

LICENCIAS DE PRIMERA OCUPACIÓN Y SILENCIO POSITIVO

RESUMEN: El presente trabajo analiza la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo, Sala 3ª, en su Sentencia de fecha de 29 de enero de 2009, en relación a la imposibilidad de obtener una licencias urbanísticas *contra legem* a pesar de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999 en la Ley 30/1992. Se defiende por su autor la conveniencia de matizar esa doctrina legal, en el sentido de excepcionar el silencio positivo, exclusivamente, respecto de las solicitudes que pretendan licencias nulas de pleno derecho y, además, se sostiene que la doctrina legal fijada por la citada Sentencia tan solo sería de aplicación a las licencias de obras, pero no al resto de licencias urbanísticas, que no están contempladas expresamente en el art. 8.1.b) del Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio. Finalmente, se argumenta que toda licencia de primera ocupación que se adecúe a una licencia de obras vigente, válida y eficaz debe entenderse acorde con el ordenamiento urbanístico y, consecuentemente, puede ser adquirida por silencio positivo, sin que la Administración pueda aprovechar este trámite para poner en cuestión la previa licencia de obras que le sirvió de soporte.

PALABRAS CLAVE: Silencio positivo, licencias urbanísticas, licencia de primera ocupación, licencia de obras.

SUMARIO

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA «DOCTRINA LEGAL» FIJADA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2009 («CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY»)
2. SITUACIÓN DE INSEGURIDAD JURÍDICA CREADA POR EL MANTENIMIENTO DE LA «DOCTRINA LEGAL» PREVIA A LA LEY 4/99
3. LA ACTUAL «DOCTRINA LEGAL» ES APLICABLE, EXCLUSIVAMENTE, A LAS LICENCIAS DE OBRAS
4. ALGUNAS MATIZACIONES EN CASO DE APLICABILIDAD DE LA ACTUAL «DOCTRINA LEGAL» A LAS LICENCIAS DE PRIMERA OCUPACIÓN. CRITERIOS QUE DETERMINAN LA LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LAS MISMAS
5. CONCLUSIONES

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA «DOCTRINA LEGAL» FIJADA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2009 («CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY»)

La **Ley 4/1999, de 13 de enero**, dio una nueva redacción al **art. 43 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común** instaurando, como «regla general», el *silencio positivo* ante la falta de respuesta de las Administraciones públicas en el plazo legalmente establecido –actitud que considera «indeseable»– de tal forma que esta «patología administrativa» no pudiera causar perjuicios innecesarios al ciudadano. Se contemplan, no obstante, excepciones concretas a esta regla (*derecho de petición, procedimientos de revisión, etc.*) así como la excepción general de que «una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea establezca lo contrario».

La primera pregunta que nos debemos hacer es: ¿Qué es «lo contrario»? La respuesta nos parece unívoca: «Lo contrario» se produce cuando una norma con rango de ley o norma comunitaria europea establece que la falta de respuesta por las Administraciones públicas tendrá los efectos del «*silencio negativo*», es decir, el efecto de permitir al administrado presumir que su petición ha sido denegada pudiendo, así, acudir, a los recursos procedentes.

Tras esta reforma, la doctrina de los **TTSSJJ**, en relación con las licencias urbanísticas y el silencio administrativo, empezó a cambiar, abandonando la línea jurisprudencial anterior a esta modificación legal, que entendía que el **art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992**, cuyo precedente se encontraba en el **art. 178.3 del TR de 1976** («en ningún caso podrá entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravenzan la ordenación territorial urbanística»), representaba una norma con rango de ley en virtud de la cual se exceptuaba la «regla general» del silencio administrativo positivo en materia de licencias urbanísticas (ver, entre otras, sentencias del TS de 30 de enero y 15 de octubre de 2002; 17 de noviembre de 2003; 26 de marzo de 2004; 3 de diciembre de 2005; 31 de octubre de 2006 y 17 de octubre de 2007, etc.).

Efectivamente, en este breve interregno entre los años 2000 y 2009, algunos Tribunales Superiores de Justicia, vista la reforma introducida por la **Ley 4/99**, entendieron modificada la anterior doctrina jurisprudencial ya que, con la nueva redacción del **art. 43 de la Ley 30/92**, el silencio administrativo era siempre positivo «sin que resulte impedimento para ello lo dispuesto en el vigente art. 242.6 del TR de la Ley sobre Régimen de suelo y ordenación urbana», al que consideraban derogado o, en el mejor de los casos, un mero «título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio» a través de los procedimientos establecidos en los arts. 109 y ss. de la Ley 30/92. Es decir, el silencio administrativo, en materia de licencias urbanísticas, sería siempre

positivo, sin perjuicio de la facultad de la Administración competente para impugnar su propio acto, previa declaración de lesividad, o revisar de oficio el mismo, cuando la licencia concedida fuera contraria a la legislación o planeamiento urbanístico. (Ver, entre otras, **sentencia del TSJ de Madrid de 20 de mayo de 2004**; **sentencias del TSJ de Andalucía de 30 de diciembre de 2005 y 29 de marzo de 2007**; **sentencias del TSJ de Valencia de 4 de noviembre de 2002 –resolviendo «recurso de casación para unificación de doctrina»–, 14 de enero, 1 y 2 de diciembre de 2004 y 24 de mayo de 2005, entre otras; etc.).**

