

LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER LICENCIAS URBANÍSTICAS *CONTRA LEGEM* POR SILENCIO POSITIVO: A PROPÓSITO DE LA DEFINITIVA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2009

RODRIGO J. ORTEGA MONTORO

*Secretario-Interventor y Secretario de la Administración Local.
Técnico de Administración General del
Ayuntamiento de Granada.
Secretario General del Ayuntamiento de Porcuna (Jaén)*

Extracto:

DESDE 1955 el legislador, la jurisprudencia y la doctrina científica vienen dando vueltas a la posibilidad de conceder licencias urbanísticas *contra legem* por silencio administrativo. Esto es, si el silencio en estos casos puede también ser positivo, como se viene a reconocer sin mayores dificultades cuando lo pedido por el particular se ajusta a la legalidad urbanística. Peculiaridad que se reconoce en este ámbito, al deslindar contenido de la solicitud y sentido del silencio derivado de aquel. Subyace aquí un interesante conflicto de principios jurídicos e intereses en juego. No es casual que la regla del silencio negativo en estos casos se recogiera por el legislador español en 1975, cuando se había experimentado el primer *boom* inmobiliario en nuestro país, con sus efectos derivados. El Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRSL) de 2008 recoge de modo expreso aquella regla, procedente del TRLRSL1992, y que no había sido derogada, pese a las interpretaciones de algún sector doctrinal y alguna jurisprudencia regional, que abogaban por su derogación implícita o al menos por su reinterpretación como consecuencia de la reforma de 1999 del silencio administrativo. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de enero de 2009, dictada en recurso de casación en interés de ley, aborda estas cuestiones de forma directa, aplicando el artículo 43.2.º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) en su redacción de 1999 y el TRLRSL2008, y sentando como doctrina legal la imposibilidad de obtener mediante silencio positivo licencias urbanísticas *contra legem*¹.

Palabras clave: procedimiento administrativo, silencio administrativo, urbanismo, licencias urbanísticas.

¹ Véase el texto de la sentencia en la Revista *CEFLEGAL* núm. 100, pág. 145.

Sumario

- I. Notas introductorias.

- II. Del artículo 242.6.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 a la reforma del silencio administrativo de 1999: una reinterpretación del silencio en materia de licencias urbanísticas.
 1. El artículo 242.6.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y la reforma del silencio administrativo de 1999: aproximación desde la doctrina científica.
 2. La cuestión en las legislaciones urbanísticas autonómicas.
 3. La interpretación jurisprudencial: la tesis del «silencio positivo en todo caso» de Valencia, Madrid y Andalucía.
 - a) Jurisprudencia valenciana.
 - b) Jurisprudencia madrileña.
 - c) Jurisprudencia andaluza. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007, y resoluciones posteriores.

- III. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008: Su artículo 8.1 b) in fine.

- IV. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Ha sido un tema muy discutido y tratado en la doctrina especializada la aplicación de la técnica del silencio administrativo y la posibilidad de obtener licencias urbanísticas *contra legem* por acto presunto. La cuestión se remonta ya a la Ley del Suelo de 1956, y desde entonces se viene discutiendo y dando vueltas sobre lo mismo, a lo que ha ayudado sin duda una técnica legislativa en ocasiones poco clara e inestable.

La regulación del silencio administrativo, como institución jurídica, no es fácil y siempre ha sido controvertida. En materia urbanística, y dada su especialidad, aún más. Lo que resulta claro es que la pasividad de la Administración, y su actitud indolente para cumplir plazos a la hora de otorgar o denegar licencias urbanísticas, es intolerable cuando se presenta, y que mal casa con el derecho a una buena Administración y la imagen de eficacia que se trata de ofrecer. Sin embargo, la realidad es más compleja, y también en muchas ocasiones, y con mayor intensidad en esta materia, el ciudadano no juega siempre aquí con buena fe.

Por otro lado, que el legislador penal haya configurado el delito urbanístico (arts. 319 y 320 CP1995) en torno a la disciplina urbanística (como subsector del urbanismo), y más concretamente a la realización de una construcción o edificación no autorizada o no autorizable en determinados tipos de suelo, y a informar favorablemente o aprobar proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas, hace más delicada aún la configuración del silencio en esta materia.

Desde la Ley 19/1975, de 2 de mayo, luego trasvasada al artículo 178.3.º del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 (TRLS76), se recogió por nuestro legislador la doctrina de la imposibilidad del silencio administrativo *contra legem* en materia de licencias urbanísticas². La reforma del TRLS76 mediante la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, después refundidas ambas normas en el TRLS92, no alteró dicha norma; según el artículo 242.6.º del TRLS92, precepto dotado de fuerza básica, «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

² Según este artículo, «El procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a 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 de Planeamiento». En idéntico sentido, el artículo 5.º del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978.

La avalancha de leyes urbanísticas autonómicas tras 1997, y la reforma del silencio en 1999, propiciaron la duda sobre su vigencia, duda lanzada por una doctrina creciente, y acogida por alguna jurisprudencia regional. Sin embargo, aquel precepto no fue nunca derogado de modo expreso por las posteriores Leyes del Suelo estatales de 1998 y 2007. Además, se trataba de un precepto básico, y no de naturaleza urbanística, sino que encontraba su anclaje competencial en el título del artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española (CE).

Recientemente, se ha aprobado el TRLS (RDLeg. 2/2008, de 20 de junio), dando cumplimiento a la disposición final 2.^a de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, que delegó en el Gobierno la labor de refundir dicho texto con los preceptos que quedaban vigentes del TRLS92, «debiendo aclararse, regularizarse y armonizarse la terminología y el contenido dispositivo de este a los de esta ley». Es muy discutible la opción de técnica legislativa empleada, pues ya podría haberse dictado en el 2007 la Ley estatal del suelo recogiendo los preceptos dispersos que aún quedaban vigentes, y no aprobar en 2008 una refundición que se sabía tenía que llegar. En cualquier caso, el refundidor estatal de 2008 se pronuncia al fin de modo expreso, y recoge la singular cláusula en su artículo 8.1 b) *in fine*, por lo que resulta aplicable. La fuerza básica que irradia, asimismo, no podrá ser desconocida por los legisladores autonómicos en materia urbanística. El interés público de los valores en juego justifica, por lo demás, y en un plano material, esta opción, aunque se vean sacrificados otros intereses.

