

3.^o JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

LA DIALECTICA: MOMENTO DE LA PETICION, MOMENTO DE LA RESOLUCION COMO DETERMINANTE DE LA ORDENACION URBANISTICA APLICABLE EN EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS. ¿EXISTE UNA LINEA JURISPRUDENCIAL QUE SOSTIENE QUE EL DETERMINANTE ES EL MOMENTO DE LA RESOLUCION?

I. PLANTEAMIENTO

Cuando se produce una modificación en la ordenación urbanística, precisar la incidencia de la nueva ordenación constituye un tema a veces significadamente problemático.

Con referencia específica al otorgamiento o denegación de las licencias que pidan los propietarios para poder ejercitar su *ius aedificandi*, determinar cuál es la ordenación aplicable (si la anterior o la nueva) plantea una acusada problemática. Su planteamiento en términos generales quedó trazado con anterioridad en esta misma Revista (1).

Baste recalcar, en este sentido, lo aséptico del carácter reglado de las licencias de urbanismo: el que su otorgamiento o denegación (o condicionamiento) (2) sea reglado no excluye, sino que (más claramente incluso) deja abierto el tema de determinar cuáles son las normas que constituyen la regla a que debe ajustarse la Administración.

Ante un cambio de la ordenación urbanística, aún determinado cuál es el momento de la entrada en vigor de la nueva y aparte otros problemas, queda incluso abierta la cuestión de a qué momento del procedimiento para resolver sobre la licencia pedida hay que referir la vigencia de la ordenación urbanística en orden a su otorgamiento o denegación con base en la ordenación que se entiende aplicable. Y es que, efectivamente, en numerosas ocasiones, una vez pedida una licencia conforme a la ordenación vigente, dicha ordenación resulta posteriormente modificada y sustituida por otra. En tanto lo pedido resulte ordenado de manera contradictoria en la anterior y en la nueva ordenación se plantea el problema.

(1) Concretamente en el número 541.

(2) Sobre el tema, en general, de la naturaleza del acto que resuelve sobre el otorgamiento de licencias y, en particular, del condicionado, *vid.* en esta Revista el comentario del núm. 528, págs. 1039 y siguientes.

¿Será de aplicación la ordenación vigente al momento en que el particular acude a la administración, aunque con posterioridad entre en vigor otra distinta?

Esto es lo que reiteradamente viene diciendo el Tribunal Supremo.

El tema en este comentario (de jurisprudencia) se va a centrar precisamente en ver hasta qué punto es detectable una línea jurisprudencial que sostenga lo contrario.

En este sentido es de destacar cómo en una *sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1980*, al afrontarse el problema se impone un duro juicio a la sentencia apelada de la Audiencia de Barcelona por no haber sostenido la tesis esperable: que la fecha determinante de la normación urbanística aplicable es la del momento de solicitarse la licencia. La sala de la Audiencia Catalana había entendido que el Ayuntamiento de Hospitalet de Llobregat hizo bien en denegar una licencia contraria a la ordenación vigente, aunque había entrado en vigor con posterioridad a la petición.

En sus considerandos 4.º y 5.º el Supremo dice:

«Que el motivo concreto por el que en la sentencia apelada se desestima el recurso contencioso, es por el ya referido del desdoblamiento de la planta baja y por proyectar un ático y sobreático, sobre la altura reguladora, hechos prohibidos, como hemos dicho, en la reforma de las citadas Ordenanzas; mas, hay que tener en cuenta que esta reforma no se había producido en el momento de solicitarse la licencia de construcción—en 30 de marzo de 1974—, y que ésta es la fecha determinante de la normación urbanística aplicable (sentencias de 12 de junio de 1972, 29 de septiembre de 1973, 21 de noviembre de 1974, 4 de junio de 1975, 15 de enero de 1976, 16 de enero y 24 de febrero de 1978, 17 de noviembre de 1980 y algunas sentencias más, entre ellas, algunas que se están dictando en estos últimos días), la cual, esto es, la imperante en ese momento de la solicitud, cuando aún la reforma no se había producido, no era obstáculo para la autorización de lo pretendido por el recurrente, que, por eso mismo, en derecho tiene un respaldo favorable a su pretensión, incluso, sin tener necesidad de acudir a lo establecido en la Disposición Transitoria séptima del Plan General Metropolitano de Barcelona; norma invocada por el actor en su escrito de alegaciones en esta alzada.»