El propio Tribunal Supremo (*Sala 3ª, Sección 5ª*), en un pronunciamiento «*obiter dicta*» pareció insinuar que la *doctrina jurisprudencial tradicional* antes mencionada había variado significativamente tras la promulgación de la **Ley 4/99**. Así, en la **sentencia de 31 de octubre de 2006** (que confirma la **sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2003**, rechazando el *silencio positivo*), al aplicar el **art. 242.6 del TR de 1992**, nos dice que:

«...La solicitud de licencia es de 1998, esto es, en relación con la regulación originaria de la Ley 30/92, por lo que no era de aplicación la nueva regulación dada a la misma por la Ley 4/99, dado que esa nueva regulación sólo va a ser de aplicación en los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor, lo que se produjo el 14 de abril de 1999...»

Naturalmente, el Tribunal Supremo no se habría pronunciado en este sentido si, en aquel entonces, pensara que la *doctrina jurisprudencial* iba a permanecer invariable, antes y después de la **Ley 4/1999**.

No obstante lo anterior, planteado **recurso de casación en interés de ley**, contra la **sentencia del TSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007**, nuestro **Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª)**, mediante **sentencia de 28 de enero de 2009**, fijó, como «*doctrina legal*», la misma que existía con anterioridad a la **Ley 4/1999** en el sentido de que «*no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial urbanística*», pronunciamiento que vincula a todos los jueces y tribunales (**art. 123.1 CE**). Esta doctrina, referida al **art. 242.6 del TR de la Ley de Suelo de 1992**, la hace extensiva al art. 8.1.b), último párrafo, del **TR de la nueva Ley de Suelo de 2008**.

El mantenimiento de esta «*doctrina legal*» plantea algunos problemas e interrogantes que conviene analizar:

1ª.– En primer lugar, la **extraordinaria inseguridad jurídica** que produce –lo que aconsejaría su modificación o matización–.

2ª.– En segundo lugar, es preciso aclarar si esta «*doctrina legal*», mantenida por el Tribunal Supremo tras la **Ley 4/99**, se refiere, **hoy día, a todas las licencias urbanísticas o, exclusivamente, a las licencias de obra**.

3ª.– En tercer lugar, cómo afecta esta doctrina a las *licencias de primera ocupación*.

Pasemos a analizar, brevemente, estas cuestiones.

2. SITUACIÓN DE INSEGURIDAD JURÍDICA CREADA POR EL MANTENIMIENTO DE LA «DOCTRINA LEGAL» PREVIA A LA LEY 4/99

Como hemos visto, el **art. 242.6 TR de 1992** –y su «*heredero*» (?), el **art. 8.1.b) del TR de la Ley de Suelo de 2008**– no responde, con claridad, a la «*excepción*» que plantea el **art. 43.1 de la Ley 30/92** –tras la reforma de la **Ley 4/99**–.

La «*regla general*» del «*silencio positivo*», cuando se trata de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sólo puede verse excepcionada –además de los casos mencionados en el **art. 43.1, párrafo segundo**– cuando exista una norma con rango de Ley, «*por razones imperiosas de interés general*» o una norma de Derecho comunitario que «*establezca lo contrario*».

Pero el **art. 242.6 TR de 1992** –o su sucesor, **art. 8.1.b) del TR de 2008**– no instaura el principio de «*silencio negativo*» («*lo contrario*» del *silencio positivo*), como exigiría la literal excepción del **art. 43.1**, sino que se limita a resaltar que el *silencio positivo* no será aplicable respecto de licencias que sean contrarias «*a la legislación o al planeamiento urbanístico*». Es decir, el administrado y las Administraciones competentes deben hacer un «*juicio previo*» para determinar si la licencia solicitada es o no contraria a la legislación o al planeamiento urbanístico –cuestión esta que en innumerables casos no es, ni mucho menos, fácil de dilucidar– y solamente cuando se resuelva este primer interrogante se podrá decidir si juega o no el silencio administrativo positivo. Dicho de otra manera, la licencia se entenderá otorgada por *silencio positivo* si es acorde con el ordenamiento urbanístico y se entenderá rechazada si es contraria al mismo.