Las dudas que aún podían quedar se han despejado, definitivamente, con la reciente STS de 28 de enero de 2009 (BOE de 30 de marzo de 2009), dictada en recurso de casación en interés de ley, y que fija doctrina legal al respecto negando la posibilidad de obtener licencias urbanísticas *contra legem* por el juego del silencio administrativo positivo. Y ello tras la vigencia ya de la nueva configuración del silencio administrativo procedente de la reforma de 1999, y contemplando expresamente el escenario normativo con el TRLS2008.

El conflicto de principios e intereses en juego, entre seguridad jurídica y principio de legalidad, se decanta en la norma y en la interpretación jurisprudencial por la ineludible observancia del principio de legalidad urbanística. Sin duda, la preocupante situación actual de indisciplina y desorden urbanístico, con muy significativos ejemplos, y su terrible impacto en el medio natural y en la conformación-degradación de los espacios urbanos, son factores sustantivos que laten de fondo en toda esta polémica.

II. DEL ARTÍCULO 242.6.º DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 1992 A LA REFORMA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO DE 1999: UNA REINTERPRETACIÓN DEL SILENCIO EN MATERIA DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

1. El artículo 242.6.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y la reforma del silencio administrativo de 1999: aproximación desde la doctrina científica.

El artículo 242.6.º del TRLS92, precepto de naturaleza básica, estableció la tradicional cláusula en nuestro ordenamiento que impedía la adquisición de licencias urbanísticas *contra legem*.

Según dicho precepto, «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico». La fundamental Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/1997, de 20 de marzo, que liquidó buena parte de aquel TRLS en la definición de las competencias estatales y autonómicas en materia urbanística, no eliminó este precepto del ordenamiento, en atención a que el mismo se encuadraba en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.ª CE). Y la posterior Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, tampoco derogó aquel artículo, que continuaba vigente de este modo entre los restos del TRLS92.

De forma casi paralela en el tiempo, el legislador básico en materia de procedimiento administrativo procedió a la reforma del silencio de la Administración mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, inclinándose por el carácter estimatorio del silencio administrativo como regla general, y admitiendo algunas excepciones³. Destacable es que, junto al carácter general de la regla de la estimación positiva del silencio, se impone la reserva de ley –o de norma de Derecho comunitario– en la materia. Por su parte, «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 [art. 62.1 f) LRJPAC].

En la conciliación de estos preceptos, un sector de la doctrina apuntó que, al amparo del remozado artículo 43 de la LRJPAC, el carácter estimatorio del silencio administrativo se impone pese a que conduzca a la obtención de una licencia urbanística ilegal, sin perjuicio de que frente a ella pueda reaccionarse a través de los mecanismos previstos por el ordenamiento en función del vicio invalidante, de modo que el artículo 242.6.º del TRLS92 debía entenderse superado⁴. La derogación implícita de este precepto del TRLS92 se habría producido en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 4/1999 («Asimismo quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley») ⁵. Así pues, la reforma de 1999 lo que

³ Según el artículo 43.2.º de la LRJPAC, según redacción dada por la Ley 4/1999, «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 establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo».

⁴ Para SANTOS DIEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, «se puede afirmar que ha sido el propio legislador (el de 1999) el que ha tomado claramente una posición en virtud de la cual sí se pueden producir actos presuntos ilegales (...); *op. cit.* en SANTOS DIEZ, R., y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Derecho Urbanístico (Manual para juristas y técnicos)*, EL CONSULTOR, 5.ª ed., 2002, pág. 936.

⁵ MARTÍN VALDIVIA ya apuntaba que con la nueva regulación de procedimiento de 1999, la licencia *contra legem* nacía por silencio positivo, aunque con vicio de nulidad, y entonces habría que iniciar un procedimiento de revisión de oficio, eso sí (claro está), con la subsiguiente obligación de fijar en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de la LRJPAC. Por último, realizaba la siguiente consideración: «La valentía jurisprudencial está aún por demostrarse en este aspecto». *Op. cit.* en MARTÍN VALDIVIA, S., «El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares (análisis comparativo de la nueva regulación legal de la institución)», *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, págs. 425, y 455-456.

trataría es de desligar los aspectos formales de los elementos materiales (o sea, el ajuste de la licencia urbanística instada a la ordenación urbanística aplicable). Lo que significa que el acto administrativo obtenido por silencio positivo, aunque *contra legem*, existe y es declarativo de derechos, y la Administración lo que debe entonces es acudir a los procedimientos legales habilitados al efecto para anular dicho acto administrativo favorable al interesado.

Para otro sector, sin embargo, el artículo 242.6.º del TRLS92 continuaba vigente, sin mayores dificultades; se trata de un precepto de carácter básico, específico en el ámbito urbanístico, y de la propia lectura del artículo 43.2.º de la LRJPAC se observa que se prevé la estimación por silencio de la solicitud salvo que una norma con rango de ley establezca lo contrario, siendo, precisamente, el artículo 242.6.º del TRLS92 una norma de rango legal (y básico) que establece lo contrario, es decir, el sentido desestimatorio del silencio en el caso de que la licencia instada vulnere lo dispuesto en la legalidad urbanística ^{6,7}.

2. La cuestión en las legislaciones urbanísticas autonómicas.

Un factor que incrementa la complejidad en este tema se encuentra en el hecho de que las distintas Comunidades Autónomas, desarrollando su competencia legislativa en la materia, han procedido, desde finales de la década de los noventa principalmente, a aprobar sus propias Leyes de Urbanismo, ocupándose del procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, y aludiendo así a la terminación de dicho procedimiento y el juego del silencio de la Administración ⁸. En cualquier caso, y como no puede ser de otra manera, dichas disposiciones no pueden transgredir el mandato del legislador básico estatal.