«Que lo sorprendente es que en la sentencia apelada se citen algunas de las sentencias mencionadas, y alguna otra con la misma doctrina, y, sin embargo, se siga la orientación contraria, en base a una 'supuesta' línea jurisprudencial, de la que no se menciona ni una sola sentencia seguidora de la misma.»

¿Existe realmente una línea jurisprudencial que permita apoyar la conclusión que pretendía la Audiencia de Barcelona?

Con independencia del supuesto concreto de la sentencia acabada de citar, puede ofrecerse el siguiente muestreo, que como siempre no tiene carácter exhaustivo y que se limita a la jurisprudencia de los años setenta.

II. ALGUNAS SENTENCIAS EN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL INDICADA

1. La sentencia de 3 de febrero de 1971 (BERMÚDEZ), aceptando lo considerado en la apelada, admitirá que una licencia...

«... sometida a una condición resolutoria, cual es la de que caso de no aprobarse el Plan de urbanización correspondiente la licencia podrá anularse, conforme a los preceptos contenidos en la Ley del Suelo.»

Si es posible esto pendiente el Plan, con mayor razón se podrá denegar la licencia si el Plan está ya aprobado al tiempo de la resolución.

2. En la sentencia de 2 de marzo de 1971 (OLIVES) se anulará la denegación de una licencia contraria al «Plan Sur» de Pamplona:

«Porque dicho Plan se halla en estado de elaboración..., sin que el estado de pendencia o elaboración de una actuación de planeamiento pueda impedir el otorgamiento de licencias de construcción.»

Es decir, que si el Plan Sur hubiera estado vigente, la licencia contraria al mismo podía y debía haberse negado.

3. En la sentencia de 15 de noviembre de 1971 (BECERRIL) se acepta lo considerado por la apelada y también se anula una denegación de licencia por la C. P. U. de Alavesa en base a (cuarto considerando):

«Que al no estar suspendidas las licencias ni haberse aprobado la nueva ordenación cuando el recurrente denunció la mora, debió autorizarse su construcción.»

A sentido contrario se desprende que el Ayuntamiento podría haber denegado la licencia si antes de la denuncia de mora el Plan nuevo ya hubiese entrado en vigor, aunque no lo estuviera al tiempo de la petición de la licencia.

4. La sentencia de 12 de junio de 1972 (SUÁREZ) no llegará tan lejos como la de 3 de febrero del año anterior, pero de la misma parece desprenderse que si el Plan nuevo está vigente al tiempo de resolverse sobre el otorgamiento de la licencia, ésta puede denegarse si la construcción es contraria al nuevo Plan. Según el último inciso del considerando 4.º de la apelada:

«En el caso de que la pretendida construcción se adapte a líneas vigentes, coincidan o no con las nuevas en tramitación, y cumpla todos los requisitos de la ordenanza municipal correspondiente, no se debe condicionar ni negar la licencia, en evitación de que el interesado logre obtenerla por una sentencia judicial, y si el proyecto cuya autorización se solicita no se adapta a las líneas vigentes, aunque coincida con las futuras pendientes de aprobación, la licencia debe ser denegada.»

5. En dos sentencias de 10 de marzo de 1973 (BERMÚDEZ; SUÁREZ) se sostendrá respectivamente:

«b) Que no puede denegarse una licencia de obras so pretexto de hallarse en trámite un proyecto de ordenación, sino que los Ayuntamientos están obligados a conceder o denegarla de acuerdo con el Plan que esté vigente...; c) los Ayuntamientos han de conceder o denegar las licencias de obras ateniéndose a las ordenaciones respectivas en la materia...» (tercer considerando de la apelada).

Y que:

«...el examen de la legalidad de los actos administrativos debe realizarse en base al *ordenamiento vigente en el momento en que se dicten*, y no con fundamento en posibles modificaciones de ordenamiento 'a posteriori' (cuarto considerando del Tribunal Supremo).»

6. Aunque con referencia a un Plan de iniciativa particular, la sentencia de 16 de enero de 1974 (MARTÍN) sostendrá lo mismo al decir en su última consideración:

«Que la aprobación o en su caso denegación de los Planes de ordenación que se sometan a la definitiva aprobación de la Administración, ha de llevarse a cabo *atendiendo exclusivamente a la legalidad urbanística vigente en el momento de la decisión*.»

