

SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS EN EL URBANISMO

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

*Funcionario de la Administración Local
con habilitación de carácter estatal.*

*Secretario-Interventor del Ayuntamiento de la
Matanza de Acentejo (Santa Cruz de Tenerife)*

Extracto:

Como elemento fundamental del estado de Derecho se reconoce el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la cual tras el reconocimiento en la Constitución de 1978 encuentra una regulación de los principios y presupuestos básicos en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre.

Reconocido el urbanismo como función pública, también la responsabilidad administrativa encuentra un ámbito de reconocimiento explícito en la actual normativa básica estatal, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, en la que se regulan en su artículo 35 los supuestos indemnizatorios, junto a previsiones de responsabilidad aisladas en su artículos 6 b), 11.5, 25 y 26.

Palabras clave: responsabilidad, indemnización, urbanismo, supuestos, suelo.

COMPENSATION CASES IN URBAN PLANNING

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

*Funcionario de la Administración Local
con habilitación de carácter estatal.*

*Secretario-Interventor del Ayuntamiento de la
Matanza de Acentejo (Santa Cruz de Tenerife)*

Abstract:

As essential for the rule of law recognizes the principle of liability of the Administration, which after being recognized by the 1978 Constitution is a regulation of the principle and basic assumptions in the Legal System and Common Administrative Procedure 30/1992 of November 26.

Known urbanism as public service, administrative accountability is also a scope of explicit recognition in the current basic state regulations, Royal Decree Law 2/2008, dated 20 June, approving the revised text of the Land Act, in regulating Article 35 of the alleged severance, along with isolated liability provisions in articles 6 b), 11.5, 25 and 26.

Keywords: responsibility, compensation, planning, assumptions, land.

Sumario

1. Principios y presupuestos de la responsabilidad administrativa.
2. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el urbanismo: supuestos del artículo 35 del Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.
 - 2.1. Cambio de ordenación territorial o urbanística.
 - 2.2. Vinculaciones y limitación singulares.
 - 2.3. Modificación o extinción de la eficacia de los títulos habilitantes de obras o servicios.
 - 2.4. Anulación, demora, denegación improcedente u otorgamiento defectuoso de títulos habilitantes de obras o servicios.
 - 2.5. Ocupación de terrenos destinados a dotaciones públicas.
3. Supuestos particulares del Real Decreto 2/2008, de 20 de junio.
 - 3.1. Consulta errónea.
 - 3.2. Incumplimiento del deber de resolver en plazo los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística.
 - 3.3. Indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización.
 - 3.4. Indemnización por gastos inútiles.

Bibliografía consultada.

1. PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Las notas características del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, como bien señalan los profesores MAGÁN PERALES y MORENO MOLINA ¹, convierten a nuestro ordenamiento jurídico en el más avanzado a nivel comparado, por la amplitud con la que se reconoce la responsabilidad. Siguiendo al profesor LEGUINA VILLA, las características generales del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración son su carácter unitario, su alcance general, su naturaleza directa, objetiva y su diferenciación con el instituto de la expropiación forzosa.

Los tribunales contencioso-administrativos suelen recordar con bastante frecuencia en sus sentencias en materia de responsabilidad los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración [sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de mayo de 1998].

El profesor CONCULLUELA MONTANER ² es partidario de calificar el tema de la responsabilidad junto al contencioso-administrativo, como uno de los pilares fundamentales en la construcción del Derecho Administrativo como Derecho garantizante. Y añadiendo que reparar el daño es la finalidad esencial del instituto de la responsabilidad, resultando que nunca será modulable el daño, como en la expropiación forzosa, sino que el alcance de la reparación debe ser íntegra. También comparte esta opinión el profesor MARTÍN REBOLLO ³, al declarar que la responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: PROSPER WELL, ANDRÉ DEMICHEL), la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder.

Es indiscutible la necesidad de prestar atención a la figura del interesado, coherente con lo que tiene que ser un Estado de Derecho, donde el hombre no es un súbdito, sino titular de derechos públi-

¹ MAGÁN PERALES, J.M., y MORENO MOLINA, J.A.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las corporaciones locales. Un estudio desde el análisis de la jurisprudencia*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2005 y LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 394 y ss.

² COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, 11.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, págs. 531 y 542, y MARTÍN REBOLLO, L.: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, septiembre-diciembre, 1999, pág. 360.

³ MARTÍN REBOLLO, L.: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, septiembre-diciembre, 1999, pág. 359.

cos subjetivos y de cargas, obligaciones y deberes frente a los poderes públicos, como señala el profesor GONZÁLEZ NAVARRO ⁴.

Según el profesor LINDE PANIAGUA ⁵, estamos ante un Derecho Administrativo instrumental por estar al servicio del cumplimiento de las misiones encomendadas por el constituyente o por el legislador ordinario; así el Derecho Administrativo de nuestro tiempo vendrá determinado por su conversión en un derecho al servicio de los ciudadanos que vaya más allá de las afirmaciones eufemísticas de los legisladores, pues debe incorporar los derechos fundamentales como pieza sustancial del mismo, ya que el ejercicio de las potestades, técnicas e instrumentos de las Administraciones públicas exige el respeto a los mismos. Añadiendo que el instituto de la responsabilidad no tiene antecedentes remotos, pues la misma concepción del poder, como conjunto de privilegios que adornan a quien lo detenta y en particular la concepción de la monarquía patrimonial que llega hasta principios del siglo XX, hicieron prácticamente imposible la aceptación de la idea de que la actuación de la Administración, pudiera estar sujeta a responsabilidad patrimonial derivada de sus actos. De esta manera, la Administración exenta de responsabilidad se corresponde con concepciones absolutistas que consideraron que los ciudadanos eran administrados pero anteponiéndose la Administración, que no la sociedad, al ciudadano. La exención de la responsabilidad es un privilegio de la Administración, incompatible con el Estado de Derecho, por lo que el profesor PÉREZ LUÑO ⁶ apuntó que las transformaciones del Estado de Derecho no solo han determinado una ampliación del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales, sino que han contribuido a un ensanchamiento de su contenido. De manera que cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales.

El profesor GARRIDO FALLA ⁷ a fin de conocer la existencia o ausencia de limitaciones jurídicas al poder, contrasta el Estado-Policía y el Estado de Derecho, configurando que para que haya libertad se monta como expediente técnico de la mayor eficacia el dogma del legalismo formal de la actividad administrativa, que es la reacción contra una de las notas que más rigurosamente perfilaban la anterior etapa del Estado-Policía: la arbitrariedad. Por su parte, las profesoras CHINCHILLA, C., LOZANO, B., y DEL SAZ, S. ⁸ aseguran que parece claro que JEAN-LOUISE MESTRE identifica la existencia del Derecho Administrativo con la existencia de límites a la Administración, entendida como poder público.

Resultando ser la responsabilidad, siguiendo al profesor PARADA VÁZQUEZ ⁹, la posición del sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido, y advierte que, a raíz de la STS de 14 de junio de 1991, que condenó al Estado tras el fallecimiento de un

⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*, Volumen III, EUNSA, Barañain (Navarra), 1997, págs. 623 y 1.130.

