

Novo réxime do silencio administrativo en licenzas urbanísticas

Nuevo régimen del silencio administrativo en licencias urbanísticas

New regime of the administrative silence in urbanistic licenses



FRANCISCO JAVIER NOVOA JUIZ

Funcionario con Habilitación de Carácter Estatal, Técnico Urbanista e Secretario do Concello do Grove (España)
secretario@concellodogrove.com

Recibido: 22/09/2013 | Aceptado: 05/06/2014

Regap



ESTUDIOS E NOTAS

Resumo: *A través deste artigo preténdese lembrar o establecido como doutrina legal tras moitos vaivéns mediante entre outras a STS do 28 de xaneiro de 2009 en relación co sentido do silencio nas solicitudes de licenza de obra, e a culminación desta doutrina no art. 23.2 do Real Decreto Lei 8/2011 do 1 de xullo xa derogado pola Disposición Derrogatoria Única da Lei 8/2013 do 26 de xuño de rehabilitación, renovación e rexeneración urbanas, e que dicía así: “o vencemento do prazo máximo sen notificarse a resolución expresa lexitimará o interesado que deducise a solicitude para entendela desestimada por silencio administrativo”.*

Palabras clave: *licenza de obra, silencio administrativo, competencia autonómica en materia de urbanismo.*

Resumen: *A través de este artículo se pretende recordar lo establecido como doctrina legal tras muchos vaivenes mediante entre otras la STS de 28 de enero de 2009 en relación con el sentido del silencio en las solicitudes de licencia de obra, y la culminación de esta doctrina en el art. 23.2 del Real Decreto Ley 8/2011 de 1 de julio ya derogado por la Disposición Derrogatoria Única de la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, renovación y regeneración urbanas, y que decía así: “el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo”.*

Palabras clave: *licencia de obra, silencio administrativo, competencia autonómica en materia de urbanismo.*

Abstract: *Through this article we try to remember it as legal doctrine established after many ups and downs through the STS including January 28, 2009 in relation to the meaning of silence in building permit applications, and the culmination of this doctrine in the art. 23.2 of Royal Decree Law 8/2011 of July 1 and repealed by Unica Repeal Provision of Law 8/2013 of June 26 rehabilitation, urban renewal and regeneration, and that said so: “The deadline has not been given maximum resolution expresses the person concerned to legitimize has withheld the request to understand”.*

Key words: *building license, administrative silence regional competition in urban planning.*

Índice: *1. Achegamento aos antecedentes normativos e evolución. 1.1. Aspecto urbanístico do silencio. 1.1.1. Normativa recente. 2. Breve referencia á normativa autonómica. 3. Conclusións. 4. Epitafio.*

1 Achegamento aos antecedentes normativos e evolución

- O silencio administrativo é unha institución garantista que permite ao cidadán actuar no caso de falta de resposta da administración correspondente no prazo establecido para o procedemento en cuestión.
- É práctica habitual nas administracións esquecer o requisito legal establecido no art.42.4 da LRJPAC segundo o cal *“En todo caso, as Administracións públicas informarán aos interesados do prazo máximo normativamente establecido para a resolución e notificación dos procedementos, **así como dos efectos que poida producir o silencio administrativo, incluíndo a devandita** mención na notificación ou publicación do acordo de iniciación de oficio, ou na comunicación que se lles dirixirá ao efecto dentro dos dez días seguintes á recepción da solicitude no rexistro do órgano competente para a súa tramitación. Neste último caso, a comunicación indicará ademais a data na que a solicitude foi recibida polo órgano competente.”*

Coa LRXPAC, estableceuse o sentido dos silencios administrativos en función de quen incoase o proceso así como do contido da pretensión solicitada a diferenza da normativa do 58 que se refería aos actos presuntos anoándose ao sentido desestimatorio de toda petición formulada ante a administración.