Ya la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, y hoy derogada, se anticipó en su disposición adicional 4.^a, apartado 3.º, y abrió fuego al establecer que «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.

⁶ Vid. en este sentido QUINTANA LÓPEZ, T., en VV.AA. (coord. QUINTANA LÓPEZ, T.), *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, Tirant Lo Blanch, 2006.

⁷ No faltan posturas intermedias, como la mantenida por GUERRA ARES, para quien debería diferenciarse en el silencio positivo según nos encontremos ante infracciones urbanísticas graves y manifiestas (en las que nunca operaría, y el silencio siempre sería negativo), o infracciones menos graves y leves (en la que surgiría un acto presunto positivo, y entonces la Administración se vería obligada a acudir al procedimiento de revisión de los actos en vía administrativa. Vid. GUERRA ARES, E., «Alcance del silencio positivo aplicado a las licencias urbanísticas», *Actualidad Administrativa*, núm. 45, 2001, págs. 1.439 a 1.440.

⁸ Vid. BERMÚDEZ PALOMAR, V., «El silencio administrativo *contra legem* y las licencias urbanísticas en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: estudio comparativo con las otras dieciséis Leyes Autonómicas», *El Consultor*, núm. 2, 2008, págs. 225 y ss.

Quien haya solicitado en forma la preceptiva licencia y no obtenga resolución expresa dentro de los plazos legales, quedará legitimado, mientras la Administración no le ordene lo contrario, para iniciar las obras o realizar las actuaciones correspondientes –salvo la intervención en construcciones catalogadas– siempre que estas se ajusten a la ordenación urbanística y se desarrollen cumpliendo los demás deberes y condiciones que la ley y los Planes exijan para su realización».

Ello suponía una matización a la ya tradicional doctrina de la imposibilidad del silencio administrativo *contra legem* en materia urbanística, al establecer de acuerdo con la teoría intermedia de la gradación, que el silencio era positivo en los casos de contravención no grave ni manifiesta entre lo solicitado y la ordenación urbanística⁹. Ahora, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (LUV), dispone en su artículo 196.1.º que «El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa supondrá la concesión de la licencia por silencio administrativo, y habilitará al peticionario para la iniciación de las obras o la realización de las actuaciones correspondientes, que deberán ajustarse a la ordenación urbanística y cumplir los demás deberes y condiciones que la ley y los planes exijan para su realización»; añadiendo su apartado 3.º la tradicional cláusula precautoria: «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades en contra de las leyes, de los Planes, Proyectos, Programas u Ordenanzas o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística». Lo que, no obstante, se ve matizado por el apartado 4.º del mismo precepto, con arreglo al cual, «Serán nulas de pleno derecho las licencias obtenidas por acto expreso o presunto que contravengan de modo grave y manifiesto la legislación o el planeamiento urbanístico». La intelección del artículo 196 de la LUV no es fácil¹⁰; parece que el legislador valenciano de 2005 admite que se puedan obtener por silencio (acto presunto) licencias *que contravengan de modo grave y manifiesto la legislación o el planeamiento urbanístico*, yendo incluso más allá que la regulación de 1994, aunque las mismas se hallarían viciadas de nulidad, lo que colisiona con el escollo que representa el apartado 3.º del mismo precepto¹¹.

A diferencia de la legislación valenciana, el resto de legislaciones autonómicas han mantenido el tradicional régimen que impide de modo expreso la posibilidad de adquisición de licencias urbanísticas *contra legem* por silencio administrativo. Y ello aun tratándose de leyes posteriores a la reforma acometida por la Ley 4/1999 en materia de silencio administrativo, por lo que parece que los legisladores autonómicos (a diferencia de otros operadores jurídicos) son conscientes de la vigencia y de los límites básicos que impone el artículo 242.6.º del TRLS92. Verbigracia, entre las más recientes, la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que establece en su artículo 195.4.º que «En ningún caso se entenderán

⁹ Tesis considerada jurídicamente válida por GUERRA ARES, como señalamos *ut supra*; *vid.* GUERRA ARES, E., «Alcance del silencio positivo (...), *ob. cit.*, pág. 1.440.

¹⁰ Tampoco aclara nada sobre el particular el Reglamento de la LUV aprobado por Decreto 67/2006, de 12 de mayo.

¹¹ Reconoce SÁNCHEZ GOYANES que «Vista la inercia que ha presidido la mera actualización de este bloque normativo, no sorprende que sigan sin extraerse –aunque no gusten– las consecuencias a que conduce una cabal interpretación del silencio administrativo positivo en el marco establecido por la legislación estatal básica en la materia desde la reforma operada por la Ley 13/1999, de 4 de enero, modificatoria de la LRJAP: el artículo 196 resulta así contradictorio en sus propios términos y entre sus apartados, por ser fruto de un mero arrastre de preceptos anteriores e insensible a esa decisiva reforma legal»; *op. cit.* en SÁNCHEZ GOYANES, E., y VÁZQUEZ OTEO, A., «La Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana: hacia la racionalización del sistema», *El Consultor*, núm. 5, 2006.

adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico»; o la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco, que dispone en su artículo 211.1º de forma clara que «La obtención de la licencia urbanística legitima la ejecución de los actos y las operaciones, así como la implantación y el desarrollo de los usos y las actividades correspondientes. En ningún caso podrán adquirirse, ni aun por silencio administrativo positivo, facultades o derechos disconformes con la ordenación urbanística ni con la legalidad vigente».