No es difícil comprender la «*inseguridad jurídica*» que crea esta *doctrina legal*; inseguridad a la que el Tribunal Supremo, en la sentencia meritada dictada «*en interés de ley*», se refiere muy superficialmente, afirmando ser consciente del «*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*».

Así pues, el problema se pretende resolver a base de «*indemnizaciones*» pero, con independencia de la ineficacia de este tipo de compensaciones en vía contencioso-administrativa (principalmente por la extraordinaria dilación en resolver los procedimientos al efecto), ello podrá solamente reducir el daño –en muy contadas ocasiones– al promotor de la obra, pero **¿qué ocurre con los adquirentes de viviendas o locales que, confiados en la legalidad de la construcción, se ven privados de los inmuebles adquiridos?**

Esta «*inseguridad jurídica*» también se plantea en *sentido contrario*, es decir, como **desincentivador de la inversión**, de tal forma que el promotor va a preferir esperar una contestación expresa de la Administración competente (que en algunos Ayuntamientos se dilata durante años) a correr el riesgo

de llevar a cabo una importante inversión para que, posteriormente, la Administración –negligente e ineficaz– «decida» que no se ha obtenido la licencia por «silencio positivo» pues, a su entender, es contraria al planeamiento urbanístico.

La situación creada es, incluso, peor que si se instaurara, en esta materia, el «silencio negativo», pues en tal caso el promotor tendría, al menos, la vía de entender su solicitud denegada e interponer los recursos procedentes, lo que en principio no podría hacer aplicando la «doctrina legal» imperante, dado que, si su solicitud no es contraria al ordenamiento jurídico la licencia se habría obtenido por «silencio positivo», en tal caso, **¿cuál sería el objeto del recurso contencioso-administrativo?**

Y si lo anterior es criticable al referirnos a las *licencias de obra ¿qué decir respecto del resto de las licencias urbanísticas? ¿van a estar pendientes de una resolución tardía posterior –en sentido denegatorio– actividades tales como la apertura de centros comerciales, industrias, negocios, empresas, etc., de cualquier tipo y naturaleza?*

Así pues, la actual postura del Tribunal Supremo no parece satisfactoria ni para la seguridad jurídica –inexistente– ni para el fomento de la actividad económica –al ser una tesis desincentivadora de la inversión– ni para la mejora del funcionamiento de las Administraciones públicas –al haber suprimido, en este sector, el indudable acicate que suponía la necesidad de resolver la solicitudes de los administrados en un determinado periodo de tiempo, so pena de entenderse concedida la licencia requerida–.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de lado la situación de **anarquía e ilegalidad** que se podría originar si se estableciera, indiscriminadamente, la doctrina del «silencio positivo» en materia de licencias urbanísticas, máxime teniendo en cuenta la tradicional –y ya exasperante– lentitud de nuestras Administraciones locales en esta materia; patología que, lejos de mejorar en los últimos años, parece que empeora.

Debe buscarse, pues, una interpretación a los preceptos vigentes que –siguiendo la terminología de la **Ley 4/99**– «equilibre los intereses en presencia», haciendo valer el interés de quien ha cumplido correctamente con sus obligaciones.

En mi opinión, la doctrina sustentada, hasta Enero de 2009, por los TTSSJJ (utilización de la vía de «revisión de oficio» respecto de aquellas licencias adquiridas por *silencio positivo* que contraríen el ordenamiento urbanístico) parecía, desde luego, más equilibrada que la actual «doctrina legal» reinstaurada por el Tribunal Supremo, si bien su principal objeción se derivaría de la tradicional «pereza» de las Corporaciones locales para acudir a este tipo de procedimientos de «revisión» y el consiguiente peligro de que se consolidaran situaciones urbanísticas al margen de la legalidad.

Quizás la solución más equilibrada y eficaz venga por la vía de distinguir entre las licencias urbanísticas *anulables* y las *radicalmente nulas* o *nulas de*

pleno derecho, como hacen ya casi todas las legislaciones autonómicas (*ver art. 169, apartado 5º, de la LOUA 7/2002 en relación con el art. 185.2 de la misma*), de tal manera que sólo aquellas infracciones graves específicamente indicadas en la norma urbanística (*nulas de pleno derecho*) se rijan por el criterio del *silencio negativo*, mientras que en los restantes casos se aplique la «regla general» del *silencio positivo*.

Esta clarificación legislativa –que en mi opinión, debería producirse en la **Ley de Suelo** nacional ya que la cuestión afecta a títulos competenciales exclusivos del Estado, según la **D. Final 1ª del TR 2/2008**– resolvería todos los problemas anteriormente mencionados reduciendo al mínimo la inseguridad jurídica, incentivando la inversión y mejorando el funcionamiento de las Administraciones públicas locales sin demérito para el entorno y el medio ambiente. Las actuaciones de especial gravedad (*sobre suelo no urbanizable de especial protección; bienes o espacios catalogados o públicos; infraestructuras o reservas para dotaciones; etc.*) nunca estarían cubiertas por el *silencio positivo*, con independencia de que es de suponer que las Corporaciones locales reaccionarán ante ellas con especial rapidez y severidad, amén de la posibilidad, siempre abierta, de la acción pública reconocida en el **art. 48 del TR 2/2008**.