⁵ LINDE PANIAGUA, E.: *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, Colex, Madrid, 2009.

⁶ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los Derechos Fundamentales*, 7.ª ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 23-26 y LINDE PANIAGUA, E.: *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, Colex, Madrid, 2002, págs. 51-69.

⁷ GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 70.

⁸ CHINCHILLA, C.; LOZANO, B., y DEL SAZ, S.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 32.

⁹ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo. I*, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 624-631.

paciente, no obstante el correcto actuar de los cirujanos, la doctrina (como los profesores Alejandro NIETO y SÁNCHEZ MORÓN) alarma por tanta «generosidad» que lleva, en ocasiones, a cargar a la sociedad, en su conjunto, cuantiosas indemnizaciones que, en justicia, tampoco ella debería soportar. Por eso que considerase el profesor MARTÍN REBOLLO¹⁰ que nuestro sistema resulta, sobre el papel, extraordinariamente generoso, aunque también inseguro porque pivota en buena medida en valoraciones y conceptos muy abiertos e indeterminados (lesión, imputación por el funcionamiento de los servicios públicos, causalidad...) que dependen mucho de la interpretación de cada juez. Y eso conduce a un casuismo que, unido a la abundancia de supuestos y a la multiplicación del trabajo de los tribunales, genera inseguridad. Así, siguiendo al profesor MIR PUIGPELAT¹¹, la persecución del lucro o el criterio del beneficio obtenido por el particular en el Derecho privado no es asimilable a la obtención del bien común por parte del Estado, porque en este último caso el «beneficio» está dirigido no hacia el que produce el daño (la Administración), sino hacia toda la colectividad, incluyéndose entonces a la posible víctima.

Según el profesor TORNO MÁS¹², la evolución iniciada tras la implantación del Estado de Derecho para someter a control y responsabilidad el Poder absoluto del Monarca debe culminar con la exigencia de este control y responsabilidad a todos los poderes públicos y también, por tanto, a la actividad desarrollada por el Poder judicial. La cláusula general de los números 1 y 3 del artículo 9 de la Constitución no admite excepciones.

Por su parte, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA¹³, apoyado por autores como GARCÍA LUENGO, se muestra contrario al parecer del Tribunal Supremo, por cuanto el principio de protección de la confianza no es hoy fundamento en el Derecho Comunitario para una responsabilidad patrimonial por genuinos actos legislativos; otra cosa, como sabemos, llevaría a una «petrificación» insoportable de tales actos legislativos y al fracaso inevitable de toda la política comunitaria, que trata justamente de promover el libre mercado, no de impedirlo, dando una injustificada prima a los singulares beneficiarios de la normativa existente en un momento dado. No obstante, se señala por ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL¹⁴ que en el ámbito de la jurisdicción constitucional la responsabilidad del Estado legislador se trata principalmente desde la perspectiva de la incidencia de los cambios normativos en la situación jurídica de las empresas o ciudadanos afectados por ellos y, en términos generales y a modo de resumen, puede decirse que la mayoría de las sentencias no llegan a una conclusión de inconstitucionalidad por este motivo. En este sentido, es argumento reiterado que las medidas lega-

¹⁰ MARTÍN REBOLLO, L.: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, septiembre-diciembre, 1999, pág. 328.

¹¹ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 207-208.

¹² TORNO MÁS, J.: «La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 13, enero-abril, 1985, pág. 75.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (1)» *Revista de Administración Pública*, n.º 159, septiembre-diciembre, 2002, pág. 189.

¹⁴ ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M.A.: «Apuntes sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 10, julio-diciembre, 2008, pág. 65.

les restrictivas o limitadoras, que no tienen propiamente un contenido ablativo de los derechos ni carácter expropiatorio sino que configuran las situaciones jurídicas preexistentes con arreglo a nuevos criterios, entran en el ámbito de la potestad constitucionalmente admisible del legislador. No obstante, en algunos pronunciamientos de este tipo el Tribunal Constitucional ha insinuado que el perjuicio ocasionado respecto a las expectativas de los ciudadanos podía merecer «algún género de compensación», pero sin extenderse en profundidad sobre el reconocimiento de este Derecho. Este sería el caso de la doctrina elaborada al enjuiciar un grupo de normas relacionadas con la jubilación anticipada de jueces y magistrados, funcionarios públicos y profesores de EGB.

En el particular supuesto de la construcción jurídica acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, según la profesora ALONSO GARCÍA ¹⁵, dista mucho de estar acabada en nuestro Ordenamiento jurídico provocado por una reciente jurisprudencia que ha venido a admitir, por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico, la obligación pecuniaria que incumbe al Estado de reparar los daños y perjuicios derivados de disposiciones legislativas cuando las mismas hayan sido declaradas inconstitucionales. Hasta la fecha, la única causa por la que el TS ha apreciado este tipo de garantía resarcitoria ha venido constituida por la vulneración del principio de confianza legítima que esta tipología de normas conllevara. Así, en SSTS de 5 de marzo de 1993, 16 de septiembre de 1997, 17 de febrero y 6 de marzo de 1998, 9 de febrero y 27 de septiembre de 1999.

Así en los Dictámenes 6/2010 y 8/2010, de 13 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y n.º 13 del Consello Consultivo de Galicia de 6 de febrero de 2003, la responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. El carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas es el fruto de una elaboración de la doctrina y la jurisprudencia, donde se reitera el criterio de que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditada la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, no siendo indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (SSTS de 22 de febrero y 6 de abril de 2006).

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL URBANISMO: SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 35 DEL REAL DECRETO 2/2008, DE 20 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO

Partiendo del reconocimiento constitucional como principio que debe guiar la actuación de la Administración (arts. 9.3 y 106.2 CE), la regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa se encuentra con carácter general en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Adminis-

¹⁵ ALONSO GARCÍA, M.C., «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, n.º 157, enero-abril, 2002, págs. 215-216.

trativo Común (en adelante, LRJPAC) que delimita los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en la efectividad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; que el daño o lesión sufrido por los reclamantes sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal; la ausencia de fuerza mayor y, finalmente, que los reclamantes no tengan el deber jurídico de soportar el daño. Tales exigencias han sido precisadas por constante jurisprudencia del TS y reiterada doctrina del Consejo de Estado (Dictamen del Consejo de Estado 998/2008, de 11 de septiembre).

Respecto al elemento de la fuerza mayor, que exonera la responsabilidad, el Dictamen 53/2009, de 2 julio, el Consejo Consultivo de La Rioja matizó que la calificación como fuerza mayor o como caso fortuito del acaecimiento que ha dado lugar a los daños que se reclaman en un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, es dificultosa ya que una tormenta de verano, aun de cierta intensidad, constituye un acontecimiento rigurosamente previsible o imprevisible dependiendo de dónde se produjera. Esta fuerza mayor, atendiendo al Dictamen n.º 131/2004, de 9 de septiembre, del Consejo Consultivo de Canarias, en cuanto a su concurso para exonerar responsabilidades, debe ceñirse según reiterada jurisprudencia del TS, «al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable, como guerras, terremotos, etc., pero aquellos eventos internos intrínsecos en el funcionamiento de los servicios públicos son sucesos previsible y en cualquier caso nunca constituyen la fuerza mayor» (SSTS de 28 de junio de 1983 y 20 de octubre de 1997). Ciertamente, el caso de lluvias caídas intensamente y en poco tiempo podrían constituir una situación supuestamente de fuerza mayor, pero para estimar, siquiera sea parcialmente esta causa, deben despejarse primeramente todas las cuestiones atinentes al funcionamiento ordinario del servicio. Incluso apuntar que el Consejo de Estado considera como fuerza mayor «los acontecimientos insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio» (Dictamen de 29 de mayo de 1970 y de 28 de marzo de 1974).