7. En la sentencia de 25 de febrero de 1974 (BOTELLA), el Tribunal Supremo:

«Estima disconformes a Derecho cuantas condiciones restringen la licencia en los mencionados aspectos, pues tales normas... *no se hallaban aprobadas* por el organismo competente *cuando se otorgó la licencia*» (segundo considerando propio).

8. La sentencia de 31 de mayo de 1974 (SUÁREZ), con referencia a la revisión con base en el artículo 16 RSSCL de las licencias otorgadas, dirá en el sexto considerando que:

«La adopción de nuevos criterios de apreciación únicamente podrá referirse a modificación de los planes y ordenanzas *vigentes de otorgar la licencia*.»

9. En la sentencia de 30 de septiembre de 1975 (GABALDÓN) se confirmará la apelada, que declaró la procedencia del otorgamiento de una licencia y la obligación municipal de expedirla porque:

«... resulta obvio en este caso por una parte que *en el momento de dictarse el acto recurrido* no habría fundamento legal alguno para denegar la licencia a no existir el Plan y en consecuencia aquél no se ajustó a Derecho porque debió aplicar el sistema normativo entonces vigente; y por otra, que ninguna consideración puede impedir el otorgamiento de la licencia ahora que el Plan ya está vigente, porque aquélla *habrá de referirse al momento en que fue denegada*.»

10. En la sentencia de *14 de noviembre de 1975* (VIDAL), aceptándose lo considerado en la apelada (principio del tercer considerando), se hará referencia a

«la necesidad de que toda licencia se obras sea concedida o denegada en función de la *legalidad vigente al tiempo de decidir sobre la petición* de modo que, como pusieran de manifiesto las de 14 de marzo de 1967, 6 de abril de 1970 y 25 de abril de 1972, no pueden exigirse otros requisitos ni condicionamientos distintos de los que no aparezcan impuestos por el ordenamiento que rija *cuando el acuerdo se adopte*.»

11. La sentencia de *10 de marzo de 1976* (GABALDÓN), considerando tercero:

«No permite denegar una licencia fundándose en las previsiones de un Plan publicado con posterioridad a la *resolución denegatoria*.»

Y entiende, precedente en el caso...

«... otorgar una licencia cuya procedencia según las normas del Plan de ordenación *vigentes en el momento de acordarse* no se discute y cuya denegación se fundó exclusivamente en el contenido de un Decreto publicado después de dictarse resolución municipal sobre el caso.»

12. En la sentencia de *16 de junio de 1977* (MARTÍN DEL BURGO) se dirá (14 considerando) que:

«El precepto que permite la suspensión del otorgamiento de licencias consagra una limitación de las facultades dominicales, debe interpretarse restrictivamente (...), lo que obliga a estar a la *legalidad vigente en el momento de su otorgamiento*.»

13. Ante la denegación de la aprobación de una ordenación de manzana, la sentencia de *5 de diciembre de 1977* (PONCE DE LEÓN) sostendrá:

«Que, con reiteración, se ha declarado en los fallos de 10 de marzo de 1970, 23 de junio de 1971, 7 de noviembre de 1972 y 16 de enero de 1974, que tales aprobaciones o denegaciones han de llevarse a cabo *atendiendo exclusivamente a la legalidad vigente en el momento de la decisión*, por lo que no cabe atribuir ninguna eficacia jurídica a actuaciones futuras que la Administración tenga proyectadas en el mismo ámbito territorial, lo que es por otra parte obligada consecuencia del carácter reglado de la actividad administrartiva en la esfera en que aquí se actúa, que proclaman las sentencias de 27 de junio de 1968, 14 de abril de 1971 y 26 de junio de 1974» (segundo considerando «in fine» de la apelada).

14. En la sentencia de *13 de febrero de 1978* (FERNÁNDEZ TEJEDOR) del primer considerando aceptado de la apelada por el Tribunal Supremo se dirá:

«Que la cuestión planteada en este recurso... se refiere, partiendo del principio de obligada observancia de los Planes de urbanización..., al planeamiento vigente que resulte aplicable, *que es el aprobado en la fecha en que se autorice la construcción...*; de lo cual se infiere que acreditado, en este proceso, la vigencia *en el tiempo en que se concedieran las licencias* impugnadas, del Plan General de Ordenación Urbana...; la normativa en el mismo contenida era la pertinente para fundamentar las autorizaciones para edificar.»