Así, o silencio positivo ten o efecto de acto administrativo finalizador vinculando polo tanto ao órgano actuante na súa resolución posterior se a houber que non poderá ir en contra do sentido positivo dese silencio, porén, no caso do silencio negativo, atopámonos ante unha ficción que habilita ao solicitante para interpoñer os recursos pertinentes en defensa dos seus intereses sen prexuízo da posibilidade da administración de apartarse do sentido do silencio nun momento posterior.

1.1 Aspecto urbanístico do silencio

Centrándonos no aspecto urbanístico do silencio, debemos remontarnos ao **Regulamento de Servizos das Corporacións Locais de 17 de xuño de 1955** (derrogado tacitamente nalgúns artigos incumprindo o regulado na Disposición Final 1ª da Lei 7/85 de 2 de abril o que deriva nunha grande inseguridade xurídica) que contemplaba no seu artigo 9 con carácter xeral, o silencio positivo no caso de non resultar rematado o proceso nin suspendido, cando transcorrese **un mes** desde a incoación no suposto das licenzas menores e **dous meses** para o caso das maiores, desestimándose a petición por silencio ao uso do contemplado no actual art.43.1 da LRXPAC que establece que *o silencio terá efecto desestimatorio nos procedementos relativos ao exercicio do dereito de petición, a que se refire o [artigo 29 da Constitución](#), aqueles cuxa estimación tivese como consecuencia que se transferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público, así como os procedementos de impugnación de actos e disposicións.*

O Real Decreto 1346/76 de 9 de abril polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre Réxime do Solo e Ordenación Urbana di no seu artigo 178.3 o que será o novo réxime desde ese momento, precepto estatal básico ao que aínda agora se refiren múltiples sentenzas e doutrinas, así di: *“o procedemento de outorgamento das licenzas axustarase*

ao previsto na Lexislación de Réxime Local. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades en contra das prescricións desta lei,....”.

É palmario que esta nova redacción rompía co réxime anterior e se “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”, parece claro que non daba lugar a interpretacións a devandita lectura pero iso non foi así a raíz da entrada en vigor da Lei 4/99 de 13 de xaneiro de modificación da LRPAC.

Xa nestes momentos comezaron a aparecer, anticipándose a doutrina máis recente, pronunciamentos xurisprudenciais como o da Sala 3ª do Tribunal Supremo de 28 de maio de 1986 que, reproducindo o espírito da lei, establece no seu fundamento de dereito oitavo que “*a maior abundamento, haberá que lembrar, unha vez máis, que a imposibilidade de conseguir por silencio, o que non poida obterse por acto expreso, non é ningunha novidade do precepto do art. 178.3 da vixente Lei do Solo EDL1992/15748, xa que o mesmo o que fai é recoller unha doutrina xurisprudencial que ía formándose de tempo atrás, cada vez con maior determinación*”.

Cronoloxicamente apróbase o Real Decreto Lexislativo 1/92 de 26 de xuño que segue a liña marcada polo lexislador urbanístico e establece no seu artigo 242.6 que *en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licenzas en contra da lexislación ou do planeamento urbanístico*.

O devir deste artigo a todas luces elocuente na súa redacción analízase no fundamento de dereito Sexto da Sentenza en Casación da Sala 3ª do TS de data 28 de abril de 2009 (cuxa pretensión era recorrer unha denegación de autorización autonómica para vivenda en solo non urbanizable entendendo que o silencio tiña efectos positivos e rematadores do procedemento, sendo en todo caso un acto administrativo nulo do art.62.1.f) da LRPAC revisable de oficio; casaba sobre a infracción dos artigos 43.2, 43.3 e 62.1.f) da LRPAC en relación co art.116.4 da Lei 2/2001 de 25 de xuño de Ordenación Territorial e Réxime Urbanístico de Cantabria incumprindo neste último punto o disposto polo art.86.4 da Lei de Xurisdición Contencioso-Administrativa que non admite como motivo de impugnación en casación a vulneración de normativa autonómica) que precisa o seguinte que reproduzo de maneira resumida:

