. VAQUERO RAMIRO y F. GONZÁLEZ BOTIJA en « El juego del silencio administrativo en la concesión de licencias urbanísticas y en la legislación de montes: problemática a la hora de la inscripción en el Registro de la Propiedad», *REDA*, núm. 136, octubre-diciembre, 2007, p.760-761; en las que aprecian que ese carácter es precisamente la fuente de todos los problemas, porque en último término corresponde a la administración decidir si estima o no conforme a la normativa urbanística lo solicitado, quedando en el aire la duda sobre qué solución adopta al final. También, recuerdan los autores las otras posiciones doctrinales; aquella que entiende que sólo ha de estimar el silencio negativo cuando el vicio que contenga el acto administrativo sea grave o muy grave, y aquella que entiende siempre que el silencio es positivo, y si existen dudas sobre su legalidad se debe acudir a la vía de la revisión de oficio de los actos administrativo.

(20) Entre otras, confirma esta posición, la STS de 26 de marzo de 2004, f. jco., sexto: «En los dos últimos motivos de casación la Corporación recurrente alega que el Tribunal de instancia ha infringido los artículos 178.3 LS, 9 RSCL y la reiterada jurisprudencia de esta Sala que declara que no pueden considerarse adquiridas por silencio licencias urbanísticas en contra de la ordenación urbanística aplicable. La sentencia de instancia considera obtenida una licencia de obras por el simple transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL, con independencia de que con ello

En definitiva, entre otros motivos, y a la luz de la jurisprudencia citada, cuando con la licencia se adquieren facultades contrarias a la legislación y al planeamiento urbanístico hay que concluir en que el silencio es negativo (21) porque no hay infracción de las normas que regulan el carácter estimatorio del silencio debido a la vigencia del art. 242.6 TRLS 1992 (22).

el solicitante consiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico y ello es, efectivamente, opuesto a una doctrina repetida de esta Sala que, en relación al artículo 178.3 LS (pues en el caso de autos ni era aplicable el artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ha declarado que no basta con el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL para entender obtenida por silencio una licencia de obras sino que, además, ha de indagarse acerca de su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación (sentencias de 31 de enero de 2000, 27 de diciembre de 1999, 12 de mayo de 1999 y 4 de junio de 1997, entre otras muchas).

(21) R. ARTACHO GANT, «El silencio administrativo en el otorgamiento de las licencias urbanísticas», *El consultor de los ayuntamientos y juzgados*, núm. 11, 2005, p. 1809, tomo 2; resume los motivos por los que mantiene el silencio negativo: a) El art. 43.2 Ley 30/1992 establece en la redacción de 1999 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.

b) El art. 242.6 del TRLS 92, declarado vigente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y que según la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, se encuadra en la competencia del Estado sobre procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 de la Constitución), establece que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico. Dicho precepto se ajusta perfectamente a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en su redacción de 1999.

c) La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (art. 43.3, segundo párrafo), no teniendo la consideración de acto, por lo que en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio (art. 43.4.b).

d) La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (art. 43.3, primer párrafo), por lo 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

e) El acto administrativo estimatorio por silencio administrativo es un acto presunto que sólo podrá revisarse conforme a los procedimientos previstos en los arts. 102 y 103 Ley 30/1992, incurriendo en nulidad los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición

f) Las licencias urbanísticas *contra legem* no constituyen un acto presunto puesto que no se aplica el silencio positivo, sino que opera el silencio negativo por expresa determinación legal (arts. 43.2 Ley 30/1992 y 242.6 TRLS-92).

(22) En este sentido, la STS de 3 de noviembre de 2005, f. jco., segundo dispone lo siguiente: «el principio de libertad y el derecho al ejercicio de actividades empresariales tiene como límites aquellos que impone el ordenamiento jurídico, del que forma parte el planeamiento urbanístico con sus limitaciones sobre los usos del suelo por razón de la clasificación y calificación de éste. Ese error interpretativo del sentido de esa jurisprudencia arrastra que en el mismo motivo segundo, que

A este respecto, QUINTANA LÓPEZ apoya esta conclusión al señalar que el art. 43.2 Ley 30/1992 es el fundamento formal a la excepción expuesta pues «más que suscitar la eventual derogación del art. 242.6 TRLS 1992, lo que ha hecho es ratificar su vigencia en el marco del nuevo régimen del silencio administrativo establecido por la citada ley básica estatal» (23), y en consecuencia en la práctica, el solicitante deberá decidir entre dos opciones: bien impugnar la presunta denegación por silencio ante los tribunales contencioso-administrativos, o bien actuar conforme a la obtención de la licencia por silencio positivo, caso en que asume el riesgo de la respuesta desestimatoria y tardía de la administración y su impugnación por extemporánea, siendo cualquier solución insatisfactoria para el particular que solicita la licencia.