15. En el mismo sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1978 (GORDILLO) dirá (segundo considerando del Tribunal Supremo):

«Que la licencia fue concedida con base en una normativa carente de *vigencia para fundar* en ella el otorgamiento, ya que... el Plan... no era ejecutivo; sin que conste en las actuaciones, con el preciso detalle, si el edificio se ajusta a la *normativa realmente en vigor al otorgarse la licencia*.»

16. La sentencia de 17 de octubre de 1979 (PONCE DE LEÓN) sostendrá:

«Que los planes, proyectos, normas y ordenanzas a las que necesariamente ha de atenerse el Ayuntamiento para el otorgamiento o denegación de la licencia, son los *vigentes en el momento de adoptar el acuerdo mediante el cual es concedida o negada*» (sexto considerando de la apelada, aceptado «in fine»).

«Que en estos casos de otorgamiento de licencias de obras, las Corporaciones municipales encargadas de su otorgamiento necesariamente han de atenerse a los *Planes vigentes en el momento de ser acordada o denegada* la misma» (segundo considerando propio del Tribunal Supremo).

«En definitiva, la Administración competente viene obligada a velar por el cumplimiento de los *Planes vigentes, pero sólo los que lo están en el momento de decidir sobre la concesión de tales licencias*» (tercer considerando, «in fine»).

17. También es clara la letra de la sentencia de 31 de diciembre de 1979 (MARTÍN), que en su segundo considerando dice:

«Que reiterando lo dicho por la Sala en otras ocasiones —sentencias de 13 de diciembre de 1973, 16 y 28 de enero, 26 de junio y 24 de octubre de 1974, 25 de febrero de 1976, 24 de febrero de 1977, etc.—, el acto licencia postula inminentemente una obligada adecuación a la norma no sólo como presupuesto existencial, sino, incluso, de lícita vigencia; en base de lo cual es dable afirmar el carácter reglado de esta actividad municipal que propiamente consiste en conceder o denegar la licencia pedida, según que lo instado se acomode o aparte de la solución ofrecida por las normas las legales o reglamentarias aplicables, ya que éstas son preceptos terminantemente encauzadores de sus facultades, dentro de cuyos límites ha de resolverse; esto es, deviniendo obligada la permisión cuando la petición del particular reúna los requisitos objetivos exi-

gidos, en cuanto, adecuada a la ordenación urbana vigente en el sector en el momento de la resolución dictada en tiempo hábil o moral, de acuerdo con lo establecido.»

III. MÁS SENTENCIAS EN LA INDICADA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

1. La sentencia de 29 de septiembre de 1975 (GORDILLO)

A. Supuesto de hecho

- Se pide una licencia.
- A los diez días se publica la aprobación definitiva (anterior a la petición) de un nuevo Plan General según el cual lo pedido no sería posible.
- El Ayuntamiento no resuelve expresamente (3).
- El petitionerio acude a la Comisión P. de U. de Málaga.
- La Comisión deniega la licencia.
- Recursos.

B. Doctrina

El Tribunal Supremo acepta todo lo considerado en la sentencia apelada, dando la razón a la C.P.U.

Se dirá (segundo considerando de la apelada):

«Que mientras la Administración fundamentó su denegación en el hecho de no ajustarse al Proyecto por el administrado a las normas del Plan de Ordenación Urbana en vigor al tiempo de pronunciarse sobre la solicitud de licencia—pues que respondía a las vigentes en el momento de presentarse la instancia, exactamente diez días antes de su derogación y cuando, aprobado definitivamente ya el nuevo Plan, era inminente su publicación oficial y la pérdida de vigencia y eficacia de aquellas pretéritas normas—, en cambio la Sociedad demandante apoya su impugnación, esforzándose en hacer valer su tesis anulatoria con rigor lógico aparentemente impecable, en un doble orden de ideas, a saber: que el otorgamiento de la licencia solicitada se operó en virtud de silencio administrativo positivo, y que, en cualquier caso, la concesión de la citada autorización era obligada conforme a la normativa vigente al tiempo de su solicitud.»