Pero, mientras esta modificación legislativa se produce se podrían aplicar, sin forzar ninguna norma, los anteriores criterios a la actual «doctrina legal»; es decir, podría entenderse que el *silencio positivo* queda excepcionado, exclusivamente, en relación con aquellas actuaciones que infrinjan gravemente el ordenamiento urbanístico aplicable (de hecho, muchas comunidades autónomas diferencian entre dos tipos de atentados a la legalidad urbanística). Se podría argüir que, con esta solución que se propone, el problema se traslada a dilucidar si la licencia que se solicita infringe «gravemente» o no el ordenamiento urbanístico pero, siendo cierta esta objeción, se disminuye extraordinariamente la inseguridad jurídica y las posibles consecuencias perjudiciales de la actual «doctrina legal» y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, la normativa urbanística de cada Comunidad autónoma (dispersión normativa a la que disfrutamos gracias a una inolvidable sentencia de nuestro Tribunal Constitucional) puede concretar y especificar, hasta donde sea posible, los supuestos de «infracciones graves» del ordenamiento urbanístico (así lo hace el **art. 185.2 LOUA**, entre otros) que invocan la *nulidad de pleno derecho* de las licencias.

b) El promotor que incurra en una «infracción grave» difícilmente va a poder alegar no ser consciente de ello por lo que, es indudable, que sería responsable –o en el mejor de los casos, corresponsable– de los perjuicios que su actuación ilícita comporte.

c) La aplicación del *silencio positivo* a la mayor parte de las licencias urbanísticas –recordemos que las infracciones «graves» son siempre excepcionales– permitiría recuperar la seguridad jurídica en esta materia y la instaura-

ción del «*silencio negativo*», respecto de las solicitudes de licencia gravemente vulneradora de las normas, protegería el entorno urbano y el medio ambiente y reduciría, al máximo, las potenciales responsabilidades de las Administraciones públicas.

De una manera u otra, lo que parece claro es que la actual «*doctrina legal*» no puede mantenerse durante mucho tiempo porque, sin perjuicio de la opinión jurídica que se tenga al respecto, instaura una importantísima dosis de inseguridad jurídica; desincentiva la actividad económica y potencia el mantenimiento de la ineficacia y lentitud administrativa, puesto que las Administraciones no tienen razón alguna para cumplir los plazos legalmente establecidos en sus relaciones con los administrados.

Pero, en la confianza de que se produzca este «*cambio*» en la doctrina jurisprudencial –y en la Ley del Suelo–, debemos analizar, mientras tanto, la procedencia o improcedencia de aplicar la misma a las «*licencias de primera ocupación*», especialmente tras la promulgación del **Texto Refundido de la nueva Ley de Suelo aprobado por RDL 2/2008, de 20 de junio**.

3. LA ACTUAL «DOCTRINA LEGAL» ES APLICABLE, EXCLUSIVAMENTE, A LAS LICENCIAS DE OBRAS

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009, dictada «*en interés de ley*», que instaura la actual «*doctrina legal*», se pronuncia sobre una «*licencia de primera ocupación*».

Efectivamente, el **art. 242.6 del TR de 1992** –en el que se basa el meritado pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal– contemplaba, en general, los «*actos sujetos a licencia*» y disponía, respecto de todos ellos, que «*en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*»; es decir, no diferenciaba entre unas licencias u otras, ya que los apartados anteriores de este artículo se referían tanto a las *licencias de obra* como a las de *primera ocupación, demolición, movimientos de tierra, etc.*

No obstante, la comentada **sentencia** extiende su «*doctrina legal*» al **art. 8.1.b) del TR de la actual Ley de Suelo (RDL 2/2008, de 20 de junio)** precepto este que, tras enumerar las facultades que comprende el *derecho de propiedad* específica:

«Las facultades a que se refiere el párrafo anterior incluyen:

a) *La de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza que, estando expresamente permitidas, no tengan el carácter legal de edificación.*

b) *La de edificar sobre unidad apta para ello en los términos dispuestos en la letra d) del art. 6*

....

Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad...

