

**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).****Sentencia núm. 673/2007 de 29 marzo**[RJCA\2007\479](#)

LICENCIAS MUNICIPALES: Licencia de primera ocupación: silencio administrativo positivo: transcurso del plazo establecido sin respuesta de la Administración: silencio administrativo positivo existente.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso de Apelación núm. 8/2003

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín García Bernaldo de Quirós

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo dictó Sentencia, en fecha 15-07-2002, desestimatoria del recurso deducido contra la desestimación por silencio del recurso formulado contra una Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, el Ayuntamiento de Málaga de 09-03-2001, sobre licencia de primera ocupación de la vivienda. El TSJ de Andalucía estima el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes.

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

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por D. Julián y D. Marco Antonio, se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Cuatro de Málaga recurso Contencioso-Administrativo contra "la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, del Ayuntamiento de Málaga, de 09/03/01 que deniega la licencia de 1ª ocupación de la vivienda unifamiliar en C/ DIRECCION000, núm. NUM000", registrándose el recurso con el número 494/2001.

SEGUNDO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo dictó Sentencia número 190/2002 de fecha 15 de julio de 2002 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por el Procurador Don José Luis Torre Beltrán, en representación de DON Julián Y DON Marco Antonio, contra la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, el Ayuntamiento de Málaga, de 09/03/01, debo declarar y declaro conforme a derecho la resolución impugnada, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes".

TERCERO

Contra dicha resolución, por la representación procesal de la parte demandante, se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince

días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 8/2003.

CUARTO

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

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

Esta sentencia es discutida, tan sólo, en lo relativo a la declaración que en ella se hace sobre la inexistencia de adquisición de la licencia por silencio positivo, al ser aplicable al caso de autos la Legislación de Suelo (artículo 242-6 de la [Ley de Suelo publicada por RDLg 1/92 \[RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485\]](#)) y el [Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales \(RCL 1956, 85\)](#) (artículos 9-5 y 7). La sentencia entiende no se pueden entender concedidas por silencio positivo facultades contrarias a la legislación o planeamiento urbanístico.

El recurso de apelación se funda, en esencia, en considerar aplicable prioritariamente la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246\)](#) , en la redacción dada por [Ley 4/1999 \(RCL 1999, 114 y 329\)](#) , que es la competente en materia de procedimiento administrativo y, por tanto, de los efectos de la falta de resolución del mismo.

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

SEGUNDO

La única cuestión que debe resolverse en esta apelación es, por deseo expreso de las partes, la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística y debemos aplicar la regulación del silencio tras la reforma realizada en la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246\)](#) por [Ley 4/1999 \(RCL 1999, 114 y 329\)](#) . Escenario en el que no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

Sobre la misma cuestión se ha pronunciado en Tribunal Superior de Justicia de Valencia en [sentencia de 24.05.2005 \(PROV 2005, 212063\)](#) , en ella se dice:

"..Esta materia ya ha sido estudiada por esta Sala en diversas sentencias partiendo de la doctrina establecida para "unificación de doctrina" en la [sentencia 1487/2002 de 4 de noviembre \(Rec. Casa. Unif. Doctri. 1/2002\) \(RJCA 2003, 241\)](#) y que ha sido seguido por otras sentencias de esta Sala y Sección Tercera 14.01.2004 (AP-694/2003) , 1.12.2004 (AP-613/2003) y 2.12.2004 (Rec. 1773/2000 y [389/2001 \[RJCA 2005, 120\]](#)).

La [Ley 30/1992, de 26 de noviembre \(RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246\)](#) , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, reformada por la [Ley 4/1999 \(RCL 1999, 114 y 329\)](#) , parte de una premisa muy clara en el art. 43.2 cuando se ha iniciado un procedimiento por solicitud del interesado "... Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario..." y esa estimación de las peticiones de los interesados se produce según el art. 43.5 "...desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que esta se haya producido". En nuestro caso, no cabe dudas de que el plazo era de tres meses (plazo ajustado al art. 42.2 de la Ley 30/1992) y que los efectos del silencio administrativo eran positivo (art. 43.2) pues la solicitud se hace el 4.3.2002 y no se le notifica la resolución denegatoria hasta el 11.12.2002; como muestra cabe decir que presentada la solicitud en marzo 2002 el Ayuntamiento de Benaguacil no mueve un papel hasta el 208.2002 con el informe del Ingeniero Técnico Municipal y posterior de 4.10.2003 incomprensiblemente deja el último informe el que

debió ser primero, el urbanístico, que se hace el 28.10.2002.