Por eso recientemente se consideró en la STS de 22 de septiembre de 2010 que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva porque no requiere culpa o negligencia (a diferencia de lo que sucede normalmente con la responsabilidad extracontractual privada, regulada en el art. 1.902 CC). Ello significa que, incluso si el agente o funcionario público ha actuado de manera diligente y el aparato administrativo ha funcionado correctamente, la Administración debe reparar las lesiones ocasionadas por ella. Es indiferente, en otras palabras, que el funcionamiento del correspondiente servicio haya sido «normal o anormal», bastando que la lesión sea achacable a la Administración. Pero es claro que este último elemento debe estar presente: si el resultado lesivo no es consecuencia de un comportamiento de la Administración, esta no tiene por qué responder de aquel.

Además no puede perderse de vista la diferencia en cuanto al requisito de la relación de causalidad, que no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquella. Problema distinto es si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia de las condiciones o como condición adecuada. En todo caso el problema es de

atribución lógica del resultado lesivo a la acción de la Administración. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración.

Hay que hacer notar que para que los daños sean indemnizables (integrándose en el concepto jurídico de lesión), la ley exige, además, que sean antijurídicos (art. 141.1 LRJPAC), esto es, que quien los sufre no tenga el deber jurídico de soportarlos; requisito determinante de la viabilidad de la reclamación e íntimamente unido con el análisis de la conducta del propio reclamante, y, en esa medida, con la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por el interesado, que habría quebrado por el comportamiento de aquel y el de terceros (Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía n.º 485/2009, de 15 de julio).

Desde el punto de vista del Urbanismo, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante LS 2008); y como apunta el profesor LÓPEZ RAMÓN ¹⁶ no queda agotado con las previsiones de la legislación urbanística, por lo que es posible acudir al régimen general de la LRJPAC (así las SSTS de 2 de noviembre de 1987, 18 de junio de 1990 y 6 de julio de 1995).

Según el profesor PAREJO ALFONSO ¹⁷, el principio general es que la ordenación establecida en el planeamiento, en cuanto su objeto es la mera delimitación del contenido normal del derecho de propiedad según su función social, no confiere derecho alguno a indemnización. Este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria, reconoce la STS de 18 de julio de 2007, significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, siendo pues lícita la modificación de esta; modificación que, por otra parte, no debe dar lugar a indemnización en principio, pues las facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación urbanística vigente en cada momento. De la función social insertada en el derecho de propiedad urbanística, y reconocida en el artículo 33.2 de la Constitución Española (CE), se pronuncian las SSTS de 10 de abril de 2007 y 17 de junio de 1989, que configuran una delimitación de su contenido, estableciendo que las alteraciones que, como consecuencia del proceso urbanístico, se produzcan en el estatus de los inmuebles afectados por el mismo, no darán derecho, como regla general, a sus titulares, a percibir indemnización alguna. Consecuentemente el artículo 3.1.1.º de la LS 2008 señala que «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes», así considera SÁNCHEZ GOYANES ¹⁸ que, antes de esa ordenación, no hay derechos a aprovechamientos que no sean los vinculados a «la utilización racional de los recursos naturales» y, después de esa ordenación, solo podrá haber derechos en los términos que la misma venga a establecer, porque ella define el estatuto de cada propiedad inmobiliaria.

¹⁶ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Introducción al Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 129.

¹⁷ PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, II, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, pág. 464.

¹⁸ SÁNCHEZ GOYANES, E.: *Ley del Suelo. Comentario sistemático del Texto Refundido de 2008*, La Ley, Madrid, 2009.

El *ius aedificandi* se disocia de las facultades propias del titular dominical y solo se convierte en un derecho susceptible de apropiación por aquel, patrimonializable, si el planeamiento así lo permite para determinadas clases de terrenos. Por eso, como ahora veremos, el simple cambio del planeamiento u ordenación urbanísticos no tiene como consecuencia automática, en todo caso, el derecho a obtener indemnización sino que será necesario haber incorporado alguna de las facultades inherentes a cada fase del proceso de urbanización y edificación, en los términos de artículo 35 de la LS 2008, y que solo permite indemnización por excepción, en los casos expresamente previstos en la ley.

Los supuestos indemnizatorios que en la normativa se recogen en materia urbanística, los encontramos en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. Con carácter general los recoge el artículo 35, pero también hay otros diseminados en este mismo cuerpo legal, en los artículos siguientes: 6 b) por consulta previa errónea, en el artículo 11.5 por incumplir el deber de resolver en plazo los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística; 25.2 por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones, y 26 por devenir inútiles gastos y costes para quien haya incurrido en ellos por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración.

Dispone así el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008: «Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos:

2.1. Cambio de ordenación territorial o urbanística

Establece el artículo 35 a) de la LS 2008: «La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos estos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.

Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurrida en dicha situación durante su vida útil.»

Para delimitar bien este supuesto indemnizatorio, previamente deben diferenciarse dos conceptos, como hizo el Dictamen n.º 11/1992, de 10 de diciembre, del Consejo Consultivo de Canarias, a saber: la modificación de un plan, sea cual fuere la naturaleza de este, que consiste en la alteración de uno de sus elementos, y la revisión del mismo, que implica la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general del territorio o la clasificación del suelo. Según distintos pronunciamientos jurisprudenciales (STS de 27 de junio de 2006, fundamento jurídico 2) en el ámbito de los

derechos generados por el proceso urbanizador esta perspectiva es especialmente útil, pues se ha venido insistiendo en la necesidad, para que pueda entenderse procedente el derecho a ser indemnizado por el cambio de planeamiento, de que existan derechos consolidados (SSTS de 4 de marzo de 1992, recurso núm. 4729/1990), lo cual ocurre:

- a) Cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido o se ha producido el transcurso de este sin ejecución del planeamiento, por causas imputables a la Administración (SSTS de 1 de febrero de 1982 y 16 de diciembre de 1985).
- b) Cuando el plan parcial se encuentra en la fase final de realización y la modificación afecta a una parte de los propietarios que han cumplido los requisitos o cargas de la anterior ordenación, sin haber obtenido beneficio equivalente y resultar, por ello, discriminados con el resto de los propietarios del sector (SSTS de 29 de septiembre y 30 de junio de 1980, 24 de noviembre de 1981, 1 de febrero, 6 de julio y 20 de septiembre de 1982, 28 de marzo, 25 de abril y 14 de junio de 1983, 10 de abril de 1985, 12 de mayo de 1987, 24 de abril de 1992 y 26 de enero de 1993, recurso núm. 4017/1990).
- c) Cuando el cambio de calificación del suelo respecto de una finca individualizada comporta que solo sea factible (por la imposibilidad de integrarla en un polígono, en razón al desarrollo urbanístico derivado de la aplicación del plan precedente), realizar el pago de la indemnización pertinente en el momento de ejecución del nuevo planeamiento (Sentencia de 20 de mayo de 1986).