Ahora bien, parece que encontramos una excepción más en la línea del principio *pro administrado* (y prescindiendo del caso madrileño ¹² que realmente sigue el modelo clásico aún con variantes en su práctica), en la legislación urbanística andaluza. En efecto, la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre (LOUA), establece en su artículo 172.5.º, dentro de la ordenación del procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas, que «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 esta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos 10 días de antelación». Entiende BERMÚDEZ PALOMAR que, realmente, la LOUA ha copiado en este punto la legislación urbanística canaria [art. 166.5 c) Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que aprueba el TR de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias], que recoge igualmente la necesidad de esa comunicación previa de que se va a comenzar la obra (una vez transcurrido el plazo máximo de resolución sin que la Administración responda), con 10 días de antelación al menos, a la Administración municipal, pero que el legislador andaluz de 2002 se olvidó, sin embargo, de incorporar también el apartado 6.º de dicho artículo 166 del Texto Refundido canario ¹³: se trataría entonces de un error del legislador andaluz, que copió tarde y mal ¹⁴. Sin embargo, si buceamos en el proceso de gestación de la LOUA, no parece que nos encontremos ante un olvido fatal y desafortunado. Y es que en el Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía ¹⁵, el primigenio artículo 172.5.ª disponía que «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 esta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o de la ordenación urbanística». Es decir, que si el redactor andaluz del Proyecto de Ley se inspiró realmente en el legislador canario, copió bien, y fue luego en el trámite parlamentario donde se acordó eliminar el inciso último.

¹² Con arreglo al artículo 154.5.º de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio, «Transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud de licencia sin notificación de requerimiento o resolución municipales, o un mes desde el cumplimiento del requerimiento de subsanación de deficiencias o mejora de la solicitud que hubiera podido ser formulada, se entenderá otorgada la licencia por silencio positivo en los términos resultantes del correspondiente proyecto de obras de edificación».

¹³ Y a cuyo tenor, «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias urbanísticas en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial aplicables».

¹⁴ Vid. BERMÚDEZ PALOMAR, V., «El silencio administrativo *contra legem* y las licencias urbanísticas en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (...)», ob. cit.

¹⁵ Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, núm. 285, de 3 de abril de 2002.

La interpretación doctrinal de este precepto de la LOUA es dispar. Para SÁNCHEZ GOYANES, se consagra el régimen del silencio positivo incluso *contra legem*, en sintonía con la posición creciente de los autores que interpretan la prevalencia de la LRJPAC, en su redacción de 1999¹⁶. Una postura intermedia, acorde con la teoría jurisprudencial de la gradación que señalábamos *supra*, mantiene RIVERO Y SERN¹⁷. CASTILLO BLANCO plantea simplemente la cuestión¹⁸. Y BERMÚDEZ PALOMAR defiende que el silencio *contra legem* es negativo¹⁹, posición que vengo también manteniendo en la práctica, pese a que parece se ha tornado minoritaria (hablamos de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

3. La interpretación jurisprudencial: la tesis del «silencio positivo en todo caso» de Valencia, Madrid y Andalucía.

La doctrina científica, de forma creciente, y como hemos señalado, ha venido defendiendo que el silencio *contra legem* en materia urbanística debe entenderse en sentido positivo, por el juego del artículo 43 de la LRJPAC, en su redacción dada en 1999, que desplaza tácitamente al artículo 242.6.º del TRLS92. Y ello frente a la jurisprudencia dominante. No obstante, los defensores de dicha doctrina alegan que la doctrina del TS al respecto se refería a casos anteriores a la modificación de 1999. Lo cierto es que, ya con anterioridad a la STS de 28 de enero de 2009 (y que se comenta en el siguiente epígrafe), contábamos con algún pronunciamiento del TS posterior a la reforma del silencio de 1999, manteniendo precisamente la doctrina tradicional en la materia; véanse las SSTS de 17 de octubre de 2007 (recs. de casación núm. 9397/2003 y 9828/2003), que señalan sobre el particular: «No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, «salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario», siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la LS 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»» (fund. jur. 9.º).

¹⁶ Vid. VV.AA. (dir. SÁNCHEZ GOYANES, E.), *Derecho Urbanístico de Andalucía*, El Consultor, 1.ª ed., 2004, págs. 777 y 778.

¹⁷ Vid. VV.AA., (dir. GUTIÉRREZ COLOMINA, V., y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A.), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Ley 7/2002, de 17 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, 2.ª ed., 2007, págs. 1.347 y 1.348.

¹⁸ Vid. VV.AA., (dir. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., y REBOLLO PUIG, M.), *Derecho Urbanístico de Andalucía (Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)*, Tirant Lo Blanch, 2003, pág. 575.

¹⁹ Vid. BERMÚDEZ PALOMAR, V., «El silencio administrativo *contra legem* y las licencias urbanísticas en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (...)», ob. cit.

En la jurisprudencia regional, son unánimes también las sentencias que declaran que no es posible adquirir por silencio una licencia urbanística *contra legem* ²⁰.

a) *Jurisprudencia valenciana.*

Sin embargo, la tesis doctrinal favorable al silencio positivo en todo caso encuentra acogida en la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Valencia a partir de 2001 ²¹. Para la STSJ de Valencia de 2 de febrero de 2001, «Se debe estar a la interpretación acorde con dicho principio (seguridad jurídica) –y, además conforme con la naturaleza jurídica de las instituciones– de que la disconformidad a Derecho del proyecto objeto de la licencia tan solo implica la nulidad radical de la misma y la posibilidad de que ella sea objeto de un procedimiento de revisión de oficio»; en la contraposición de intereses en juego, esta STSJ se inclina claramente a favor del interés particular, con una continua invocación de la seguridad jurídica: «(...) Podría argüirse que, en cualquier caso, la posibilidad de que la Administración inicie un proceso de revisión de oficio también hace intervenir un factor de inseguridad; sin embargo, la situación es totalmente distinta. No puede parangonarse la situación del que ha obtenido una licencia por silencio administrativo y ve la misma objeto de un procedimiento de revisión de oficio –en el que hay una importante garantía de procedimiento con dictamen preceptivo del Consejo de Estado o equivalente autonómico–, con la del que se encuentra en la incertidumbre de no saber si el silencio es positivo o negativo y debe arriesgarse al inicio de las obras para comprobar si ha sido positivo o negativo». Se sucedió alguna STSJ de la Sección 2.^a de la Sala Valenciana aún favorable a la tesis clásica (como la STSJ de 25 de febrero de 2002), pero finalmente se impone en la jurisprudencia de este TSJ la «revolucionaria» tesis del silencio positivo ²².