- No art. 242.6 do Real Decreto Lexislativo 1/92 de 26 de xuño dispúxose que *en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licenzas en contra da lexislación ou do planeamento urbanístico*.
- O devandito precepto foi declarado lexislación básica do Estado no propio texto refundido, o que confirmou o TC na súa sentenza 61/97 de 24 de marzo, atendendo á súa vinculación co título competencial recoñecido en favor do Estado no art. 149.1.18 da Constitución.
- Tras a entrada en vigor da Lei 4/99 de 13 de xaneiro que modificou o réxime xeral do silencio administrativo regulado na LRPAC, certo sector da doutrina e algúns Tribunais, consideraron que o amentado artigo 242.6 resultara desprazado pola devandita reforma legal e que, en consecuencia, as licenzas ou autorizacións urbanísticas debían considerarse outorgadas por silencio en todo caso polo mero transcurso de prazo, aínda que resultaren incompatibles coa normativa urbanística aplicable. Suposto, no cal



a administración estaría obligada a revisar de oficio a licenza ou autorización “contra legem” mediante o procedemento regulado nos arts. 102 e 103 da LRPAC co recoñecemento dunha indemnización...

- Estas dúbidas despexáronse nas sentenzas ditadas por esta Sala do TS o 17 de outubro de 2007 nos recursos de casación núm. 9397/2003 e 9828/2003... pois o artigo 43.2 da LRPAC, na redacción dada pola Lei 4/99 **cóidase de advertir que a estimación por silencio o será, ou poderá así ser entendida agás que unha norma con rango de lei ou norma de Dereito Comunitario Europea estableza o contrario sendo esa norma o citado art.242.6 do TRLS de 1992** que non foi derogado, senón mantido en vigor pola Disposición derogatoria única da Lei 6/98...
- Doutrina ratificada en recente sentenza de 28 de xaneiro de 2009, ... onde se declara que tanto o art. 242.6 da Lei de Solo de 1992 e o art.8.1.b), último parágrafo do Texto Refundido da Lei de solo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de xuño, son normas con rango de leis básicas estatais, en cuxa virtude e conforme ao disposto no precepto estatal tamén básico 43.2 da LRPAC modificado pola Lei 4/99 de 13 de xaneiro, non poden entenderse adquiridas por silencio administrativo licenzas en contra da ordenación territorial ou urbanística.

1.1.1 Normativa recente

Polo tanto, o art. 242.6 do Real Decreto Legislativo 1/92 tivo un longo camiño existencial ata reproducirse no actual art. 8.1.b) do TRLS de 2008, xa que nin a Disposición Derrogatoria única da Lei 6/98 de 13 de abril nin a posterior da Lei 8/2007 o declararon non vixente.

Xa máis recentemente a STS de 7/11/2011 en recurso 227/2009 contra sentenza da Sección Segunda da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Galicia de 23 de outubro de 2008, segue a doutrina legal marcada facéndose eco do **Real Decreto Lei 8/2011 de 1 de xullo** de adopción de diversas medidas relativas entre outras ao incremento da seguridade xurídica no sector inmobiliario cuxo **artigo 23** se alíña decididamente entre outras coa STS de 27 de xaneiro de 2009 como reconece expresamente o apartado VI do Preámbulo da devandita disposición, no que se resalta así mesmo que **a regra da imposible adquisición por silencio administrativo de facultades ou dereitos que contraveñan a Ordenación Territorial ou Urbanística xa estaba contido no art.8.1.b) do Texto Refundido de 2008, ao que atribúe carácter básico e que a nova disposición legal non vén senón a confirmar.**

2 Breve referencia á normativa autonómica

As diferentes normativas autonómicas reproducen o establecido no art .242.6 do TRLS 92 por ser lexislación básica como expuxen anteriormente e así entre outras:

- Disposición Adicional Cuarta da Lei das Cortes Valencianas 6/94 de 15 de novembro: *En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra das prescricións desta lei, dos Plans, Proxectos, Programas ou Ordenanzas ou en xeral, en termos contrarios, opostos ou desconformes coas previsións da ordenación urbanística. A solicitude de licenza urbanística que non sexa resolta polo concello*

dentro dos prazos legais, sen prexuízo das prórrogas que sexan procedentes, entenderase estimada, agás que o seu contido sexa constitutivo de contravención grave e manifesta da ordenación urbanística, en cuxo caso se entenderá desestimada”.