Desde esta perspectiva, la indemnización por la privación legislativa de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario (STS de 11 de mayo de 2010, fundamento jurídico 6) por lo que el criterio determinante del deber de indemnización por alteración del planeamiento, señala el profesor LÓPEZ RAMÓN¹⁹, ha de ser la existencia real de derechos patrimonializados, adquiridos, no bastando las meras expectativas o los intereses legítimos.

Debe partirse del reconocimiento, por un lado, de la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público que justifican el *ius variandi* que en este ámbito se reconoce a la Administración (SSTS de 27 de noviembre de 1987, 7 de noviembre de 1988, 17 de junio de 1989, 4 de mayo de 1990, 11 de febrero y 27 de marzo de 1991), y por otra parte saber que el planeamiento delimita el contenido normal del derecho de propiedad y este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que dicho contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística.

El hecho de que no se haya adquirido la licencia por silencio administrativo en nada afecta a este extremo, pues la hipótesis indemnizatoria es otra, por lo que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 2007 determinó que: «es requisito imprescindible, para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, que el apro-

¹⁹ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Introducción al Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 129.

vechamiento urbanístico se haya materializado en virtud de la aprobación de un instrumento idóneo que permita conocer cuál sea el que corresponde al propietario, del que se ve privado por la modificación o revisión del planeamiento».

Esta situación de «fuera de ordenación» según CANO MURCIA ²⁰ permite presentarla como la situación en la que pasa a integrarse la instalación, construcción o uso amparado por el planeamiento bajo cuya vigencia se ejecutó o implantó pero que resulta disconforme con el nuevo régimen de ordenación dispuesto tras la revisión o modificación de aquel, resultando que la declaración de ruina y pertinente demolición constituye la cláusula de cierre del modelo de fuera de ordenación; situación que no es óbice, para la posible concesión de licencia de apertura, pues una cosa será que el edificio esté en situación de fuera de ordenación con las limitaciones legales mencionadas y otra que el inmueble no pueda utilizarse (SSTS de 12 de diciembre de 1988 y 7 de marzo de 1989).

Situación de fuera de ordenación que lleva a considerar al TS, en su STS de 8 de julio de 2009, fundamento jurídico 4, que la indemnización, como regla general, no resulta procedente, cuando un edificio queda fuera de ordenación como consecuencia de un cambio en la ordenación urbanística, salvo, única y exclusivamente, en el supuesto de que se imposibilite el uso o disfrute de la edificación, tal y como, ahora, y de forma expresa, se establece en el artículo 30 a), párrafo segundo, del vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que, tras reiterar la regla general de la no indemnización en las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística, añade: «sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil».

De esta manera el edificio fuera de ordenación que no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él, por el estado de vida de sus elementos componentes, antes de pensar en la posibilidad de acometer en él determinadas obras, pero sabiendo que es perfectamente coherente que, al modificarse un plan de ordenación, la nueva norma declare incorporadas a la misma las edificaciones anteriores, con su volumen, lo que supone una norma coordinadora entre lo edificado o construido al amparo de la normativa anterior y la nueva ordenación, en ejercicio de las facultades que para el desarrollo de los planes tienen encomendados los ayuntamientos (STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de abril de 1999, fundamento jurídico 3).

Por ello, solo cuando el plan ha llegado a «la fase final de realización» (SSTS de 29 de septiembre de 1980, 14 de junio de 1983, 10 de abril de 1985) se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y solo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el artículo 87.2 del Real Decreto 1346/1976 [que reproduce el art. 35 a) LS 2008] cuyo contenido habría de fijarse en perfecta congruencia con los contenidos de los derechos de los que se ha visto privado el propietario». Ahora bien, el aplazamiento o supresión del *ius aedificandi* no genera por sí mismo derecho de indemnización, lo que solo será exigible en el momento en que queda aprobada

²⁰ CANO MURCIA, A.: *Urbanismo menor. Manual de consulta práctico para juristas y técnicos*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2009, págs. 550 y 559.

definitivamente aquella modificación y realmente haya una lesión del aprovechamiento patrimonializado (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de febrero de 2008).

La doctrina del TS respecto al artículo 87.2 es unitaria (SSTS de 5 de enero de 1990, 25 de febrero, 30 de julio y 24 de noviembre de 1992, 26 de enero, 6 y 14 de abril, 25 de mayo, 21 de junio y 28 de septiembre de 1993, 7 de diciembre de 1994 y 10 de abril de 1995), en el sentido de ser objeto de una interpretación estricta, habida cuenta de que la regla general es que la facultad de modificación de la ordenación de terrenos y construcciones no da derecho, en principio, a indemnización patrimonial, que solo procederá cuando se acredite la existencia de una concreta lesión patrimonial en los bienes y derechos de quien la reclame, y se justifique que ha dado efectivo cumplimiento de los deberes y actuaciones que impone a los propietarios el ordenamiento urbanístico. Es entonces cuando se han ganado los contenidos artificiales que se añaden al derecho inicial o que este se ha patrimonializado por haber llegado el plan a su fase final. A la vista de ello, según la STSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife de 1 de marzo de 1999, la patrimonialización del aprovechamiento se obtiene con el cumplimiento de los deberes y urbanización en los plazos establecidos; o lo que es lo mismo, ese derecho para ser indemnizado debía haberse llegado a la fase final de realización del plan.

Sobre la situación de fuera de ordenación, se admite por la jurisprudencia, en aplicación del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (TRLR76), la realización de pequeñas obras que tiendan a la adaptación del inmueble a las necesidades del propietario, respetándose con ello el derecho de propiedad, pero compaginando todo ello para que estos edificios urbanísticos desordenados no prolonguen su existencia en tal estado mediante la realización de obras que no sean de las autorizadas con la finalidad de higiene, ornato o conservación o, excepcionalmente, obras de consolidación parciales y circunstanciales cuando no estuviese prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de 15 años, siempre, claro está, que no supongan aumento de volumen, modernización o incremento del valor de expropiación (SSTS de 7 de febrero de 1986, 21 de mayo de 1987, 23 de enero de 1989, 24 de enero de 1990 y 4 de junio de 1994).

Y sin olvidar que el Legislador no distingue entre las distintas partes de las construcciones o instalaciones, como por ejemplo efectúa en relación con la ruina que puede ser total o parcial, sino que se refiere, tanto en los supuestos de construcciones o instalaciones fuera de ordenación o con usos disconformes con el planeamiento, a los terrenos que sustentan dichas construcciones e instalaciones en los que no puede autorizarse ninguna obra, salvo las que expresamente establece para cada uno de los supuestos mencionados (STSJ de Castilla y León de Valladolid, de 9 de diciembre de 2009, fundamento jurídico 2).

Finalmente señalar una cierta tolerancia en supuestos de construcciones o instalaciones contrarias al plan, que tienen, desde luego, el destino natural de desaparecer y ser sustituidas por otras conformes al mismo, pero que se congelan prácticamente en su estado hasta que llega el momento de su extinción natural porque preexisten al plan y han nacido conforme a Derecho (SSTS de 6 de abril y 15 de junio de 2000).