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

Con los parámetros que se acaban de citar es obvio que el 5.06.2002 el demandante había obtenido la licencia de actividad inocua por silencio administrativo positivo y según el art. 43.3 "La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento...y continúa el art. 43.5...Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho..".

Ahora bien, podemos preguntarnos qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, en teoría, no puede darse pues el art. 43.3 ya hemos visto que producido el silencio administrativo positivo el "procedimiento administrativo ha finalizado". La Ley 4/1999 modificadora de la Ley 30/1992, lo que pretende es que se analice el silencio administrativo en abstracto, si por la existencia de una resolución posterior a la que debe entenderse adquirida una autorización por silencio administrativo positivo dejase de ser operativa sencillamente estaríamos haciendo una interpretación que derogaría y haría superflua la propia reforma efectuada por Ley 4/1999; si nos fijamos en la exposición de motivos veda esta posibilidad "...Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley" y, en consonancia con la exposición de motivos el art. 43.4.a) sólo permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo (el procedimiento ha finalizado- art.43.3).

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

El paso siguiente será determinar qué efectos jurídicos debemos dar a la Disposición Adicional Cuarta de la [Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre \(LCV 1994, 364 y 405\)](#), reguladora de la Actividad Urbanística, cuando afirma:

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

El precepto de gran raigambre en nuestra legislación urbanística, baste la lectura del art. 242.6 del [Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio \(RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485\)](#), 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 lo expuesto sobre la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246\)](#) 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 \(RCL 1999, 114 y 329\)](#) . 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 \(LCAT 2002, 206, 359 y 518\)](#) , 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 \(LARG 1999, 78\)](#) , Urbanística, "...Transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá entender estimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico...".

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

TERCERO

Aunque por razones temporales no era aplicable la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, [Ley 7/2002 \(LAN 2002, 588 y LAN 2003, 96\)](#) , a efectos interpretativos de la cuestión litigiosa si debemos recordar los siguientes preceptos de dicha norma urbanística dictada una vez que se había producido la reforma de la legislación de procedimiento administrativo común por la trascendental [Ley 4/1999 \(RCL 1999, 114 y 329\)](#) . En efecto, como criterio interpretativo de legislador urbanístico sobre el alcance del silencio positivo respecto de la obtención una licencia urbanística tenemos que recordar la existencia de los siguientes preceptos de la legislación autonómica.

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

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

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

2ª) Junto a la solicitud se aportarán las autorizaciones o informes que la legislación aplicable exija con carácter previo a la licencia. Asimismo, cuando el acto suponga la ocupación o utilización del dominio

público, se aportará la autorización o concesión de la Administración titular de éste.

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

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

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

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

Es muy importante el número 5 de este precepto, pues confiere la autorización por silencio positivo cuando no se notifique, dentro del plazo de tres meses, la resolución desestimatoria. Plazo que es común para resolver y notificar, no lo olvidemos, pues la Ley sigue la reforma operada por Ley 4/99 en el artículo 43 de la [Ley 30/92 \(RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246\)](#) .

La norma autonómica establece la solución de carácter práctico sobre el debate de las facultades obtenidas por silencio que sean contrarias a ordenamiento jurídico. El inciso final del número 5 de este precepto advierte que: "El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación". Es decir, la Ley autonómica contempla la posibilidad de obtener una facultad por el juego de silencio positivo, pero exige "en todo caso", es decir, siempre, que en estos supuestos se comunique al municipio el comienzo de cualquier obra con un plazo de diez días de antelación.

La norma autonómica apunta a la solución práctica de control a posteriori de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el artículo 62. "F" de la Ley 30/92. Es en este plazo de diez días donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. La Ley evita, en esta interpretación, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican. Pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si lo obtenido son facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la Ley le otorga una facultad si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que sólo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la Ley 30/92 y culminada con la [Ley 4/99 \(RCL 1999, 114 y 329\)](#) . Por último debemos añadir para completar el razonamiento, que esta solución es la más razonable si observamos también el contenido del artículo 190 de la Ley.

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

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

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

Debemos señalar que tanto la suspensión de los efectos de la licencia como la revisión de oficio de la misma en estos casos, son actuaciones obligadas tanto del Alcalde como de la Administración que

detecta la licencia irregular. Son actuaciones debidas que pueden ser exigidas por los ciudadanos, como recuerda el artículo 189 y frente a la inejecución de esta potestad caben los remedios procesales que veremos a continuación.