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

c) *La de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del art. 14, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas...».*

Una **correcta interpretación**, «*sistemática*», de este precepto nos lleva, sin gran dificultad, a concluir que el **art. 8.1.b) del TR de 2008 se refiere, exclusivamente, a las «licencias de obra o edificación», sin que en modo alguno pueda extenderse a otro tipo de licencias urbanísticas y, en concreto, a las «licencias de primera ocupación».**

Así pues, no existe la excepción legal requerida por el art. 43.1 de la Ley 30/92 en relación con licencias urbanísticas diferentes a la licencia de obra y, consecuentemente, no apreciamos razón alguna para no aplicar, como «regla general», la obtención de estas otras licencias a través de la vía del «silencio positivo» si la Administración no contesta en plazo, a la solicitud, sin posibilidad alguna de que pueda dictarse, «*a posteriori*», un acto administrativo denegatorio de las mismas.

Esta es, a mi entender, la principal objeción que se puede hacer a la actual «*doctrina legal*», instaurada por la *sentencia del Tribunal Supremo de Enero de 2009*. Si su doctrina, en relación con el **art. 242.2** –y su discutible vigencia tras la modificación del **art. 43 de la Ley 30/92** por la **Ley 4/99**– es criticable por las razones de seguridad jurídica antes expresadas, la extensión de esta «*doctrina legal*» al **art. 8.1.b) del TR de 2008** es, sin paliativos, contraria al propio precepto legal en el que pretende fundamentarse y mantenerse la clásica doctrina de inaplicabilidad, a todas las licencias urbanísticas, del *silencio positivo*.

El **art. 8.1.b) del TR** actualmente vigente se refiere, incuestionablemente, a las *licencias de obra* y, tratándose de una excepción, no puede aplicarse, ni siquiera analógicamente, al resto de las licencias urbanísticas que no están, ni mucho menos, cubiertas por un precepto semejante. Es cierto que la normativa de casi todas las comunidades autónomas recogen un precepto similar al anterior **art. 242.6 del TR de 1992**, sin limitar su ámbito de aplicación a las *licencias de obra*; sin embargo, tanto el **art. 43.2 de la Ley 30/92** como el **art. 8 del TR de la Ley de Suelo de 2008, son preceptos básicos** –así lo reconoce la **STS de 29 de enero de 2009** que comentamos–, imperativamente aplicables en todo el territorio nacional, dictados en uso de las competencias exclusivas del Estado y, consecuentemente, no pueden ser contradiados por ningún precepto autonómico. Consecuentemente, preceptos tales como el **art. 243 de la Ley Urbanística de Aragón 3/2009**; **art. 229.7 de la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias –DL 1/2004–**; el **art. 166.6 del TR de Ordenación del Territorio y espacios naturales de Canarias –DL 1/2000–**; el **art. 195.4 de la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja 5/2006**; el **art. 191.4 de la Ley foral de**

ordenación del territorio y urbanismo de Navarra 35/2002; el art. 196.3 de la Ley urbanística valenciana 16/2005; etc. –que reiteran lo que establecía el art. 247.6 del TR de 1992–, deben entenderse derogados por el art. 8.1.b del TR de 2008, como precepto estatal básico.

Dado que la «regla general» del silencio positivo viene establecido en la normativa de todas las comunidades autónomas (ver, como ejemplo el art. 172.5 de la Ley de Ordenación urbanística de Andalucía 7/2002), salvo que se trate de licencias de obra –respecto de las cuales los Tribunales deberán seguir aplicándose la «doctrina legal», en tanto en cuanto no se modifique– este principio debe aplicarse al resto de las licencias se podrán entender otorgadas por silencio positivo.

Finalmente debemos analizar la aplicación de la actual «doctrina legal» a las licencias de primera ocupación, en el supuesto de que se mantenga dicha aplicabilidad a todo tipo de licencias urbanísticas; es decir, conviene clarificar cuándo una licencia de primera ocupación es o no contraria a la ordenación territorial urbanística.

4. ALGUNAS MATIZACIONES EN CASO DE APLICABILIDAD DE LA ACTUAL «DOCTRINA LEGAL» A LAS LICENCIAS DE PRIMERA OCUPACIÓN. CRITERIOS QUE DETERMINAN LA LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LAS MISMAS

Si, a pesar de lo razonado anteriormente, se entiende que la actual «doctrina legal» del Tribunal Supremo es aplicable a las licencias de primera ocupación, deberían hacerse, en todo caso, unas matizaciones en cuanto a cuándo puede entenderse que estas licencias son contrarias a la normativa y ordenamiento urbanístico aplicable.

Tanto las diferentes normativas autonómicas (ver, a título de ejemplo, el art. 169 de la LOUA 7/2002) como el art. 1.10 del Reglamento de disciplina urbanística (RDU) de 23 de junio de 1978, establecen la sujeción a previa licencia municipal de «la ocupación y la primera utilización de los edificios, establecimientos e instalaciones en general».

Al mismo tiempo, las leyes urbanísticas autonómicas disponen un plazo específico para la concesión o denegación de las licencias urbanísticas solicitadas, transcurrido el cual se entienden otorgadas por silencio positivo (ver, a título de ejemplo, art. 175.2 LOUA 7/2002).