Las SSTs de 15 de febrero de 1999 y de 3 de abril de 2000 han afirmado, respecto de licencias de obras, que lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero su régimen se debe diferenciar del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 del TRLS en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo, por lo que el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 del TRLS, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata.

La ausencia de una licencia de actividad no será, sin embargo, declara la STS de 20 de diciembre de 2000, una actividad fuera de ordenación sino, en primer lugar, una actividad clandestina, que no puede verse favorecida por el régimen de fuera de ordenación, que se refiere a las edificaciones o actividades amparadas en licencia que solo por cambio del planeamiento pasan a ser disconformes con el mismo.

2.2. Vinculaciones y limitación singulares

Dispone el artículo 35 b) de la LS 2008: «Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa». Precepto que debe conectarse con los deberes y cargas que conforman el contenido del derecho de propiedad del suelo, para los que el artículo 9.1 de la LS 2008 señala que: «El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación. Este deber constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios, cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, corriendo a cargo de los fondos de esta las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general. En el suelo urbanizado a los efectos de esta ley que tenga atribuida edificabilidad, el deber de uso supone el de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable. En el suelo que sea rural a los efectos de esta ley, o esté vacante de edificación, el deber de conservarlo supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud públicas, daño o perjuicio a terceros o al interés general; incluido el ambiental; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas; y mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo».

En todo caso, consideran CORRAL GARCÍA y SÁNCHEZ GOYANES ²¹ que no se limita el supuesto indemnizatorio exclusivamente a la conservación, sino que si las vinculaciones que se imponen configuran el contenido normal del derecho de propiedad y no afectan a bienes y propietarios concretos, no dan lugar al derecho de ser indemnizado; pero si estas vinculaciones han de ser soportadas por propietarios concretos para satisfacer un interés general, la conclusión será la contraria. La indemnización debe ser plena y restablecerse el equilibrio patrimonial roto por la vinculación o limitación.

Si partimos de la consideración del profesor TEJEDOR BIELSA ²² para quien sabiendo que en nuestro ordenamiento urbanístico todo se articula en torno al derecho de propiedad sobre el suelo, una de las bases, quizá la fundamental, del orden económico-constitucional, resulta por ello decisivo concretar cuál es el contenido constitucional de la propiedad, cuál es, en definitiva, el ámbito posible de acción de los distintos legisladores sobre el mismo. Contenido individual y función social aparecen en la Constitución en pie de igualdad: no cabe concebir uno sin otra. Y a ambos debe referirse la protección constitucional del contenido esencial. Apreciación que conectamos con la consideración de la propiedad del suelo, según el profesor BETANCORT REYES ²³ como suma de facultades y obligaciones impuestas en razón de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), entre cuyas obligaciones se pueden diferenciar aquellas que se imponen a todos los bienes de igual condición y destino (caso de deber de conservación que será una limitación general), de las que se imponen a algunos de aquellos pero no a todos (caso de la modificación de un proyecto de obras tras descubrirse restos arqueológicos reduciendo el aprovechamiento y especial deber de conservación), resultando que el propietario gravado con la limitación o vinculación tendrá derecho a la indemnización por la pérdida o gravamen que la misma le supone.

Sobre las vinculaciones singulares decir con la STS de 24 de septiembre de 2008 (fundamento jurídico 9) que la indemnización que se solicita no deriva del ejercicio anticipado del ejercicio del *ius variandi*, debiendo insistirse en que es la vinculación singular de referencia –que no en la compensación por cambio de planeamiento– la determinante de la indemnización, lo cual implica que no es necesaria la patrimonialización del aprovechamiento como causas de la indemnización. En consecuencia, nos encontramos, pues, ante un supuesto concreto de exigencia de responsabilidad patrimonial derivada del artículo 106.2 de la CE, que surge y se deriva de la lesión del derecho esencial en el ámbito urbanístico de la equidistribución de beneficios y cargas. En tales supuestos, si el establecimiento de una nueva determinación en el plan supone una limitación o vinculación singular para la propiedad que no puede ser objeto de distribución equitativa entre los demás propietarios de la zona o polígono, evidente resulta que tal determinación está privando a aquel propietario de una parte del contenido normal del derecho de propiedad, y tal privación, en consecuencia, resulta indemnizable, por cuanto implica la ruptura del principio constitucional de igualdad de las cargas públicas, ya que el propietario no tiene el deber de soportar dichas cargas sin la correspondiente contraprestación (SSTS de 25 de mayo y 23 de junio de 1995, 18 de febrero y 11 de marzo de 1998 y 11 de febrero de 2000).

²¹ SÁNCHEZ GOYANES, E. y CORRAL GARCÍA, E.: *Ley del Suelo. Comentario sistemático del Texto Refundido de 2008*, La Ley, Madrid, 2009.

²² TEJEDOR BIELSA, J.C.: «Propiedad, urbanismo y Estado autonómico», *Revista de Administración Pública*, n. °148, enero-abril 1999, pág. 409.

²³ BETANCORT REYES, F.J.: *Derecho Urbanístico de Canarias* (Dir. Villar Rojas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 544.

Para la procedencia de la indemnización, hay diversos requisitos que han sido sintetizados en los siguientes términos por la jurisprudencia: a) una restricción en el aprovechamiento urbanístico; b) una limitación singular; y c) imposibilidad de distribución equitativa (SSTS de 15 de noviembre de 1995, 16 de febrero de 1998 y 21 de junio de 2001, 10 de abril de 2007 y 3 de abril de 2009). La STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2004 señaló que: «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones por los planes de urbanismo no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística (si bien con respeto en todo caso al principio de la justa distribución de beneficios y cargas) pero sí conferirán derecho a indemnización las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no puede ser objeto de distribución equitativa entre los interesados.

Por lo que hace a la conservación, la jurisprudencia (SSTS de 9 de abril de 1975 y 2 de octubre de 1991) opta por un criterio restrictivo: conservación que se limita a las estrictamente necesarias. Solo a partir de esas obras estrictamente necesarias pueden iniciarse las ayudas y beneficios de la Administración. En concreto siguiendo manifestaciones del TS (SSTS de 29 de noviembre de 1996, de 12 y 20 de marzo y 22 de octubre de 1991, 22 de enero y 24 de junio de 1992, 8 de junio y 27 de julio de 1993 y 18 de abril de 1994) dentro del contenido normal del derecho de propiedad inmobiliaria (arts. 76 y 181.1) del TRLS76 (actualmente previsto en el art. 9 LS 2008), se integra un deber legal urbanístico de los propietarios de mantener los edificios en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos; cuyo deber tiene su límite temporal o cesación, cuando resulta procedente la demolición en virtud de la aparición de una situación de ruina. Por lo que la STS de 12 de septiembre de 1997 refirió que el ordenamiento urbanístico establece una definición del contenido normal del derecho de propiedad del que forman parte auténticos deberes, como son los de mantener los edificios en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos.