La STSJ de Valencia de 24 de noviembre de 2006 ²³ diferencia ya entre el régimen existente antes y después de la entrada en vigor de la LUV de 2005, y mantiene en ambos casos la tesis de la

²⁰ Entre las más recientes, y estando ya vigente la Ley 4/1999, podemos señalar, entre otras muchas, las interesantes SSTSJ de Aragón de 16 de junio y de 21 de diciembre de 2005, de La Rioja de 15 de septiembre de 2006, de Cataluña de 5 de octubre de 2006, de Andalucía de 14 de noviembre de 2006 y de 27 de febrero de 2007, del País Vasco de 5 de octubre de 2007, de Cataluña de 5 de noviembre de 2007, de Asturias de 12 de diciembre de 2007, las de Castilla y León de 18 de enero y 22 de febrero de 2008, o la de las Islas Canarias de 27 de octubre de 2008.

²¹ *Vid.*, sobre la evolución de la jurisprudencia regional valenciana, ESCRIVÁ CHORDÁ, R., «La obtención, mediante acto presunto, de licencias urbanísticas *contra legem* o contra plan. Regulación legal y posición de los Tribunales. Especial referencia a la regulación legal valenciana y a la Doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana», *El Consultor*, núm. 20, 2004, pág. 3.408 y ss.

²² *Vid.* por la REDACCIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ADMINISTRATIVO, «Silencio administrativo positivo en materia de licencias urbanísticas», *Práctica Urbanística*, núm. 15, 2003, págs. 47 a 49, donde se comentan las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2001 y de 14 de septiembre de 2001, y se concluye, como consecuencias para la práctica que conforme a la legislación urbanística (tanto el TR estatal como la LRAU autonómica valenciana) y la interpretación dada a la regulación vigente sobre procedimiento administrativo común, transcurrido el plazo expreso de otorgamiento sin resolución expresa opera el silencio administrativo con independencia de su ajuste o no a la normativa urbanística.

²³ Sobre la misma, *vid.* CHOLBI CACHÁ, F.A., «A vueltas con el silencio administrativo en el otorgamiento de licencias urbanísticas: su aplicación en los supuestos de contravención de la normativa urbanística (análisis de las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2006 y TSJ de La Rioja de 15 de septiembre de 2006)», *Práctica Urbanística*, núm. 62, 2007, págs. 59 y ss.

aplicabilidad indiscriminada del silencio positivo²⁴. Por lo que hace a la LUV, observa esta STSJ la «contradicción palmaria» entre los apartados 3.º y 4.º de su artículo 196 (y que referimos *supra*), y la salva argumentando que «Ante dicha contradicción, y dado que el apartado tercero del artículo 196 es manifiestamente contrario a la Ley 30/1992, mientras que el apartado cuarto se acomoda a ella casi de forma literal [el precepto es casi un calco del art. 62.1 f) Ley 30/1992], debemos inclinarnos por aplicar el artículo 196.4 de la 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 (...). Por otra parte, la interpretación contraria podría llevar a extremos realmente peligrosos para el principio de seguridad jurídica (...).».

Se consolida esta doctrina en posteriores SSTSJ de Valencia, como la de 19 de octubre de 2007 (esta ya sin voto particular). Entre las últimas sentencias de este TSJ, especial interés reviste la STSJ de 15 de septiembre de 2008, que al margen de otras cuestiones y a propósito del silencio administrativo, abordando de forma indirecta la nueva regulación introducida por el TRLS2008, indica que «En efecto, en materia de silencio, con todo lo que ello encierra en cuanto a las vicisitudes propias de esta institución administrativa que se derivan de la integración entre la legislación de procedimiento administrativo común y la legislación urbanística, de lo que es prueba patente el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLS que deroga la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (y con él, se entiende que el art. 242.6 referido al silencio administrativo *contra legem* precisamente) opera el silencio estimatorio en el caso de licencias urbanísticas por exigencia directa de la LRJPAC y de la disposición adicional cuarta de la LRAU que estableció un plazo máximo dos meses en materia de licencias de obras mayores, como las que nos ocupa» (fund. jur. 5.º). Debemos apuntar aquí que, en efecto, el TRLS2008 deroga definitivamente los restos que aún pervivían del TRLS92, y con él, el tan repetido artículo 242.6.º, pero se introduce un nuevo artículo 8.1 b) que acoge aquella tradicional cláusula, y como más adelante comentaremos.

b) *Jurisprudencia madrileña.*

En una línea jurisprudencial similar, el TSJ de Madrid. Es a partir de la STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2004 cuando la Sala de este Tribunal revisó su doctrina, entendiendo que tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, transcurrido el plazo para resolver una solicitud de licencia, la Administración competente, en caso de que no haya resuelto expresamente no podría invocar que la concesión de la licencia por silencio es contraria al ordenamiento jurídico, sino acudiendo a los procedimientos de revisión establecidos en el artículo 102 y siguientes de la LRJPAC, entendiendo que el artículo 43.4 a) de la LRJPAC ha desplazado al artículo 242.6.º del TRLS92 por ser de redacción posterior al mismo. La STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2005 insiste en esta idea, y entiende

²⁴ Esta STSJ de 24 de noviembre de 2006 cuenta con un interesante y extenso voto particular a la misma formulado por el Magistrado don Carlos Alterriba Cano, al que se adhiere don Juan Luis Lorente Almiñana, y en el que, muy sintéticamente, se concluye que «no existe contradicción alguna, sino que a mi juicio son perfectamente integrables las dos normas que vengo considerando, de una parte, el artículo 43.2 de la Ley 30/1992; y de otra, el artículo 242.6.º del TRLS92».