Para analizar la aplicabilidad del «silencio positivo» a las «licencias de primera ocupación» es preciso recordar, aunque sea muy brevemente, el concepto y finalidad de este tipo de licencias urbanísticas.

La licencia de primera ocupación es una autorización administrativa que tiene como objetivo «controlar si la obra permitida, según el proyecto licenciado, es la que concretamente se ejecutó» (sentencia TSJ de Madrid de 18 de febrero de 1997, entre otras muchas). Siguiendo la definición del Tribunal Supremo

en sentencia de 21 de julio de 2001, «la licencia de primera ocupación de un edificio es una autorización administrativa necesaria que tiene por finalidad contrastar si se ha respetado, en la realidad, la licencia de construcción; comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en dicha licencia y controlar si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y si puede habilitarse para el uso al que se destina».

La licencia de primera ocupación, por tanto, va a ir irremisiblemente unida a una licencia de obras previa de tal forma que si respeta lo autorizado en ésta, reúne las condiciones de seguridad y salubridad precisas (es decir, la ejecución se ha realizado con arreglo a las normas de la buena construcción) y respeta el uso de la edificación para la que fue otorgada la licencia de obras precedente, debe entenderse que **cumple con la normativa urbanística vigente**.

El control de legalidad de las «licencias de primera ocupación», no abarca todos los aspectos y condiciones de la edificación en relación con la normativa urbanística sino, exclusivamente, el «cumplimiento y adecuación de los usos permitidos; el hecho de que la construcción respete las normas de seguridad y salubridad; y que la urbanización está debidamente finalizada» –extremos contemplados en el art. 21.2.d del RSCL–, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1986, ya que el acto autorizado «no es la obra o edificación, sino su mera utilización».

La «legalidad» de las «licencias de primera ocupación» va referida, pues, a la «licencia de obras» de la edificación cuyo uso se pretenda, **sin que en ningún caso esta mera licencia de «uso» pueda servir para «revisar» la legalidad de la licencia de obras precedente**.

Así lo declara constante «doctrina jurisprudencial» de la que, a título de ejemplo, podemos mencionar la **sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2003** que nos dice:

«La jurisprudencia ha destacado la relación que existe entre la licencia de primera ocupación y la licencia de obras, de tal modo que ni puede la Administración aprovechar aquella para la revisión de ésta, imponiendo limitaciones o condiciones no exigidas al concederse la licencia de obras, ni el administrado apartarse en la ejecución de la construcción de los términos en que la licencia de obras fue concedida, para defender, cuando la licencia de primera ocupación fuera denegada por esa desviación, que los usos a que la construcción iba a destinarse se ajustaban al planeamiento».

Como nos recuerda igualmente la **STS de 25 de noviembre de 1997**, este tipo de licencias «tienen por objeto confrontar la obra analizada con el proyecto que sirve a la licencia de obras en su día otorgada ya que, si existe adecuación, el Ayuntamiento no puede denegar la licencia de primera utilización, dado que... es expresión técnica de la necesaria comprobación de si el edificio o instalación se acomoda a las previsiones contenidas en el proyecto e instrumentos complementarios que en su día sirvieron de soporte al acto base de la concesión de la licencia de obra o edificación», de tal manera que «no se podrá basar la denegación de la licencia de ocupación en que la previa de obras no es ajustada a derecho, ya que dicha licencia de obras

previa deberá ser revisada, si a ello hubiere lugar, a través del procedimiento legalmente establecido y de ningún modo utilizando la denegación de la licencia de primera utilización para impedir la aplicación de las obras».

La finalidad de ese tipo de licencias es controlar que «*el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se destina y constatar si la obra ejecutada se ajusta, en realidad, a la licencia de obras concedida*»; en definitiva, según la **sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006**, la licencia de primera ocupación tiene por finalidad «*comprobar que se han respetado los términos y condiciones de la licencia de obras concedida*».

Carece de todo fundamento el intento –por lo demás muy normal en nuestras Corporaciones locales– de «*revisar*» la *licencia de obras* mediante la denegación y condicionamiento de la *licencia de primera ocupación*, malinterpretando la anterior doctrina jurisprudencial de tal manera que se entiende que si la «*licencia de obras*» es contraria al ordenamiento jurídico, la «*licencia de primera ocupación*» deberá denegarse dado que el edificio no puede destinarse a un uso determinado. Esta interpretación supondría una **revisión permanente de actos administrativos firmes** carente de todo fundamento jurídico y conarrio al principio de legalidad y seguridad. Cuando la jurisprudencia exige, para la concesión de *licencia de primera ocupación*, que se respete el uso a la que el edificio va destinado, se está refiriendo al uso previsto en la «*licencia de obras*» con independencia de que ésta sea acorde o no con el ordenamiento urbanístico. En otras palabras, si se concede una *licencia de obras* para la construcción de un edificio de viviendas de manera irregular o contraria al ordenamiento urbanístico, la *licencia de primera ocupación*, que respete dicho uso, no puede ser denegada en ningún caso mientras aquélla se mantenga válida, eficaz y vigente.