En este sentido, asegura la STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2009, la Administración ostenta potestad para dictar, en el ejercicio de sus funciones de policía en materia urbanística, órdenes de ejecución de obras dirigidas a los propietarios de terrenos, urbanizaciones, edificaciones y carteles (arts. 181.1 TRLS76 y 10 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978) con la finalidad de evitar que su deficiencia ocasione riesgos a personas y cosas, y peligros para la higiene, y también para el sostenimiento de lo que se ha llamado la «imagen urbana» (SSTS de 30 de diciembre de 1989 y 27 de febrero de 1990). Estas potestades solo pueden ejercerse previa instrucción de un expediente tramitado con las debidas garantías, en el que se compruebe la necesidad de las obras, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y *favor libertatis* (art. 6.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) y se requiera formalmente al interesado su realización, detallando y concretando adecuadamente cuáles son las obras a realizar, salvo los supuestos de urgencia reconocida.

2.3. Modificación o extinción de la eficacia de los títulos habilitantes de obras o servicios

En el artículo 35 letra c) de la LS 2008, se establece el tercer supuesto de indemnización, señalando como tal: «La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitan-

tes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística».

Con el profesor GARRIDO FALLA²⁴ podemos afirmar que la Administración debe responder por los daños causados por un acto administrativo ilegal anulado como tal por la propia Administración o por la Jurisdicción contencioso-administrativa, parece una obviedad que no necesita demostración. Sin embargo, y por sorprendente que parezca, la idea de establecer una relación de causa a efecto entre anulación y responsabilidad choca con un muy generalizado rechazo, tanto legislativo como incluso jurisprudencial y doctrinal. En primer lugar, porque se supone que la anulación del acto administrativo constituye, de suyo, suficiente satisfacción para el recurrente; en segundo lugar, porque ligar la indemnización a la anulación podría significar un auténtico desastre para las Haciendas Públicas; en fin, y desde el punto de vista del particular recurrente, incluso podría significar un obstáculo añadido a sus pretensiones de nulidad, pues no es de olvidar la «prudente» postura que los tribunales suelen adoptar cuando de condenar al Estado se trata.

La potestad innovadora es fruto de la naturaleza reglamentaria de los planes y de la necesidad de su adaptación a las nuevas exigencias y realidades, que encuentra su base en el *ius variandi* indiscutido e indiscutible por la Jurisprudencia del TS (STS de 4 de mayo de 1990). Quede claro, sin embargo, que la indemnización no se niega; simplemente no se establece como regla general. Si el particular demuestra que el daño causado por el acto administrativo ilegal es «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas», está claro que la indemnización deberá concederse.

Sobre el particular se pronunció el Dictamen n.º 197/2009, de 4 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias, sobre la reclamación de indemnización por daños económicos ocasionados por la denegación por parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de licencias de demolición y obra nueva.

2.4. Anulación, demora, denegación improcedente u otorgamiento defectuoso de títulos habilitantes de obras o servicios

En el artículo 35 d) de la LS 2008, se determina indemnizable: «La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado». Dispone además el artículo 232 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana que «La procedencia de indemnización por causa de anulación de una licencia en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

²⁴ GARRIDO FALLA, F.: «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», *Revista de Administración Pública*, n.º 119, mayo-agosto, 1989, págs. 35 y 36.

Según el profesor SANTAMARÍA PASTOR²⁵, en cuanto a la antijuridicidad del daño, el problema está en saber cuándo existe el deber jurídico de soportar el daño; así sucede ante una obligación impuesta directamente por la ley. Un daño antijurídico concurre, según Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, n.º 702/2009, de 3 de diciembre, cuando el afectado no tiene el deber de soportarla, por lo que dicha antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificada que legitime el perjuicio pudiendo venir impuesto por algún precepto legal; como lo es el sacrificio o perjuicio especial, entendiéndose que los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos dentro de sus facultades y con las limitaciones impuestas son por lo común no indemnizables (STS de 22 de abril de 1994 y de 1 de julio de 1995). En este punto, la tramitación del sistema de ejecución forzosa no conlleva lesiones antijurídicas si la demora en la tramitación del sistema ha sido consecuencia de suspensiones impuestas por leyes y la necesidad de añadir documentos nuevos al procedimiento, lo fue en cumplimiento de determinadas legislaciones que a lo largo del procedimiento han entrado en vigor y le fueran de aplicación directa.

En cuanto al requisito más problemático como es la individualización del daño (y por lo que hace a los servicios públicos), cuando se refiere la ley a su funcionamiento anormal, se producirá al realizar un daño actuando de forma objetivamente inadecuada; mientras que si estamos ante el funcionamiento normal, habrá que diferenciar la responsabilidad por riesgos derivados de la mera existencia de una actividad administrativa y una organización de cuyas consecuencias dañosas debe responder la administración (STS de 25 de octubre de 1996) de los supuestos de responsabilidad por enriquecimiento sin título de la Administración en los que obtiene un beneficio como consecuencia de un daño o disminución patrimonial producido a un tercero.

Así la STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 2008, en su fundamento jurídico 2, consideró que si la indemnización económica se hace derivar de la anulación de actos administrativos, por esta mera circunstancia no surge sin más la responsabilidad patrimonial de la Administración ya que, como resalta el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, la anulación en vía administrativa o judicial de los actos administrativos no presupone derecho a indemnización. Este precepto debe ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos legales (SSTS de 1 de febrero de 1996, 27 de octubre de 1998 u 11 de marzo de 1999).

Se comprende por ello que en el Dictamen 208/2004, de 2 de diciembre, del Consejo Consultivo de Canarias, se mostrara favorable a la reclamación daños ocasionados como consecuencia de la anulación de una licencia de edificación; daño causado al interesado delimitado como cierto, individualizado y evaluable económicamente que no tienen el deber de soportar y en relación con el que existe además la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios municipales de urbanismo, al conceder la licencia contraviniendo la normativa aplicable, y el menoscabo producido que deriva de la necesidad de demoler el edificio construido, sufriendo por tanto una lesión patrimonial que es consecuencia del actuar no correcto de la Administración, susceptible de ser indemnizado.

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, II, 3.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, págs. 483-486 y 490-491.

Para el resarcimiento de los daños y perjuicios en los casos de anulación de una licencia urbanística, que se caracteriza por ser su otorgamiento reglado ²⁶, hay que, en todo caso, seguir los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general esta institución de la responsabilidad administrativa. Parece indudable que cuando la Administración ha cometido un ilícito, esta actuación no puede ser referida en principio a un funcionamiento «normal» de los servicios públicos, porque el primer deber de la Administración es conocer y respetar el Derecho, y dictar un acto ilegal demuestra, palmariamente, que el servicio ha funcionado mal (STSJ de Galicia, de 18 de diciembre de 2008), encontrándonos con declaraciones judiciales que condenan a la realización por parte de un ayuntamiento de una puntual actividad de ejecución material (el derribo o demolición de parte de lo edificado) si esta ejecución material todavía no se ha llevado a efecto, no puede existir lesión en los bienes [art. 35 d) RDLeg. 2/2008 del Texto Refundido de la Ley de Suelo].