que la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre la cuestión no es invocable, pues no ha tenido en cuenta el alcance de la reforma mencionada; y que el artículo 43.4.º de la LRJPAC ha de imponerse respecto de todo procedimiento aplicable por cualquier Administración y materia, desplazando al citado artículo 242.6.º del TRLS92, por ser de redacción posterior al mismo. En esta STSJ, en fin, se invocan hasta seis argumentos a favor de la consideración de que tras la Ley 4/1999 la Administración no puede oponerse en el ámbito del silencio positivo a que el particular pueda hacer valer ante la Administración dicho silencio positivo, sin perjuicio claro está de la acción revisoria de oficio de la Administración. Más recientemente, puede citarse la STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2008, que aunque sigue la línea mencionada, recuerda que la declaración del técnico autor sobre la conformidad del proyecto para el que se pide licencia a la ordenación urbanística aplicable es un documento imprescindible para que la concesión de la licencia por silencio positivo pueda operar; su omisión, aun cuando no haya sido objeto de requerimiento de subsanación por parte de la Administración, impide que se pueda entender obtenida la licencia por lo que si se dicta un acuerdo expreso de la Administración, aun pasado el plazo, denegatorio de la licencia, no puede afirmarse que se revoque la concedida de forma tácita ya que dicha concesión no llegó a perfeccionarse por falta de uno de sus requisitos esenciales. En el caso que enjuicia esta sentencia se había omitido dicha certificación, por lo que no entra ni siquiera a analizar si la licencia se pudo obtener por silencio.

c) *Jurisprudencia andaluza. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007, y resoluciones posteriores.*

Finalmente, la reinterpretación del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas es acogida también por el TSJ de Andalucía. En concreto, la Sentencia de 29 de marzo de 2007 (ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín García Bernaldo de Quirós)²⁵, apartándose de su doctrina anterior (como en las SSTSJ de Andalucía de 31 de mayo de 2006, y de 27 de febrero de 2007, que aplicaban directamente el art. 242.6.º TRLS92, y que conciliaban en su interpretación con el art. 43.2.º LRJPAC), y sentencia que precisamente ha dado lugar a la STS de 28 de enero de 2009. La STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007, tras invocar (y reproducir) la jurisprudencia del TSJ de Valencia, acude al artículo 172 de la LOUA 7/2002, que antes referimos, y que curiosamente no resultaba aplicable a la cuestión litigiosa por razones temporales, para concluir que «La norma autonómica apunta a la solución práctica de control a posteriori de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el artículo 62 f) de la Ley 30/1992. Es en este plazo de 10 días (el previsto en el inciso final del art. 172.5.º LOUA) donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. La Ley evita, en esta interpretación, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican. (...) Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de

²⁵ Vid. un comentario crítico a la misma en FAYA BARRIOS, A.L., «Silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007», *Reflexiones (Revista de Obras Públicas, Transportes y Ordenación Territorial)*, núm. 3, GIASA, Sevilla, 2007, págs. 109 y ss.

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 solo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la Ley 30/1992 y culminada con la Ley 4/1999 (...)» (fund. jur. 3.º). Más adelante, la sentencia aplica ya la legislación realmente aplicable al caso, y en concreto el artículo 242.6.º del TRLS92 en su interacción con el artículo 43.2.º de la LRJPAC. Curiosamente, y tras haber invocado en el fundamento jurídico 2.º la argumentación de la jurisprudencia valenciana, que acoge como hemos analizado la teoría del desplazamiento del artículo 242.6.º del TRLS92 por la legislación de procedimiento administrativo común de 1992 y su reforma de 1999, la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007 entiende que sí es aplicable el artículo 242.6.º del TRLS92, aunque el mismo debe interpretarse en un sentido minimalista, acorde con el espíritu que impulsa la Ley 4/1999, reduciéndolo a un mero «título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio». Es decir, y en otras palabras, que cuando dicho precepto dice que «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico», realmente lo que quiere decir es que «en todo caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico», aunque en tal supuesto concurrirá un vicio de nulidad del artículo 62 f) de la LRJPAC y se debería acudir a la revisión de oficio de la licencia obtenida por silencio. Téngase en cuenta, por otro lado, que la posibilidad de acudir a la revisión de oficio, como se extrae de la lectura de la sentencia, solo parece admisible dentro de los diez días de preaviso a que se refiere el artículo 172.5.ª *in fine* de la LOUA. Desde una posición crítica, y a nuestro juicio, el TSJ andaluz reelabora aquí y hace decir al precepto justo aquello que no dice, vaciándolo de contenido y configurándolo como una disposición superflua en el sistema, pues para lo que dice, según el TSJ, ya tenemos el artículo 62 f) de la LRJPAC. Parece, desde un principio, que el artículo 242.6.º del TRLS92 representa una dificultad o una molestia para la argumentación que va construyendo y a la que se dirige con paso firme la sentencia, y sin acudir a la teoría del desplazamiento, y proclamar que ha quedado derogado tácitamente el mismo tras la Ley 4/1999, realiza todo este despliegue encaminado a vaciar al artículo 242.6.º del TRLS92. Además, esa limitación de la iniciativa de revisión de oficio a diez días, que se extrae de la lectura de la sentencia, sí que no casa con lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJPAC. Más adelante, volveremos sobre esta sentencia, al comentar la STS de 28 de enero de 2009.

Con posterioridad, la Sala de Sevilla del TSJ de Andalucía, en Sentencia de 5 de julio de 2007, en un caso en el que sí estaba ya vigente el artículo 172 de la LOUA, declara que debe entenderse concedida por silencio administrativo la licencia urbanística que se instó, señalando en su fundamento jurídico tercero que «(...) puede considerarse que la regulación de la forma de producción del silencio en los procedimientos de otorgamiento de licencias urbanísticas, corresponde a las comunidades autónomas por ser titulares de las competencias legislativas en materia urbanística. Al respecto el artículo 172 de la Ley 7/2002 establece un plazo de resolución de tres meses y transcurrido este se remite al régimen de otorgamiento de licencias de la Ley 30/1992, es decir, la legislación autonómica agota sus posibilidades legislativas, en cuanto a la regulación del régimen del silencio (*sic*) sino que se remite expresamente a la regulación de la Ley 30/1992. No cabe duda de que en la fecha en que se solicitó la licencia, 16 de junio de 2005, había entrado en vigor la Ley 7/2002, y por tanto era de aplicación el artículo 172 de la misma, por lo que debe entenderse concedida por silencio administrativo la licencia y por ende impropcedente la Resolución de 9 de noviembre de 2005, en cuanto a la

paralización de las obras». Esta sentencia del TSJ aplica sin más el artículo 172 LOUA, reconociendo que establece un régimen del silencio administrativo positivo y acorde con la LRJPAC.