La *licencia de primera ocupación* no tiene como finalidad fiscalizar si la obra o construcción se ajusta o no a la normativa urbanística sino que **lo construido coincide con «lo licenciado»** y respeta el uso para el cual se concedió la *licencia de obras*. La tesis conarria llevaría a una permanente arbitrariedad e inseguridad jurídica.

La concesión o denegación de la *licencia de primera ocupación* es una actividad «*reglada y de pura comprobación*» (**sentencia del TSJ de Cataluña de 9 de enero de 2002**), limitándose a controlar que «*la obra realizada coincide con el proyecto que sirvió de soporte a la licencia de obras en su día otorgada y si se han cumplido las condiciones en su caso establecidas en dicha licencia, ya que si existe adecuación, el Ayuntamiento no puede denegar la licencia de primera utilización...*».

El control de legalidad de la *licencia de primera ocupación* se realiza «*contemplando la licencia de obras en su día otorgada*» y solamente cuando lo ejecutado difiera sustancialmente de lo permitido; o se exceda de lo autorizado; o no reúna –por razones de deficiencias urbanísticas– las condiciones de salubridad y seguridad necesarias o se pretenda un uso conarrio al inmueble que se licenció, podrá entenderse que «*la licencia de primera ocupación*» es **contra-**

ria a la normativa urbanística y, por tanto, no podrá entenderse obtenida por *silencio positivo*.

En cualquier otro caso, es decir, cuando las «*licencias de primera ocupación*» coincidan, en lo sustancial, con la *licencia de obras*; se solicite un uso adecuado a la construcción que se autorizó; carezcan de defectos esenciales que atenten a la seguridad o salubridad del inmueble y gocen de los suministros básicos precisos, **debe entenderse que lo ejecutado se ajusta a la normativa urbanística** y, consiguientemente, la *licencia de primera ocupación* puede obtenerse, así, en virtud del «*silencio positivo*».

Esto es lo que ha sostenido, recientísimamente, la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, en Málaga, de 26 de octubre de 2010**. El caso examinado, resumidamente, trataba de una urbanización cuyo Plan Parcial no estaba aprobado definitivamente (solo inicial y provisionalmente), a pesar de lo cual, el Ayuntamiento otorgó licencia de obras que no fueron objeto de impugnación, ni revisión de oficio, quedando definitivamente firmes. Finalizada la construcción, el promotor solicitó licencia de primera ocupación y, transcurridos tres meses, denunció la obtención de dicha licencia por silencio positivo. Con posterioridad, el Ayuntamiento denegó la licencia de primera ocupación por contravenir el planeamiento vigente y rechazó la existencia de «*silencio positivo*» por esa misma razón. La sentencia mencionada, en su **Fundamento jurídico QUINTO** declaró inaplicable la «*doctrina legal*» comentada al caso examinado, afirmando lo siguiente:

«Lo que se pretende por medio de este proceso es que se entienda otorgada, aun por silencio positivo, una licencia de primera ocupación y, aunque la conformidad de la licencia con el planeamiento se hace general para todas ellas en los preceptos antes referidos, lo cierto es que, a través de la licencia de primera ocupación, parece incierto que pueda contrastarse la anterior conformidad cuando no es ese su objeto sino el de la de obras, pues la de primera ocupación tiene por objeto la comprobación de si lo realizado se ajustó a lo proyectado. Parece, pues, improbable, que, a través de esta licencia, se pueda contradecir o desvirtuar lo que, contrariamente al planeamiento, se autorizó por medio del otorgamiento de una previa licencia de obras, consiguiéndose dejar sin efectos lo que se disponía por medio de un acto administrativo firme al margen de los procedimientos revisorios con los que cuenta la propia Administración para conseguir ese mismo efecto y sustrayendo la posibilidad de su control jurisdiccional.

Y es que en el caso de autos la parte apelada obtuvo del Ayuntamiento apelante licencia de obras. Se insiste en que dicha licencia de obras es firme al no constar que, en su día, hubiera sido impugnada.

No obstante, cuando con ocasión de la invocación por la parte demandada (en realidad quiere decir «demandante») de la obtención de la licencia de primera ocupación por silencio positivo, el Ayuntamiento de Marbella resolvió denegarlo por contravenir el planeamiento aplicable. Afirmando, en el informe jurídico que motiva la denegación tardía, que «se va a proceder a revisar la licencia de obras». Pero al

momento de emitir la denegación no se había revisado ni, en consecuencia, se había suspendido su ejecutividad.