Las notas de la efectividad, individualización y actualización del daño sufrido son exigibles (art. 139.2 LRJAPC), con el fin de evitar la inclusión en el ámbito de la cobertura de simples perjuicios hipotéticos. Se trata, en definitiva, de la fijación de una pauta de prudencia en la aplicación de la amplia fórmula legal que el legislador ha querido introducir y que ha querido dejar explícita como un límite que condiciona la reparación patrimonial precedente. Este requisito de la individualización del daño no puede ser considerado hasta que se produzca el cumplimiento efectivo y material de la demolición parcial ordenada en la vivienda en cuestión, y, una vez realizada, es entonces cuando podrá existir ya un daño concreto por quedar residenciado directamente en el patrimonio de la demandante.

Apuntándose por el profesor GONZÁLEZ PÉREZ ²⁷ que la exoneración de responsabilidad por dolo, culpa o negligencia frente al peticionario de la licencia, en modo alguno, se extiende frente a terceros perjudicados, ante quienes deberá responder la Administración, la cual, indemnizado al perjudicado, podría repetir contra el peticionario de aquel título que indujo a la Administración a actuar erróneamente.

Por eso que la profesora ALONSO GARCÍA ²⁸ considere que la responsabilidad no es solo de los daños y perjuicios producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, sino también por aquellos que proviniesen del «ejercicio de las atribuciones de la entidad local». Y es precisamente en el ámbito de ejercicio de estas atribuciones –que podríamos englobar dentro de la función pública urbanística–, donde con mayor frecuencia se producen, precisamente a través de actos administrativos, los mayores grados de inmisión en el derecho de los particulares. Cuando la Administración deniega una licencia, continúa la profesora, está realizando una función pública de comprobación y autorización, de la que emanan actos administrativos. Si al dictar estos se producen lesiones, debe indemnizar en virtud de la regla de responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, entendida esta última expresión en su más amplio sentido, tanto servicio como función pública, tanto actuaciones materiales como actos jurídicos.

²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 149; JIMÉNEZ-BLANCO A.: «Régimen General de las Licencias» en *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II (Dir. Muñoz Machado, S.), Civitas, Madrid, 2003, pág. 1432 y BALLESTERO FERNÁNDEZ, A.: *Manual de Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2006, págs. 752 a 755.

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 415.

²⁸ ALONSO GARCÍA, M.C.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo», *Revista de Administración Pública*, n.º 127, enero-abril, 1992, págs. 214-227-233.

Esta referencia al urbanismo como función pública lleva al profesor REBOLLO PUIG²⁹ a considerar que es precisamente la idea fundamental de la que parte todo en Derecho urbanístico, y es que el urbanismo es una función pública, de manera que todas las grandes decisiones y actuaciones urbanísticas corresponden a los poderes públicos y, más concretamente, a las Administraciones públicas en ejercicio de las potestades conferidas por el ordenamiento para satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE); decisiones y actuaciones que por tanto no son objeto de la libertad y autonomía de los sujetos privados.

Señalar como circunstancias que interrumpen la relación causal las siguientes:

El hecho de un tercero. El Auto del TS de 28 de julio de 1986 señala que el nexo de causalidad queda interrumpido temporalmente por la intervención de un tercero, causante de una parte del perjuicio total sufrido por el recurrente. O de la STS de 10 de junio de 1986 que exoneró de responsabilidad a la Administración local al no haber sido esta la autora del acuerdo denegatorio ilegal, sino que este fue dictada por la Comisión Provincial de Urbanismo que se subrogó en el ejercicio de la competencia municipal ante la demora de esta en resolver.

El error del perjudicado. El error cometido por el solicitante de la licencia puede ser causa de exoneración de la obligación administrativa de responder por los perjuicios causados por la anulación del acto. Ahora bien, para excluir totalmente la responsabilidad administrativa en estos supuestos, no basta cualquier intervención del interesado, sino que esta ha de tener el carácter de dolo o culpa o negligencia grave.

Comparte la profesora ALONSO GARCÍA la opinión del profesor GONZÁLEZ PÉREZ, para el que cuando la Administración otorga o deniega una licencia lo hace accediendo a la petición del interesado, de acuerdo con un proyecto presentado por este. En la elaboración del proyecto puede ser que el particular incurra en errores o facilite datos inexactos a la Administración, la cual, sin embargo, no se ve liberada de la obligación de verificar y comprobar que la actividad para la que se solicita autorización es conforme a la normativa urbanística (STS de 30 de abril de 1991).

Pero el artículo 178.3 del TRLS76, reiterado en el artículo 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, contiene un importante límite a esta singular fórmula de autorización: que la actividad para la cual se solicita el permiso sea conforme a la normativa urbanística aplicable en tiempo y lugar. Por tanto, habrá que distinguir la responsabilidad de la Administración en dos supuestos diferentes: el primero de ellos, cuando la licencia solicitada sea conforme al plan, podrá exigirse de la Administración el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la denegación, siempre que resulten probados; mientras que en el segundo, cuando la licencia esté en contra de la ordenación urbanística, no podrá nacer la obligación de reparación del daño por la Administración.

En la STS de 16 de marzo de 1984 se deniega la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por un particular que obtuvo licencia de apertura de tienda de comestibles por la

²⁹ REBOLLO PUIG, M.: *Derecho Urbanístico y ordenación del territorio en Andalucía*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 57.

técnica del silencio positivo, siendo después revocada por el ayuntamiento. De esta manera en los supuestos de concesión de licencia por silencio administrativo positivo, apunta MOROTE SARRIÓN³⁰, no entrará en juego la indemnización ya que no hay perjuicio antijurídico.

Licencia en contra del planeamiento. Lo dicho hasta ahora solo es aplicable al supuesto en el cual la licencia es conforme a la ordenación urbanística. La responsabilidad administrativa no puede extenderse al caso de obtención de licencias por silencio administrativo en contra de la normativa vigente, y ello por rechazarlo expresamente el artículo 5.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, que señala como sanción consistente en la pérdida del derecho a la posible indemnización al peticionario de la licencia que, entendiéndola otorgada por silencio administrativo, ejecutase o iniciase actividades si posteriormente estas se suspendiesen o se ordenase su demolición por estar en contra de las prescripciones del planeamiento; el contenido del precepto es aplicable al caso de que la Administración resolviera expresamente la petición extemporáneamente, acordando legalmente denegar la licencia nula, ya que tal acto administrativo no sería revocatorio de un derecho preexistente (así lo ha reconocido la STS de 19 de febrero de 1980).

Recientemente se consideró en la STS de 20 de septiembre de 2010, como no invocable la doctrina emanada de la Sala Primera o de lo Civil, al desenvolverse en ámbitos distintos la esgrimida sentencia por negligencia médica y la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, considera la STS de 21 de diciembre de 1990 que una cosa es que en el artículo 232 de la Ley del Suelo, para resolver el problema de las secuelas, en ciertos supuestos, de la anulación de las licencias urbanísticas, se recurra a la normativa general de la responsabilidad civil de la Administración, como derecho, supletorio, y otra muy distinta, es que se quiera recurrir a este Derecho, convirtiendo el tema de la licencia urbanística en ese otro, que requiere un planteamiento bien distinto, empezando por seguir el cauce adecuado en la vía previa administrativa.