Finalmente, nos referimos en este apartado a la más reciente STSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 1 de octubre de 2008, que sigue la línea anterior instaurada desde 2007. Lo significativo de esta doctrina, insistimos, radica en que se sigue considerando vigente el artículo 242.6.º del TRLS92, aunque «reinterpretado» en su sentido: «Frente al anterior esquema, bastante claro en la Ley 4/1999, la influencia del artículo 242.6 de la LS, 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.

(...) 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 ser iguales, y la revisión, también.

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

Pretender que el artículo 242.6 de la LS, una vez que se ha promulgado la Ley 4/1999 con la redacción dada al artículo 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...».

III. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 2008: SU ARTÍCULO 8.1 B) IN FINE

El TRLS2008, en su artículo 8.1 b) dispone que constituye una facultad del derecho de propiedad del suelo «La de edificar sobre unidad apta para ello en los términos dispuestos en la letra d)

del artículo 6, cuando la ordenación territorial y urbanística atribuya a aquella edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos y condiciones establecidos para edificar. Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística».

Acoge así, en el inciso final del precepto, la tradicional cláusula precautoria (ex art. 242.6.º TRLS92), aunque ahora en vez de «licencias» hable de «facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística» (expresión que recogen algunas leyes autonómicas urbanísticas, como la castellano-manchega, la extremeña, o la catalana). Se pronuncia expresamente el legislador delegado frente a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que abogaban por la teoría del desplazamiento tácito de dicha norma, y ahora nos aclara el tema ya sin dudas al declararla vigente a todos los efectos, y dotada de carácter básico como no podía ser de otra manera²⁶. Ello coincide con la doctrina que ha venido manteniendo de modo inflexible el Tribunal Supremo (incluso con posterioridad a la Ley 4/1999), como se ha visto. Recordemos, como ya indicara la STC 61/1997, de 20 de marzo, que el título competencial en juego reside aquí en el artículo 149.1.18.ª de la CE, y que el legislador autonómico podrá desarrollar las bases, pero no ir en contra de ellas, por lo que debe respetar el precepto; toda norma autonómica que se extralimite en este sentido se encontrará viciada de inconstitucionalidad.

El precepto, por lo demás, no entra en contradicción alguna con el artículo 43.2.º de la LRJPAC, pues parece olvidarse de que este prevé expresamente la posibilidad de excepciones al régimen general que para el silencio positivo establece. De manera que, constituye tal excepción la recogida en el ahora artículo 8.1 b) del TRLS2008, en materia de urbanismo, al entender que el silencio es negativo cuando la licencia instada (mediante la cual se pretenden obtener facultades o derechos urbanísticos) contraviene la ordenación territorial o urbanística, previsión que se contiene en una norma con rango formal de ley, dotada de fuerza básica. Son las leyes urbanísticas autonómicas las que deben ajustarse e interpretarse de conformidad con el régimen básico sentado en la LRJPAC y TRLS2008. Así, en el caso del artículo 172.5.ª de la LOUA, que tantas dudas ha suscitado, cuando señala que «Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada», hay que acudir a dicha legislación básica a la que se remite el propio precepto, de modo que el silencio es positivo si la licencia solicitada no contraviene la legalidad urbanística, y en otro caso debe entenderse en sentido negativo. El precepto no contradice, pues, la legislación estatal básica, y lo que no cabe es interpretar que es esta la que debe ajustarse a lo que parece que dice el legislador autonómico. Puede gustar más o menos la solución que se alcanza, pero con independencia del conflicto de valores, principios e incluso de concepciones materiales sobre la Administración Pública que entran aquí en juego, lo que debe

²⁶ Según la disposición final 1.ª del TRLS2008, «Tienen el carácter de condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales y, en su caso, de bases del régimen de las Administraciones Públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente, dictadas en ejercicio de las competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1.ª, 13.ª, 18.ª y 23.ª de la Constitución, los artículos (...) 8; (...)».

es aplicarse sencillamente el sistema de fuentes y los principios formales de competencia normativa y de legalidad impuestos constitucionalmente.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2009

La STS de 28 de enero de 2009 (ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate) se dicta en recurso de casación en interés de ley, contra la STSJ de Andalucía (sede de Málaga) de 29 de marzo de 2007, que referimos en un epígrafe anterior, y que como indicamos introdujo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a nivel jurisprudencial, la doctrina en materia de licencias urbanísticas del silencio positivo en todo caso, seguida luego en resoluciones posteriores. Pues bien, el Ayuntamiento de Málaga la recurre en casación en interés de ley ante el TS, al entender que la sentencia contiene una doctrina errónea al declarar que, a partir de la modificación de la LRJPAC por Ley 4/1999, el silencio administrativo es siempre positivo sin que resulte impedimento para ello lo dispuesto en el (entonces) vigente artículo 242.6.º del TRLS1992; y resulta además gravemente dañosa para el interés general porque los juzgados inferiores en grado quedan vinculados por esa doctrina errónea sentada por la Sala en apelación, lo que «conduciría a una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de trascendencia social como es el urbanismo, pues se deja sin efecto el precepto contenido en el artículo 242.6 del TRLS92, que tiene plena vigencia conforme a lo establecido en las disposiciones derogatorias de las Leyes 6/1998 y 8/2007, de 28 de mayo, posterior esta a la Ley 4/1999».