Finalmente, se observa a este respecto, que en la STS de 28 de enero de 2009, el argumento utilizado para la inaplicación del silencio positivo *contra legem* sigue siendo la vigencia del principio de legalidad, sin tener en cuenta otros principios constitucionales de directa aplicación como el de la seguridad jurídica que impide la incertidumbre de las relaciones jurídicas que se producen al amparo del ordenamiento jurídico (24), puesto que si se mantiene la primacía del art. 242.6 TRLS 1992, conlleva que la contravención del Derecho supone la inoperatividad del silencio administrativo positivo, de modo que el particular se encuentra en la incertidumbre de no saber si el silencio es positivo o negativo y si debe iniciar

es el último, se incorpore también la denuncia de la infracción de las normas que regulan la producción del silencio administrativo positivo; infracción inexistente, pues como bien dice la sentencia recurrida, el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (precepto que la STC 61/1997 encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común —artículo 149.1.18^º de la CE—), dispone que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

(23) T. QUINTANA LÓPEZ en «El silencio de la administración en el derecho urbanístico» en Coord. T. QUINTANA. *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 420.

(24) Esta posición se deja clara por la Sala de instancia según contempla la STS de 26 de marzo de 2004 en su f. jco., segundo: «La Sala de instancia ha anulado dichos acuerdos, por entender que el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL determina la obtención por silencio de la licencia solicitada, que si es contraria al planeamiento podrá ser anulada tras el correspondiente procedimiento de revisión, pues otra solución implicaría dejar al solicitante de la licencia en una situación de inseguridad jurídica, incompatible con el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1978\ 2836), al no poder tener certeza si la petición ha resultado concedida, por el mero transcurso del tiempo o si ha resultado denegada, por ser contraria al planeamiento».

o no las obras para comprobar si ha sido positivo o negativo, de modo que este razonamiento nos llevaría al desplazamiento de esta disposición por el art. 43 Ley 30/1992. En este punto, es necesario señalar que esta solución también conlleva riesgos pues los fallos de los tribunales no llegan a dirimir si la licencia obtenida por silencio se ajusta o no a la ordenación urbanística y al planeamiento para poner fin al conflicto, y obliga a la administración la apertura de un procedimiento de revisión de oficio, en caso de infracción manifiestamente grave (25).

IV. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ART. 8.1. B) TRLS 2008 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LRJ-PAC

Entre las facultades de uso, disfrute y explotación del suelo se incluye el derecho del propietario a edificar sobre él siempre que el terreno conforme una unidad apta para la edificación, es decir, cuando la ordenación territorial y urbanística le atribuya una determinada edificabilidad y uso en los términos que establezca no sólo la legislación específica sino también en el correspondiente instrumento de planeamiento territorial o urbanístico. El ejercicio de esta facultad por el propietario del suelo queda condicionada a que el acto de edificación cuente con la preceptiva autorización administrativa de acuerdo con la normativa urbanística. A nuestros efectos, la licencia urbanística, que puede obtenerse tras el transcurso del plazo de otorgamiento de forma expresa o presunta si se produce el silencio administrativo, y es aquí donde adquiere especial relevancia la interpretación del art. 8.1. b) TRLS 2008, sobre todo cuando las obras para las que se pide la licencia son ilegales por ser contrarias a la legislación o al planeamiento urbanístico, pues en esta situación el particular podría haber comenzado las obras al entender que le ampara el silencio positivo.