- Art.5.2 da Lei Catalá 2/2002 de 14 de marzo: *En ningún caso poden considerarse adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contraveñan esta lei ou o planeamento urbanístico.*
- Art.176 da Lei Aragonesa 5/99 de 25 de marzo: *Transcorrido o prazo de resolución sen notificarse esta, o interesado poderá entender estimada a súa petición por silencio administrativo, nos termos establecidos na lexislación do procedemento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licenzas en contra da lexislación ou do planeamento urbanístico...*
- Art. 195 da Lei 9/2002 de 30 de decembro de Ordenación Urbanística e Protección do Medio Rural de Galicia: *En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licenzas en contra da lexislación ou planeamento urbanístico.*

3 Conclusións

Vemos que a normativa urbanística autonómica reproduce a doutrina legalmente establecida e a literalidade da normativa básica que por ese carácter de básica, amparado no art.149.1.18 e 149.1.1 da CE, non se pode contravir.

Pero o Real Decreto Lei 8/2011 de 1 de xullo no seu art.23 vai máis alá e reitera nunha disposición xeral multisectorial e na que **non se aprecia a extraordinaria e urgente necesidade**, polo menos neste aspecto, xa que como se expuxo neste traballo, tanto a xurisprudencia como a doutrina e en fin, o lexislador no recente que non último texto refundido da Lei de Solo xa contemplaba a imposibilidade de adquirir por silencio administrativo licenzas urbanísticas cando estas fosen *contra legem*, establece en primeiro lugar os actos que están suxeitos a AUTORIZACIÓN OU APROBACIÓN ADMINISTRATIVA, obviando o termo “licenza” co fin de adecuarse á nova nomenclatura derivada da normativa comunitaria e non ferir sensibilidades autonómicas, e a continuación modifica o réxime de silencios administrativos existentes en materia urbanística ata o momento ao contemplar como regra xeral o SILENCIO NEGATIVO para as solicitudes que afecten a actos de transformación, construción, edificación e uso do solo e o subsolo (...) así:

Artigo 23. Silencio negativo en procedementos de conformidade, aprobación ou autorización administrativa.

1. *Os actos de transformación, construción, edificación e uso do solo e o subsolo que se indican a continuación requirirán do acto expreso de conformidade, aprobación ou autorización administrativa que sexa preceptivo segundo a lexislación de ordenación territorial e urbanística:*
 - a) *Movimentos de terras, explanacións, parcelacións, segregacións ou outros actos de división de fincas en calquera clase de solo, cando non formen parte dun proxecto de reparcelación.*



- b) *As obras de edificación, construción e implantación de instalacións de nova planta.*
- c) *A ubicación de casas prefabricadas e instalacións similares, xa sexan provisionais ou permanentes.*
- d) *A corta de masas arbóreas ou de vexetación arbustiva que, polas súas características, poidan afectar á paisaxe.*
- e) *A primeira ocupación das edificacións de nova planta e das casas a que se refire a letra c) anterior.*

2. O vencemento do prazo máximo sen notificarse a resolución expresa lexiti-mará ao interesado que tiver deducido a solicitude para entendela desestimada por silencio administrativo.

Á vista da redacción da disposición non cabe máis que interpretar que a intención, o espírito, é o de garantir a seguridade xurídica neste caso en prexuízo do cidadán contravindo en certa medida o establecido polo lexislador anterior, tanto no texto refundido da Lei de Solo de 2008 e a Lei 4/99 de 13 de xaneiro de modificación da LRPAC.