Pero en relación al caso estamos enjuiciando debemos resaltar, en pura interpretación sistemática, como la Ley Andaluza confiere como única salida al supuesto de obtención de una licencia contra el ordenamiento jurídico aplicable, la revisión de oficio de la misma. Volvemos a insistir sobre la adaptación que hace legislador autonómico en favor del principio de seguridad jurídica en los supuestos de facultades obtenidas por silencio administrativo positivo y que resulten contrarias a las normas urbanísticas. El artículo 62 letra "F" de la [Ley 30/92 \(RCL 1992. 2512 y 2775 y RCL 1993. 246\)](#) es interpretado por la Ley Autonómica en el sentido de contemplar una causa de nulidad para iniciar la revisión de oficio, y no como una invocación que hace la Administración en sede procesal, ante los Tribunales de Justicia, para negar la existencia de una licencia concedida por silencio positivo.

CUARTO

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

En efecto, la falta de resolución expresa de una petición de licencia supone que el interesado en la solicitud la entienda "estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda" (43. Uno de la [Ley 30/1992 \[RCL 1992. 2512 y 2775 y RCL 1993. 246\]](#) en la redacción dada por [Ley 4/1999 \[RCL 1999. 114 y 329\]](#)). La regla general será entenderla estimada salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario (43. 2 del mismo precepto). Pero en cualquier caso, la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo que pone fin al procedimiento, sin embargo, la desestimación por silencio tiene tan sólo el efecto de permitir al interesado la interposición del recurso, pues puede darse el caso de que con posterioridad a entender desestimada la petición por silencio la Administración pueda dictar resolución expresa estimatoria de la petición (artículo 43. 3 y 4). Por último, dice el número quinto del citado precepto que "los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que deba dictarse y notificarse la resolución expresa".

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

Frente al anterior esquema, bastante claro en la Ley 4/1999, la influencia del artículo 242. 6 de la [Ley de Suelo \(RCL 1992. 1468 y RCL 1993. 485\)](#) , 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 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 contestará en la demanda que nunca tuvo la licencia por aplicación del artículo 242.6 de la LS. El debate procesal quedará planteado sobre la existencia o no del silencio positivo, pero añadiendo la Administración, como una reconvencción procesal, un impedimento legal para la existencia del silencio que debió decirlo en su momento, pero que traído al debate procesal como argumento de oposición implica, caso de ser estimado por el órgano judicial, una suerte de revisión de un acto administrativo producido según las normas de procedimiento, pero contrario al ordenamiento jurídico, según el derecho material urbanístico. En definitiva, una sentencia que no pone fin a un debate sobre la existencia del silencio positivo, que es la pretensión procesal deducida, sino a un proceso sobre la legalidad urbanística de lo conseguido por la figura del silencio positivo, que no es la pretensión que esgrimió el interesado cuando acudió a la jurisdicción. En definitiva la sentencia, en este segundo supuesto, estimaría la pretensión reconvenccional de la Administración. Por tanto esta última, que ha originado el problema al no resolver en plazo, acaba beneficiándose de su incumplimiento pues hace cargar al interesado con la obligación de impugnar una resolución que le impide la efectividad de lo que parece que se ha producido por silencio positivo y, además, se evita la tramitación de un proceso de revisión. Por otra parte, la jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad urbanística de una petición de licencia que no ha sido objeto de pronunciamiento al respecto en sede administrativa, incumpliendo así su carácter revisor. Pues la falta de respuesta a la petición de licencia en sede administrativa hace que el debate sobre la legalidad urbanística de la petición se haga, por primera vez, en sede jurisdiccional.

QUINTO

Por tanto, solicitada la licencia el 23 de junio de 2000, la resolución desestimatoria de la misma de 4 de abril de 2001 se ha producido transcurrido el plazo fijado en la Ley para estimar la licencia concedida por silencio. La pretensión solicitada en la instancia era que se declara el derecho de los recurrentes a la obtención de la licencia de primera ocupación solicitada por el transcurso de los plazos para resolver la petición (fundamento jurídico segundo de la demanda). En esta segunda instancia, por deseo expreso de las partes, El debate se plantea lo exclusivamente sobre los efectos del silencio regulado en la legislación de procedimiento administrativo y el posible límite que para los mismos supone El artículo 242. 6 de la [Ley de Suelo \(RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485\)](#) . Así las cosas ya hemos dicho que la interpretación que debe hacerse es declarar que se ha producido el silencio positivo respecto de la petición efectuada, sin que la Sala emita juicio sobre la legalidad urbanística de lo obtenido por silencio, ya que no existe pronunciamiento administrativo previo al respecto. Esto nos lleva a la estimación del recurso de apelación con revocación de la sentencia impugnada.

SEXTO

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

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

F A L L A M O S

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

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

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

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

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

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.