El TRLS 2008 acoge el contenido del art. 242.6 TRLS 1992 en su art. 8.1 b) in fine con la siguiente redacción «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Desde un pri-

(25) Advierte de tales riesgos, J.R. FERNÁNDEZ TORRES « El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de 30 de diciembre de 2005), *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 13, 2006, p.94.

mer momento y en relación con el proyecto de texto refundido, el Consejo de Estado en su Dictamen 906/2008 formula dos observaciones a esta disposición:

«a) El artículo 8.1.b) del proyecto incorpora el contenido de los artículos 242.1 y 242.6 del texto refundido de 1992 y lo hace siguiendo el criterio de remitir a la legislación sectorial de ordenación del territorio y urbanismo. Dado que el precepto del artículo 242.6 del texto refundido de 1992 —reproducido en el último párrafo de la letra b) del artículo 8.1.b— contiene una específica limitación al silencio administrativo en materia urbanística, que ha sido objeto de una previsión general en el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el criterio antes expresado llevaría a la conveniencia de incluir una previsión en el sentido de que “son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos por los que se adquirieran facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística en los términos dispuestos por la misma”».

Tanto esta observación como la propia norma trata de fundamentarse en el art. 62.1 f) Ley 30/1992, que como es sabido incluye entre los supuestos de nulidad de pleno derecho a los actos por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Pero aquí, hay que compartir la consideración crítica formulada por GONZÁLEZ PÉREZ en la que pone de manifiesto que el fundamento de esta disposición fue la siguiente: «al reconocerse en el silencio estimatorio los efectos propios del acto expreso, se incluyó aquél supuesto de nulidad, lo que facultaba a la administración, para, de oficio o a instancia de interesado, privar al acto de efectos en cualquier momento, pero siempre con los requisitos que establece el art. 102 LRJPAC» (26).

Como se observa, la redacción final del precepto no tiene en cuenta esta última precisión (27), de modo que el art. 8.1 in fine TRLS 2008,

(26) J. GONZÁLEZ PÉREZ en el «Comentario al art. 8. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades», p. 282; en AAVV. DIR. J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, Vol. 1, Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, 2ª edición, Cívitas, Madrid, 2008, 931 pp.

(27) A este respecto, L. PAREJO y G. ROGER en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Iustel, Madrid, 2009, p. 171; estiman correcta la redacción vigente «pues ni la inclusión sugerida reflejaba estrictamente lo dispuesto por

opta por una redacción más general que su precedente, y dispone expresamente que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Cabe destacar el carácter facultativo de la forma verbal «podrán entenderse» que precedida de la expresión «en ningún caso» confiere un carácter negativo con valor absoluto, y por si se albergase alguna duda, según aquella no podrá entenderse que es posible adquirir una facultad en contra de la ordenación urbanística.

Vuelve a plantearse así, la eterna cuestión de su compatibilidad con el art. 43.2 Ley 30/1992 pues ambas se consideran disposiciones estatales de carácter básico (28), y cuya respuesta se aporta por la STS de 28 de enero de 2009.

El Alto Tribunal dictamina que la doctrina del silencio positivo *contra legem* sostenida por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, es errónea y resulta gravemente dañosa para el interés general pues elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística (29). Bajo esta conclusión, afirma que como ocurría con el art. 242.6 TRLS 1992 y vista la doctrina jurisprudencial que existe con anterioridad a la modificación legal del art. 43.2 Ley 30/1992, resulta razonable aplicar y confirmar la doctrina expuesta para esa disposición y declara en su fallo la siguiente doctrina legal (30): «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

el TRLS 1992, ni resultaba claramente procedente al caso la causa de nulidad del artículo 62.1.f LRJ PAC (toda vez que en los actos de construcción o edificación no hay propiamente adquisición de derecho o facultad, sino mera declaración de conformidad a Derecho del ejercicio del ius edificando pretendido en el caso). Los autores sostienen que es una buena opción de técnica legislativa tanto la incorporación de esta regla como la inclusión de la expresión «ordenación territorial y urbanística» pues comprende el conjunto de la legislación y de los instrumentos que la completan.

(28) STS de 28 de enero de 2009, f. jco cuarto y fallo.

(29) STS de 28 de enero de 2009, f. jco quinto.

(30) STS de 28 de enero de 2009, f. jco sexto y fallo.