Por último, quero facer unha reflexión en relación co **silencio nas licenzas de primeira ocupación** pois se ben, parece que queda meridianamente claro á vista do artigo enunciado o carácter negativo do mesmo, da lectura da sentenza do TSX de Andalucía na súa Sala do Contencioso-administrativo de 28 de xuño de 2011, cabe inferir o contrario xa que de maneira moi elocuente establece en Fundamento de Dereito 5º que *o que se pretende por medio deste proceso, é que se entenda outorgada, aínda por silencio positivo, unha licenza de primeira ocupación, e aínda que a conformidade da licenza co planeamento se fai xeral para todas elas (...) o certo é que a través da licenza de primeira ocupación parece incerto que poida contrastarse a anterior conformidade cando non é ese o seu obxecto, senón das obras, pois a de primeira ocupación ten por obxecto a comprobación de se o realizado se axustou ao proxectado.*

É por iso que se está no caso de considerar que a doutrina legal antes recollida nestes fundamentos (refírese á doutrina establecida do silencio negativo *contra legem*, STS 28/01/2009, entre outras) **non debe ser de aplicación naquelas licenzas urbanísticas que non teñen como obxecto determinar a conformidade da obra proxectada co Plan, senón do construído co autorizado, de forma que a súa denegación haxa de ser sempre expresa, so pena que o silencio teña efectos positivos, e non convertindo este proceso de cualificación nunha revisión dunha licenza de obras anteriormente outorgada que chegou a ser inatacable ante a xurisdición contencioso-administrativa e contra a que só pode actuarse a través da revisión administrativa de oficio.**

Aí deixo esta controversia para que se poida dirimir ou ben pola xurisprudencia ou ben pola tan de moda e manida forma de regular a través de reais decretos leis, sen prexuízo de que cada aplicador do dereito, xa sexa habilitado ou técnico informe o que estime conveniente sometendo o seu parecer a outro mellor fundado en dereito.

4 Epitafio

En todo caso, valla este artigo para refrescar e reflexionar sobre o sentido do silencio nas licenzas urbanísticas, mais, como manifestei ao longo do mesmo, é vasta a profusión legislativa administrativa actual e así, o vértice sobre o que xiraba este traballo, o art.23.2 do Real Decreto Lei 8/2011 de 1 de xullo foi derogado recentemente pola Disposición Derrogatoria Única 6ª da Lei 8/2013 de 26 de xuño de rehabilitación, renovación e rexeneración urbana polo que entendo volvemos ao réxime anterior máis axustado á normativa autonómica que establece o silencio administrativo negativo nas licenzas *contra legem*.

Pero o legislador non podía limitarse a rectificar e derogar o citado artigo sen máis, polo que dá unha última volta de rosca e modifica, a través da Disposición Final 12ª.5 da Lei 8/2013 de 26 de xuño, o art.9 do Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de xuño polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Solo regulando unhas excepcións ao silencio positivo agás *contra legem* que son *numerus clausus* e que ampara nos títulos competenciais do art.149.1.;13;18 e 23 da CE como lexislación básica:

7. *Todo acto de edificación requirirá do acto de conformidade, aprobación ou autorización administrativa que sexa preceptivo, segundo a lexislación de ordenación territorial e urbanística, debendo ser motivada a súa denegación. En ningún caso poderán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades ou dereitos que contrañan a ordenación territorial ou urbanística.*
8. ***Con independencia do establecido no apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, os actos que autoricen:***
 - a) ***Movrmentos de terras, explanacións, parcelacións, segregacións ou outros actos de división de terreos en calquera clase de solo, cando non formen parte dun proxecto de reparcelación.***
 - b) ***As obras de edificación, construción e implantación de instalacións de nova planta.***
 - c) ***A ubicación de casas prefabricadas e instalacións similares, xa sexan provisionais ou permanentes.***
 - d) ***A corta de masas arbóreas ou de vexetación arbustiva en terreos incorporados a procesos de transformación urbanística e, en todo caso, cando a devandita corta se derive da lexislación de protección do dominio público.***

Entendo que este ciro copernicano non será o último nun pequeno lapso de tempo ca que bate frontalmente coas competencias autonómicas en materia urbanística e é de difícil aplicación en confrontación coas normativas rexionais.

Remato lembrando o principio de seguridade xurídica ao que deben someterse os poderes públicos conforme o art. 9.3 da CE e que desgraciadamente oscila perigosamente.

Regap



ESTUDIOS E NOTAS