Y después de rechazar que se haya producido silencio positivo (punto en el que insiste el Tribunal Supremo en consideración propio), añadirá (cuarto considerando de la apelada):

«Que tampoco puede prosperar el empeño de la demandante en orden a la procedencia en el fondo de la autorización por ella solicitada, puesto que por si no fuera bastante para dar al traste con

(3) Sobre el juego del silencio administrativo en materia de licencias ya se ha hecho referencia con anterioridad en esta Revista, núm. 537, págs. 478 y ss., y núm. 541, págs. 1551 y ss.

su argumento capital—aplicabilidad de la normativa vigente a la fecha de la solicitud y consiguiente exclusión del nuevo Plan de Ordenación urbana en vigor al tiempo de su resolución—, la evidente imposibilidad de legitimar una oportunista y mañosa maniobra dirigida hábilmente a lograr el propósito —aparentemente contrario al Ordenamiento—de edificar al margen y a despecho de las normas urbanísticas del Plan vigente, de suerte, pues, que revélase con meridiana claridad la evidencia lógica y jurídica de rechazar un resultado como el perseguido por aquella Entidad, cuya consecución normativamente por el ordenamiento urbanístico, y que, al igual que en el caso contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1968, confirmatoria, con expresa aceptación de sus razonamientos de la de instancia dictada por esta Sala en supuestos análogos, pugnaría con la realidad viva y con los más elementales principios de congruencia, orden y economía, aun entonces, igualmente habría de fracasar el intento a la vista de que en cualquier caso no debe prescindirse aquí de una circunstancia a todas luces trascendental, como es el hecho acreditado de haberse aprobado definitivamente el nuevo Plan General de Urbanismo con anterioridad a la solicitud de licencia formulada por la interesada, que evidencia clarísimamente la finalidad evasiva de la conducta de ésta al efecto de eludir la aplicación de tales normas tan sólo pendientes de su inminente publicación formal, ni cabe acoger la radical y rígida conclusión implícitamente propugnada por la Compañía actora en orden a la irretroactividad de la norma con olvido de su verdadera esencia y significación jurídica, según se enseña por el Tribunal Supremo, cabalmente con referencia explícita a la Ley del Suelo en su sentencia de 15 de diciembre de 1970, ni, en fin y sobre todo, puede comulgarse con la afirmación sostenida por aquélla respecto a la eficacia determinante de la fecha en que se formalizare la petición para sujetar a ésta al régimen jurídico vigente entonces, cuya tesis, sobre entrañar, en definitiva, el soterrado intento de atribuir al arbitrio del particular, mediante el simple y formalista expediente de presentar una instancia ante la Administración, la determinación del ámbito objetivo de aplicabilidad de una norma jurídica excluyente o incluyente del mismo a su conveniencia un determinado supuesto de hecho, aparece en franca y rotunda contradicción con el tenor de los artículos 15 y 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de los que en recta interpretación se infiere que lejos de ser las condiciones y circunstancias existentes a la fecha de la solicitud las determinaciones de la procedencia o improcedencia de la licencia pedida, son las imperantes al tiempo en que la Administración se pronuncie decisoriamente las que constituyen favor oficiante para la resolución, como fácilmente se comprende no sólo por la inequívoca significación gramatical de la expresión ‘a la sazón’, directa e inmediatamente referida a las palabras ‘otorgamiento’ y ‘denegación’ que utiliza el citado artículo 16, sino también porque desde un punto de vista lógico, y dado que, conforme al tenor de dichos preceptos, la subsistencia y obligada revocación de una autorización depende de la permanencia de las condiciones o circunstancias en que se

hubiere concedido, o del sobrevenimiento de otras incompatibles o excluyentes, respectivamente, no cabe otra conclusión que admitir y reconocer que efectivamente es al momento de decidir la concesión o negación de la licencia, y no en otro momento distinto, cuando han de examinarse y ponderarse las condiciones y circunstancias —entre ellas, y con primordialísima trascendencia, el Derecho objetivo vigente a la sazón—, en función de las que deberá permitirse o impedirse la actividad privada sujeta a previa autorización.»