13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística»

Por tanto, como advierte GONZÁLEZ PÉREZ (31), el art. 8.1.b) TRLS integra un supuesto de silencio administrativo desestimatorio a la vez que desnaturaliza el silencio positivo y contraviene la norma del art. 43.4 Ley 30/1992 que establece que «la resolución expresa posterior sólo podrá dictarse por ser confirmatoria del mismo». En consecuencia, al contemplar el supuesto de silencio negativo siempre se producirá la inseguridad jurídica para el solicitante de la licencia que no se ha resuelto en plazo, pues no conoce si al realizar la actividad que se supone autorizada, puede ser obstaculizado en cualquier momento por la Administración si ésta considera que la actuación no se ajusta a la ordenación territorial o urbanística.

Lo cierto es que, el precepto en cuestión acoge la cláusula tradicional, coincidiendo con la doctrina que ha mantenido el TS con posterioridad a la Ley 4/1999, al declararla vigente y dotada de carácter básico, por lo que su contenido debe ser respetado por toda norma autonómica (32). Como estima la STS de 28 de enero de 2009, hay que precisar finalmente que el art. 8.1. b) TRLS 2008 no entra en contradicción con el art. 43.2 Ley 30/1992, pues es posible en nuestro derecho el reconocimiento de excepciones al régimen general del silencio positivo, de

(31) J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, ob. cit., 232-233.

(32) Se refleja la interdicción del silencio administrativo *contra legem* en la siguiente legislación autonómica: art. 7.1 Ley balear 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística; art. 176 Ley aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, urbanística; art. 99.3 Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo; art. 166.5 c) 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; art. 192 Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo; art. 176.3 Ley de Extremadura 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial; art. 192.4 Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; art. 195.5 Ley de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural; art. 229.7 Decreto Legislativo de Asturias 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo; art. 161.3 Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, de Castilla la Mancha; art. 217.5 Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, de Murcia, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; art. 5.2 Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña; art. 196.3 Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana; art. 195.3 Ley de la Rioja 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; y art. 211.1 Ley País Vasco 2/2006, de 30 de junio.

ahí que el art. 8.1 b) TRLS no hace sino establecer una excepción en materia urbanística al entender que el silencio es negativo cuando la licencia instada contraviene la ordenación territorial o urbanística, siendo ésta una previsión que se contiene en una norma con rango de ley y dotada de fuerza básica. En conclusión, la norma estatal permite el silencio administrativo de licencias pero siempre sin contravenir la ordenación territorial o urbanística.

V. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y RESPONSABILIDAD POR DEMORA INJUSTIFICADA O DENEGACIÓN IMPROCEDENTE EN EL OTORGAMIENTO DE TÍTULOS ADMINISTRATIVOS HABILITANTES DE OBRAS Y SERVICIOS

En aplicación de la doctrina legal expuesta, el art. 8.1 b) TRLS 2008 establece que la falta de respuesta de la Administración ante la solicitud de una licencia en contra de ordenación territorial o urbanística hay que incluirlo como uno de los supuestos de silencio negativo fundamentalmente porque hay que proteger la legalidad urbanística en cualquier caso, tal y como se expresa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero cuando se espera un pronunciamiento judicial de esta trascendencia también se tiene la expectativa de obtener un razonamiento jurídico detallado y riguroso que ponga fin a esta duda razonable que permita entender el sacrificio del silencio positivo en pro de la seguridad jurídica del administrado por el principio de legalidad, pues esta medida lleva al particular a impugnar el acto administrativo obtenido por silencio ante los Tribunales sin que la Administración se haya pronunciado sobre la conformidad o no a derecho de la obra objeto de la licencia.

Quizá sea conveniente aportar un razonamiento jurídico más amplio que concrete mejor la posible inexactitud de la doctrina mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia y los motivos por los que se considera errónea y lesiva para el interés general. Por ello, estimo que la Sentencia del TS de 28 de enero de 2009 carece en sus fundamentos jurídicos de una interpretación sistemática del art. 8.1 b) TRLS 2008 con otros preceptos del mismo que permita explicar la opción del silencio desestimatorio más allá del principio de legalidad, imponiéndose con fuerza a la justificación contraria, por lo que habrá que esperar futuros pronunciamientos. No obstante, para que se produzca el supuesto de hecho del art.