Dicho de otra manera, y a falta de mayores explicaciones, lo hecho no es más que dejar sin efecto la licencia previamente obtenida, al margen de los procedimientos revisorios de los actos administrativos, pues es ahora cuando se dice que las obras ejecutadas son contrarias al planeamiento y no, precisamente, a las autorizadas en la licencia.

Es por ello que se está en el caso de considerar que la doctrina legal antes recogida en estos fundamentos (se refiere a la STS de 29 de enero de 2009) no debe ser de aplicación en aquellas licencias urbanísticas que no tienen como objetivo determinar la conformidad de la obra proyectada por el plan, sino de lo construido con lo autorizado, de forma que su denegación haya de ser siempre expresa, so pena que el silencio tenga efectos positivos y no convirtiendo este proceso de calificación en una revisión de una licencia de obras anteriormente otorgada que ha llegado a ser inatacable ante la jurisdicción contencioso-administrativa y contra la que sólo puede actuarse a través de la revisión administrativa de la autorización, es decir, por medio del procedimiento legalmente establecido para ello en el artículo 102 de la Ley 30/92,... Por otra parte, y de actuarse como se fundamenta, la seguridad jurídica no sufriría merma pues la Administración puede acometer el proceso revisorio y, en su tramitación, acordar la suspensión del otorgamiento de la licencia de primera ocupación. Desde estas consideraciones, pues, procede la desestimación del recurso de apelación».

Con estos razonamientos, el TSJ de Andalucía ha sostenido la adquisición, por silencio positivo, de una licencia de primera ocupación dado que «lo construido» se adecuaba a «lo autorizado» por una licencia de obras precedente que había adquirido firmeza (a pesar de su presunta ilegalidad).

De lo anterior debemos concluir que si la «licencia de primera ocupación» se adecúa a una «licencia de obras» válida, vigente y eficaz, debe entenderse acorde con la ordenación territorial urbanística y, consecuentemente, incluso si fuera de aplicación a este tipo de licencias la «doctrina legal» instaurada en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009, debe entenderse adquirida por «silencio positivo».

5. CONCLUSIONES

Como conclusiones de todo lo anterior debemos mencionar las siguientes:

1º.—La «doctrina legal» pronunciada por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2009, amén de discutible, tras la Reforma 4/1999 de la Ley 30/92, instaura una situación de inseguridad jurídica, desincentivación económica y mantenimiento de la ineficacia y lentitud de las Corporaciones locales, que consideramos perjudicial y, por tanto, sería aconsejable un cambio legislativo —o, al menos, la maizización de la «doctrina legal»— que recuperara el espíritu del art. 43.2 Ley 30/92, tras la reforma introducida por la Ley 4/99.

2º.—Este deseable cambio legislativo debería equilibrar los intereses en juego, instaurando el silencio negativo respecto de aquellas solicitudes de licencia que infrinjan gravemente el ordenamiento urbanístico y manteniendo la «regla general» del «silencio positivo», respecto de las restantes solicitudes. En todo caso, con la normativa actual, convendría «matizar» la «doctrina legal» en el sentido de excepcionar el silencio positivo, exclusivamente, respecto de las solicitudes de licencias nulas de pleno derecho por incurrir, no sólo en los supuestos generales del art. 62 de la Ley 30/92, sino en los casos específicamente contemplados por la normativa urbanística aplicable.

3º.—En todo caso, a partir del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, la actual «doctrina legal» sólo puede entenderse «correcta» si es referida a las «licencias de obras», pero nunca si se refieren a otro tipo de licencias urbanísticas que no están, en modo alguno, contempladas en el art. 8.1.b) del TR 2/2008, de 20 de junio, dado que este precepto se refiere, exclusivamente, a las primeras.

4º.—En cualquier caso —aplicando o no, la «doctrina legal» mencionada— toda «licencia de primera ocupación» que se adecue a una licencia de obras vigente, válida y eficaz, debe entenderse acorde con el ordenamiento urbanístico y, consecuentemente, puede ser adquirida por «silencio», exigiendo, su denegación, un acto expreso anterior a la producción del «silencio positivo». Es decir, cuando las diferencias entre lo licenciado y lo ejecutado sean no esenciales; las viviendas reúnan las necesarias condiciones de seguridad, salubridad y suministros precisos o cuando la supuesta disconformidad con el ordenamiento urbanístico provenga de una licencia de obras precedente, vigente y eficaz, debe entenderse que el solicitante adquiere la facultad de uso y utilización de la vivienda de que se trate, es decir, la licencia de primera ocupación por el simple transcurso del tiempo legalmente establecido para que la Administración conteste a su solicitud rigiendo, en estos casos, la figura del «silencio positivo» que la actual «doctrina legal» del Tribunal Supremo ha reducido a su mínima expresión.

Ramón C. PELAYO JIMÉNEZ