Tras una larga exposición de los antecedentes de hecho, la STS de 28 de enero de 2009, y entrando en el fondo del asunto, adelanta ya que no comparte el parecer seguido por la Sala de instancia en relación con el sentido y efectos del silencio administrativo en relación con licencias contrarias a la legalidad urbanística, aunque reconoce que ciertamente se puede plantear un conflicto cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar.

La fundamentación del TS arranca de las disposiciones legales en la materia, y parte del ahora vigente artículo 8.1 b) del TRLS2008, precepto que incorpora, con una redacción más general, lo que ya disponía el artículo 242.6.º del TRLS92 (vigente cuando se resolvió el conflicto en la instancia). Recalca el TS que se trata de preceptos básicos, tradicionales en nuestro ordenamiento urbanístico, y que las legislaciones autonómicas obviamente no pueden contradecir. Junto a ello, hay que considerar el artículo 43.2.º de la LRJPAC 30/1992, en su redacción dada por Ley 4/1999, de 13 enero, según el cual los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

A partir de estas normas en juego, para el TS, y de forma contundente, «la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de

ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6.º del TRLS92 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del TRLS2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística».

De este modo, concluye la sentencia del TS, sentando como doctrina legal, que «el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del TRLS aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística».

Es indudable la trascendencia de esta sentencia del TS, que viene a confirmar el criterio reiterado mantenido en numerosas sentencias anteriores de este mismo Tribunal, ahora fijando doctrina legal, y con referencia expresa al nuevo TRLS2008 y a la reforma del silencio administrativo de 1999, vinculando así a los operadores jurídicos. Para la seguridad jurídica era necesario que la jurisprudencia del TS aclarara definitivamente la interpretación correcta de aquellos preceptos en su integración aplicativa, como así ha hecho, resultando que la interpretación minimalista del artículo 242.6.º del TRLS92 [ahora art. 8.1 b), último párrafo, TRLS2008] es expresamente rechazada.

En la doctrina, sin embargo, ya se ha alzado alguna voz crítica contra la doctrina sentada en esta sentencia del TS ²⁷. Concretamente, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA ²⁸ sostiene que esta sentencia del TS incurre en un error conceptual, pues lo que no cabe es sostener que el silencio es positivo si lo pedido es correcto y negativo en otro caso (*contra legem*), en cuanto será la Administración quien pueda decidirlo a placer mediante acto expreso tardío. Añade que la STS muestra una pobreza argumental clara, al limitarse a repetir miméticamente que la Ley no permite conseguir licencias urbanísticas en contra del planeamiento, sin más. Para GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, la naturaleza jurídica del silencio positivo que consagra la LRJPAC en la reforma de 1999, es «única en el ámbito del derecho administrativo, y que no es por tanto distinta para el ámbito urbanístico», por lo que el artículo 8.1 b) del actual TRLS2008 se encuentra afectado por aquella. Ahora bien, la posibilidad de excepcionar aquella regla a través de una Ley o norma comunitaria que disponga otra cosa deriva de

²⁷ La *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* ha publicado en su número de marzo de 2009 un interesante artículo que defiende la tesis del silencio positivo «en todo caso», aunque no hace alusión a la STS de 28 de enero de 2009 que aquí se comenta (probablemente, cuando el artículo se encontraba en prensa fue dictada la sentencia del Tribunal Supremo que proscribió dicha tesis); *vid.* BETEL BARRERA, ALINA DEL CARMEN, «El silencio positivo *contra legem* en el Derecho urbanístico, punto crítico de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 248, 2009.

²⁸ *Vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio, «Silencio administrativo y licencias urbanísticas», *Diario La Ley*, núm. 7156, 17 de abril de 2009.

la propia LRJPAC, y es plenamente admisible, pero el recurso de la STS de 28 de enero de 2009 a esta vía es errónea, pues podría haberse interpretado que el silencio es siempre negativo en el ámbito urbanístico, pero no admitir que el silencio será negativo si lo solicitado no se ajusta al ordenamiento jurídico, y positivo en otro caso ²⁹.

Lo cierto es que la STS de 28 de enero de 2009 no pasaba por alto este problema, cuando reconocía, antes de desarrollar su argumentación, que «No nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar». Un problema práctico importante que efectivamente no queda resuelto para el ciudadano, y que el propio Tribunal Supremo no ignora al aludir expresamente al mismo. Pero volviendo a la literalidad de la norma urbanística, recordemos que esta prescribe que «En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». O sea, es la propia norma básica la que revisite el silencio administrativo en la materia con un carácter negativo cuando se contraviene la legalidad urbanística. Esto no es nuevo. Por otro lado, afirmar la unicidad de la naturaleza jurídica del silencio positivo en la LRJPAC tras la reforma de 1999 ³⁰, en el ámbito del derecho administrativo, y la imposibilidad de un régimen diferente en el ámbito urbanístico, parece querer negar (desconocer) el principio de especialidad y la conocida interrelación regla general-regla especial.

En cualquier caso, y como conclusión, al margen de posiciones doctrinales, tras la reforma del silencio administrativo de 1999, y con el vigente TRLS2008 (al igual que sucedía con el anterior TRLS92 y LS2007), no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística. Es doctrina legal que fija el Tribunal Supremo, y que habrá que tener muy en cuenta en la práctica.

²⁹ Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio, «Silencio administrativo (...)», ob. cit., págs. 7 y 8.

³⁰ Para GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, en el artículo doctrinal citado, el artículo 242.6.º del TRLS92 quedó afectado de raíz por la LRJPAC, y lo propio debe entenderse a la hora de interpretar el artículo 8.1 b) del actual TRLS2008, que «como norma refundidora no puede haber innovado el ordenamiento, y no puede haber dado a la regla un sentido diferente al que tenía cuando se procedió a la refundición, es decir, diferente a la que tenía el artículo 242.6 del Texto de 1992, que en puridad quedó superado, si no derogado, por la Ley 30/1992»; op. cit. en GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio, «Silencio administrativo (...)», ob. cit., pág. 8.