8.1.b) TRLS 2008, obviamente, es necesario que haya transcurrido el plazo sin que la Administración haya dictado el acto procedente y se notifique a los interesados, es decir, que se haya producido una inactividad de la administración que en determinados supuestos, como en el caso de la «demora injustificada en el otorgamiento del acto o denegación improcedente» (puede afectar a licencias urbanísticas) puede surgir responsabilidad patrimonial por el «funcionamiento anormal de los servicios públicos», siempre respetando el derecho del perjudicado a obtener la correspondiente indemnización. En este sentido, conforme al art. 35.d) TRLS 2008 (33) surge responsabilidad administrativa en materia urbanística cuando se trata de «la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente» y sin derecho a indemnización cuando exista dolo, culpa o negligencia.

Ello implica que si conforme al art. 8.1 b) TRLS 2008, el sentido del silencio de una licencia *contra legem* es desestimatorio, la administración ha de aceptar la aplicación de la regla general de la responsabilidad por demora injustificada o por denegación improcedente, pues en ambos casos puede producirse daños patrimoniales al particular que ha solicitado la licencia. El problema se encuentra en la demostración de la lesión patrimonial y la demora «injustificada» (34), porque como afirma GONZÁLEZ PÉREZ (35) «la estimación por silencio se produce a todos los efectos si la

(33) En definitiva, el art. 35 d) TRLS 2008 traslada al ámbito del otorgamiento de títulos habilitantes (autorizaciones) con los riesgos expuestos, la previsión establecida para los planes urbanísticos en el art. 11.5 TRLS 2008 determina que «cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable».

(34) En este punto, J.R. FERNÁNDEZ TORRES «Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2008, p.207; pone de relieve que la atribución del valor estimatorio al silencio juega en contra de la imputación de responsabilidad patrimonial ante la pasividad ante la solicitud de un título habilitante de obras, sólo queda eximida la administración si el reclamante acredita no tener derecho a la obtención de la licencia (bien por resolverlo la propia administración o por acordarlo la jurisdicción contencioso-administrativa al resolver el recurso por la denegación presunta, y también la jurisprudencia ha reconocido el retraso infundado en el otorgamiento de títulos habilitantes puede ocasionar daños resarcibles, y cita las sentencias: STS de 30 de abril de 1991, STS de 18 de octubre de 1994 y STS de 28 de octubre de 1997.

(35) J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, ob. cit., 1387.

Administración incumple el deber de resolver dentro de los plazos en que viene obligada, por lo que en ningún caso incumple el plazo que el ordenamiento establece para dictar resolución expresa y notificarla a los interesados», de modo que a sensu contrario, en el caso del silencio desestimatorio, el particular queda en una situación de inseguridad jurídica porque no tiene pronunciamiento de la Administración sobre la ilegalidad de su actuación por ser contraria a la ordenación territorial o urbanística, ¿pues cómo conoce que el proyecto presentado a licencia, normalmente visado y firmado por técnico competente es contrario a la normativa existente? En esta situación, el particular perfectamente puede empezar a ejecutar la edificación con el riesgo de que la administración bien tome medidas de suspensión o restauración de la legalidad, bien resuelva otorgando la licencia, o bien que al tratarse de una denegación improcedente ésta sea reconocida por la jurisdicción contencioso-administrativa.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA ADQUISICIÓN DE LICENCIAS EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL

A la vista de todo lo anterior puede concluirse, que en la práctica, a partir de la STS de 28 de enero de 2009 hay que entender que el art. 8.1 TRLS 2008 determina un supuesto de silencio desestimatorio en base al art. 43.2 Ley 30 /1992, pues ha de prevalecer el principio de legalidad en todo caso. De ahí, que en materia de licencias urbanísticas, la regla general será el silencio positivo salvo que se trate de la adquisición de facultades contrarias al ordenamiento territorial o urbanístico. Con ello, el Tribunal Supremo en su doctrina legal ha optado por su continuidad y no ha querido romper su jurisprudencia anterior por la que declaraba vigente el art. 242.6 TRLS, como se ha explicado anteriormente.

Pero en todo caso, habrá que reconocer que tanto la regulación del silencio administrativo positivo como el silencio negativo entraña una serie de riesgos al particular solicitante de la licencia cuando ha transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar de la administración. Por ello, nos encontramos ante un tema que exige la ponderación de dos principios esenciales: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, éste último más acorde con la solución del silencio positivo *contra*

legem y con la reforma de la Ley 30/1992 como demuestra la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (36). Pero, también es verdad, que si la licencia tácita va en contra de la ordenación urbanística, sus efectos positivos cesarían cuando fuese revisada a través del procedimiento de revisión de oficio.