Es más, con referencia al sentido de la suspensión del otorgamiento de licencias, sostendrá (quinto considerando de la apelada):

«Que finalmente ha de salirse al paso de la significación y desorbitada importancia que la Sociedad recurrente confiere al hecho de que el Municipio ejercitaría la facultad que con fines preventivos y cautelares otorga, un cierto tiempo el (la suspensión del) otorgamiento de licencias, pues si bien es cierto en términos generales que tal medida se instrumenta por el Ordenamiento con miras a impedir el conflicto que pudiere surgir entre el interés privado representado por el derecho actual a obtener licencia de edificación y el interés público determinante de un nuevo planeamiento urbanístico en estudio o preparación, sin embargo ni puede asegurarse categóricamente que en cualquier supuesto la falta de adopción del acuerdo municipal suspensivo se resuelva de forma automática en el otorgamiento de la autorización solicitada—de ello son muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1961, 3 de diciembre de 1964 y 18 de diciembre de 1968—, ni cabe reconocer, en este concreto caso presente, eficacia alguna a la citada omisión, *por la sencilla razón de que no trata aquí de una situación de pendencia o transición*, que es el supuesto peculiar al que naturalmente corresponde la posibilidad de ejercicio de la facultad de suspensión, *sino de otra totalmente distinta en la que no existe incertidumbre de ninguna clase respecto a la normativa aplicable, por aparecer ésta perfectamente definida y plenamente en vigor.*»

2. Sentencia de 28 de noviembre de 1977 (MEDINA)

A. Supuesto de hecho

— Se pide reiteradamente licencia para construir al Ayuntamiento de La Coruña.

— Cuando se otorga, por fin, ya está en vigor una ordenación que permite lo pedido y antes imposible.

— Terceros recurren contra la licencia.

B. Doctrina

El Tribunal Supremo confirma todo lo considerado por la Audiencia de La Coruña, la cual, en el quinto «in fine» considerando de su sentencia, sostiene que:

«Si, con arreglo a ello, la concesión o denegación de una licencia de obra es fundamentalmente una actividad reglada, será premisa indispensable para el examen de los motivos en que se apoya la petición de anulación de la licencia concedida, única a que queda reducida la cuestión de fondo, la determinación de la norma urbanística aplicable, pues, como señala la sentencia de 12 de mayo de 1971, las licencias de construcción deben ser otorgadas conforme a la Ordenación urbana que estuviere vigente, y *si esa normativa hubiese variado en el tiempo que media desde la solicitud de licencia a aquél en que se resuelve, a la que esté vigente en este último momento habrá que atenderse*, en razón del carácter inmediatamente ejecutivo que de conformidad con el artículo 44 de la Ley del Suelo tienen los Planes y Ordenanzas.»

3. Sentencia de 3 de febrero de 1978 (GARCÍA MANZANO)

A. Supuesto de hecho

- Se pide licencia al Ayuntamiento de Abadiano.
- Tanscurren dos meses de silencio administrativo.
- Entra después en vigor una nueva ordenación contraria a lo pedido.
- Los peticionarios acuden a la Comisión Provincial de Urbanismo de Vizcaya.
- La Comisión Provincial deniega la licencia.
- Recursos.

B. Doctrina

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la de Vizcaya, sosteniendo en considerandos propios que:

«La denegación de la licencia... se halla correctamente efectuada por aplicación del *Ordenamiento urbanístico vigente en la fecha de la producción de los actos referidos...*, en virtud de la ejecutividad propia de los actos administrativos, y en este caso de los Planes urbanísticos—artículo 44 de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1956—, ejecutividad que no consta fuera suspendida.»

Al haber de pormedio un problema de silencio administrativo positivo, el Tribunal Supremo sale al paso de dicho mecanismo para después volver sobre el tema, rechazando la tesis de los solicitantes de la licencia (tercer considerando «in fine», apartado C):