En efecto, la solución expuesta hace que el silencio administrativo se convierta en un escudo protector de la administración por su inactividad al posibilitarle utilizar todos los mecanismos de defensa de la legalidad, aunque no haya resuelto en plazo, de manera que queda desvirtuada la idea de que el silencio administrativo se crea en beneficio de los particulares frente a la inactividad administrativa, aunque en determinados supuestos sea de aplicación la responsabilidad patrimonial en materia urbanística. Quizás hubiese sido interesante una interpretación jurisprudencial más profunda sobre el juego del art. 8.1 b) TRLS 2008 y la reforma del art. 43 Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999.

En definitiva, con la adopción de este mecanismo hay que arbitrar otras medidas en defensa de la legalidad que eviten al mismo tiempo la inseguridad jurídica para el particular ante la posible reacción de la administración frente a la petición en principio denegada por contrariar la ordenación territorial y urbanística como consecuencia de la pasividad administrativa. Posiblemente, únicamente sea posible modificar el régimen legal expuesto precisando los supuestos a los que aplicar el silencio desestimatorio y estimatorio en materia urbanística o procurar la introducción de otras técnicas como la comunicación previa de la actuación cuando ha transcurrido el plazo para resolver. Al margen de estas consideraciones, en materia de licencias urbanísticas, hay que entender que el silencio será positivo cuando lo solicitado se ajuste a la legislación y al planeamiento, salvo que por obtener la licencia se incumpla la ordenación territorial o urbanística.

(36) Sobre la posición del silencio positivo *contra legem* vid. A. C. NETTEL BARRERA, «El silencio positivo *contra legem* en el derecho urbanístico, punto de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*..., ob., cit., p.200-207.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARTACHO GANT, R., «El silencio administrativo en el otorgamiento de las licencias urbanísticas», *El consultor de los ayuntamientos y juzgados*, núm. 11, 2005, p. 1809, tomo 2.
- ALONSO MAS, M.J. y ALONSO MAS, C.L., «El silencio positivo en el otorgamiento de licencias urbanísticas (a propósito de la STSJCV de 24 de noviembre de 2006)», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 23, julio, 2007, p. 507-517.
- CASTELAO RODRÍGUEZ J., en «Las licencias urbanísticas en Valencia», en Dir. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Derecho urbanístico de la Comunidad Valenciana*, Madrid, La ley, 2006.
- «Artículo 8». Dir. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Ley de Suelo. Comentario sistemático al Texto refundido de 2008*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2009.
- EMBED IRUJO, A., «Otorgamiento de licencias urbanísticas por silencio positivo: una nueva orientación jurisprudencial», *RAP*, núm. 90, septiembre-diciembre, 1979, p. 169-184.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «La revisión de oficio de las licencias urbanísticas en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 18, 2009, p. 67-90.
- «El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de 30 de diciembre de 2005)», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 13, 2006, 91-94.
- «Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2008, 183-209.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Comentario al art. 8. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades», p. 282; en AAVV. Dir. J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, Vol I, Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, 2ª edición, Cívitas, Madrid, 2008.
- MARTÍN MATEO, R., «Silencio positivo y actividad autorizante», *RAP*, núm., 48, septiembre-diciembre, 1965, p. 205-239.

- NETTEL BARRERA, A.C., «El silencio positivo *contra legem* en el derecho urbanístico, punto de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 248, marzo, 2009, p. 151-194.
- PAREJO, L. y ROGER, G., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Iustel, Madrid, 2009.
- QUINTANA LÓPEZ, T., «El silencio de la administración en el derecho urbanístico» en Coord. T. QUINTANA. *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., «La coherente asunción del silencio "*contra legem*" en los Tribunales Superiores y Supremo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, p. 63-73
- SANZ RUBIALES, I., «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», *RAP*, núm. 171, septiembre-diciembre, 2006, p. 181-213.
- SORO MATEO, B., «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 15, 2009, p. 61-73.
- VAQUERO RAMIRO, S. y GONZÁLEZ BOTIJA, F., «El juego del silencio administrativo en la concesión de licencias urbanísticas y en la legislación de montes: problemática a la hora de la inscripción en el Registro de la Propiedad», *REDA*, núm. 136, octubre-diciembre, 2007, p. 757-790.