«Fundamentalmente, porque *la tesis de que el Ordenamiento urbanístico aplicable es el vigente en la fecha de la solicitud de licencia*, si bien ha sido proclamada con cierta reiteración por la jurisprudencia, *ha de ser objeto de matización en función de las peculiares circunstancias concurrentes*, según ya hizo la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1975, siendo muy de tener en cuenta, por lo que concierne a este caso, que los *peticionarios de la licencia, quienes tratan de ampararse en el automatismo de los plazos de inacti-*

vidad del silencio positivo, dejaron transcurrir varios meses, una vez terminado el plazo bimensual para que el Ayuntamiento resolviera, hasta que instaron la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en 7 de abril de 1973, cuando ya había recaído la aprobación definitiva del Plan General y su publicación (producidas, respectivamente, en 16 de diciembre de 1972 y 2 de enero de 1973), con la consiguiente vigencia y ejecutividad, por un lapso temporal superior a los tres meses, de dicho Planeamiento que calificó a los terrenos como de uso industrial; quíerase decir con ello que supondría atentar a la legalidad urbanística el permitir que, no por la demora de la Administración municipal, sino por la imputable a los interesados, retrasando el acudir al mecanismo subrogatorio para la obtención de las licencias no decididas, se entendiesen otorgadas por silencio positivo posibilitadas de actuación flagrante con su destino y uso previstos en la norma básica de planeamiento, cual el Plan General Municipal, ya en pleno vigor cuando aquéllos intimaron a competencia sustitutoria del órgano estatal, y al que éste necesaria y correctamente hubo de atenerse para, en este caso, denegar la autorización (artículo 45, 1, de la expresada Ley del Suelo), ya que lo contrario implicaría el anómalo resultado de poner en marcha, de modo inmediato, el mecanismo revocatorio del artículo 16 del Reglamento de Servicios y, con el mismo carácter de inmediatez, el hacer surgir construcciones afectadas por el excepcional régimen de fuera de ordenación contemplado en el artículo 48 del citado texto urbanístico, distorsionando así el régimen de uso de los terrenos, con las graves y conflictivas consecuencias derivadas de una coexistencia de aprovechamiento de viviendas y de industria de cierta entidad sobre terrenos sitos en la misma zona o polígono.»

4 y 5. Sentencias de 16 y 27 de junio de 1979 (MARTÍN), prácticamente literales

A. Supuesto de hecho

- Se pide licencia.
- Entra en vigor el Plan Metropolitano de Barcelona, contrario a lo pedido.
- Antes de que transcurran dos meses se deniega expresamente la licencia.
- Recursos.

B. Doctrina

El Supremo acepta lo considerado por la Audiencia de Barcelona, que en el tercer considerando de sus sentencias sale al paso de la tesis de la Inmobiliaria sobre la procedencia de otorgar la licencia, ya que era conforme con la ordenación anterior al Plan Metropolitano.

Al efecto sostendrá que:

«... esta tesis sostenida por la parte demandante sería de inmaculada corrección jurídica si la normativa urbanística a aplicar en el otorgamiento de licencias de obras fuere la en vigor a la fecha de formularse la petición de ésta; pero ocurre que tal tesis no es la que precisamente admite la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, según la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1975, invocada en este recurso por la misma parte demandante, la que nos dice: '... que toda licencia de obras sea concedida o denegada en función de la legalidad *vigente al tiempo de decidir sobre la petición*, de suerte que... no pueden exigirse otros requisitos ni condicionamientos distintos de los que no aparecen impuestos por el ordenamiento que rijan cuando el acuerdo se adopte», doctrina ésta que reitera la sentencia de 10 de marzo de 1976 al declarar, en lo tocante a concesión de licencias, que *es una decisión cuya legalidad ha de ajustarse al momento en que se pronunció el órgano competente para otorgar la licencia*; por consiguiente, si conforme a esta doctrina jurisprudencial la legalidad urbanística a aplicar en supuesto de recurso no podía ser otra que la constituida por normativa del 'Plan Metropolitano 1976', la conclusión a que ha de llegarse no podía ser otra que la de denegación de la licencia solicitada, toda vez que al calificarse en dicha normativa la zona en que se enclava el solar de 'Zona de renovación urbana en transformación de uso a equipamiento comunitario', no podía autorizarse en el dicho solar más que las previstas en el artículo 368 de las Normas del mencionado Plan, sin que, por otra parte, sea de aplicación lo establecido en la Disposición Transitoria 7.^a de las referidas Normas de excluirse de lo en ella previsto aquellos terrenos, que como en el de autos, están destinados en el Plan a zonas verdes, espacios libres, etc., o reservados a equipamientos comunitarios; por tanto, habrá que concluir de todo ello que la supuesta anulabilidad de aplicación de los preceptos de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 es inadmisibles *por ser la legislación que se aplica en el mencionado Decreto, la en vigor al adoptarse el acuerdo denegatorio de la licencia.*»

El propio Tribunal Supremo en propio considerando (el segundo) insistirá en:

«Que reiterando lo dicho en la sentencia de la Sala de 16 de junio de 1979, es incuestionable que aun admitiendo que en el período de tiempo comprendido entre el 24 de abril y 19 de julio de 1978 no existieron obstáculos legales que impidiesen la viabilidad de la petición de licencia, no puede olvidarse que *dicho período de tiempo no cubre el preciso para desarrollar un procedimiento normal de petición de licencia*, ya que en los casos de obra mayor, el Ayuntamiento dispone de dos meses para pronunciarse la mora ante el organismo urbanístico provincial, que, a su vez, dispone de otro mes para decidir, lo cual supone que en un caso como el presente al denunciarse se habría producido ya una variación normativa por la entrada en vigor del nuevo Plan, por lo que tal particularidad diferencia el supuesto enjuiciado de los que contemplan las sentencias de la Sala de 24 de octubre y 21 de noviembre de 1974 y 11 de

junio y 4 de julio de 1975, etc., ya que *antes de que se hubiere agotado el plazo de que disponía la Administración para resolver la normativa vigente en aquel entonces (pues lo contrario supondría el anómalo resultado de poner en marcha, de modo inmediato, el mecanismo revocatorio del artículo 16 del Reglamento de Servicios y con el mismo carácter de inmediatez, al hacer surgir construcciones afectadas por el excepcional régimen de fuera de ordenación), tal como también ha declarado la Sala en las sentencias que cita la sentencia apelada y en las de 3 y 13 de febrero, entre otras, de 1978.*»

6. *Sentencia de 27 de octubre de 1979 (MARTÍN)*

Tanto el supuesto de hecho, como los considerandos de la sentencia apelada de la Audiencia de Granada y los propios del Tribunal Supremo, están recogidos en un comentario de esta Revista, por lo que allí me remito (4).

IV. CONCLUSIÓN Y LÍMITES DE LA TESIS SEGÚN LAS SENTENCIAS QUE LA SOSTIENEN

A la vista de los pronunciamientos acabados de recoger, la conclusión general resulta clara: hay una línea de jurisprudencia que permite denegar (u otorgar) licencias con base en la ordenación urbanística vigente al tiempo de la resolución, aunque fuese contradictoria con la vigente en el momento de la petición. En unas sentencias así se dice. En otras no sólo se dice, sino que el supuesto de hecho hace aparecer la tesis como determinante del fallo judicial.

Con referencia a las sentencias que más claramente han afrontado el tema, sin embargo, se advierte una importante limitación a la conclusión.

Efectivamente. A falta de vigencia de un nuevo Plan en que poder basar la resolución, sólo cabe el silencio como respuesta para no tener que fundamentar el acto en el Plan antiguo. Ahora bien, la inactividad administrativa (si no se da el supuesto de suspensión del otorgamiento de licencias) tiene un límite en la figura del silencio administrativo: transcurridos dos meses desde la petición de la licencia para construir, el peticionario puede acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo en solicitud de la licencia, que deberá ser contestada en el plazo de un mes.

Pues bien, se desprende de las sentencias citadas (en especial las de 15 de noviembre de 1971 y 3 de febrero de 1978), que si no ha entrado en vigor el nuevo Plan antes de la denuncia de mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo (momento en el que el Ayuntamiento es sustituido en su competencia), *la Comisión no podrá basar su resolución en el nuevo Plan, aunque entre en vigor antes de la resolución expresa y en tiempo sobre el otorgamiento de la licencia.*

Es más, se desprende de otras sentencias (en especial las de 16 y 27 de junio y 27 de octubre de 1979) que para que el Ayuntamiento o Comisión puedan resolver conforme al Plan vigente el tiempo de resolución,

(4) Número 540, págs. 1546 y ss.

éste debe haber entrado en vigor dentro de los dos meses contados desde la petición al Ayuntamiento y que constituye el plazo hábil y *normal* para resolver (sentencia de 31 de diciembre de 1979).

Quedando fuera de duda la existencia de una línea jurisprudencial que sostiene una tesis contraria a la de la doctrina mayoritaria, quedaría por ver hasta qué punto es o no correcta.

Las autolimitaciones que se imponen a la tesis son sintomáticas en este sentido.

J. G. S.