En el caso de una posible exigencia de responsabilidad al personal de la Administración se ha apuntado por MARTÍNEZ NOVELLA³¹ que el régimen jurídico del procedimiento aplicable, para exigir responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, es el mismo, tanto se trate de acción de repetición, por parte de la Administración que hubiese abonado los daños a terceros, como cuando se trate de resarcimiento de los daños ocasionados a la misma entidad, con una importante diferencia, eso sí: mientras en el primer caso ya se presupone un procedimiento, en el que se habrá cuantificado la indemnización a que asciende el resarcimiento (limitándose el objeto de ese procedimiento a verificar hasta qué punto es responsable el titular del órgano), en el segundo, habrá de definirse, además, si se han producido daños a la Administración, en los que concurran los requisitos generales, y la cuantificación de la indemnización.

³⁰ MOROTE SARRIÓN, J.V.: *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local* (cood. Domingo Zaballós, M.J.), 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 1.087.

³¹ MARTÍNEZ NOVELLA, S.: «La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios», *Revista Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, n.º 0, octubre, 2002.

Acción de regreso sobre la que el profesor MARTÍN REBOLLO³² consideró que la Ley de reforma de la Ley 30/1992 incorpora una novedad sustancial: cuando la Administración haya indemnizado por hechos derivados de culpa o negligencia grave de sus autoridades y demás personal «exigirá de oficio» (y ya no «podrá exigir», como decía antes) la responsabilidad en expediente administrativo, que regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal). Esto es, el ejercicio de la acción de regreso se convierte teóricamente en obligatorio. Tan bienintencionado propósito choca, sin embargo, con algunas graves dificultades y con una tradición que hace que la citada acción –cuando no era obligada– apenas haya sido utilizada. Por eso que en el Dictamen 25/2009, de 23 de marzo, del Consejo Consultivo de La Rioja, este sistema de responsabilidad objetiva, no culpabilístico, no constituye, sin embargo, una suerte de «seguro a todo riesgo» para los particulares respecto de cualquier clase de daño que pueda derivarse directa o indirectamente de una actuación administrativa. En efecto, el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

Caso de encontrarnos ante estos casos de retrasos, el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n.º 628/2009, de 23 de septiembre, consideró que en la demora en el otorgamiento de la licencia de primera ocupación no puede confundirse la antijuridicidad con la ausencia de un título legítimo de intervención, puesto que muchas de las actuaciones realizadas en el seno de la Administración susceptibles de producir un daño se realizan sobre la base de un título legítimo de intervención y no por ello puede afirmarse que el daño no haya de ser antijurídico.

En el supuesto indemnizatorio por el otorgamiento ilegal del título habilitante, dos consideraciones merecen ser subrayadas. Por una parte, que el cómputo del año al que se refiere el artículo 142 de la LRJPAC comienza con la demolición de la edificación construida, conforme a la sentencia que haya declarado la ilegalidad de la licencia que le dio cobertura (STS 4 de julio de 1990). Y por otra parte como señala CASTELAO RODRÍGUEZ³³, la regla dominante es que solo son indemnizables los daños efectivamente acreditados (daño emergente), lo que excluye a los hipotéticos y futuros (lucro cesante), lo que no le impide advertir de que, respecto al lucro cesante, en ocasiones se admitió su compensación parcial por el equivalente al interés legal del capital invertido en la construcción, hasta su demolición (SSTS de 27 de septiembre de 1985 y 20 de marzo de 1987) así que, aunque de manera excepcional, se admitió la indemnización aplicando de forma analógica los criterios del artículo 238 de la LS92, vigente en el momento del fallo, pero no en el momento de realización de los hechos enjuiciados (STS de 23 de mayo de 1995).

Advertir de que es objeto de crítica por parte de REVUELTA PÉREZ y NARBÓN LAINEZ³⁴ la doctrina del TS sobre la ejecución de sentencias que anulan licencias, partidaria de la demolición de la

³² MARTÍN REBOLLO, L.: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, septiembre-diciembre, 1999, pág. 359.

³³ SANTOS DIEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, 7.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2008, pág. 904.

³⁴ REVUELTA PÉREZ, I., y NARBÓN LAINEZ, N.: «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 720, julio-agosto, 2010, págs. 1.595-1.646.

edificación, aunque existan terceros adquirentes de buena fe. Su presencia no se considera causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos y la defensa de su derecho de propiedad se remite a otras vías alternativas, como la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

2.5. Ocupación de terrenos destinados a dotaciones públicas

Es el artículo 35 e) de la LS 2008 quien dispone como supuesto indemnizatorio «La ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el periodo de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente. El derecho a la indemnización se fijará en los términos establecidos en el artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa. Transcurridos cuatro años desde la ocupación sin que se hubiera producido la aprobación definitiva del mencionado instrumento, los interesados podrán efectuar la advertencia a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, quedando facultados para iniciar el mismo, mediante el envío a aquella de la correspondiente hoja de aprecio, una vez transcurridos seis meses desde dicha advertencia».

Según CORRAL GARCÍA ³⁵ con la ocupación directa, estamos en realidad, por similitud con la expropiación, de una ocupación urgente excepcional, por cuanto los terrenos se ocupan antes de pagar (materializar efectivamente el aprovechamiento) y sin depósito previo. Es así una excepción al previo pago (STS de 26 de marzo de 1987), resultando ser un instrumento de gestión, de uso y utilización facultativo, que permite ocupar anticipadamente; por ello no se transmite la propiedad sino la posesión de los terrenos precisos, resultando que el uso anticipado será indemnizado.

Para su comprensión debe referirse el contenido del artículo 52.1 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante RGU 3228/78) ³⁶ según el cual: «El ayuntamiento u órgano actuante podrá ocupar los terrenos destinados a sistemas generales de la ordenación urbanística comprendidos en un plan parcial o especial sin necesidad de acudir a la expropiación forzosa, una vez que se haya iniciado el procedimiento de reparcelación o compensación en el polígono en el que, por tener un exceso de aprovechamiento con relación al de todo el suelo urbanizable programado, hayan de hacer efectivos sus derechos los propietarios afectados por los sistemas generales».

³⁵ CORRAL GARCÍA, E.: *Expropiación municipal*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2000, pág. 154 y ESCUÍN PALOP, V.: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

³⁶ *Reglamento de Gestión Urbanística*, III, Reglamentos de la Ley del Suelo, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 1980, págs. 144-146 y la redacción de El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados, *La práctica del urbanismo. Efectos de la STC 61/1997, sobre el ordenamiento urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997, págs. 163-174.

Finalmente señalar que el artículo 112 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (en adelante LEF) reconoce que siempre que fuere posible evaluar de antemano la indemnización, se intentará por la Administración, antes de la ocupación, un convenio con el propietario acerca del importe de la misma. A tales efectos, se hará por el representante de la Administración, o por el autorizado para la ocupación, la oferta de la cantidad que se considere ajustada al caso, concediéndose al interesado el plazo de 10 días para que conteste lisa y llanamente si acepta o rehúsa la expresada oferta (STS de 22 de mayo de 2007; STSJ de Galicia, de 12 de febrero de 2004, y STSJ de Cantabria de 11 de abril de 2000).

Adviértase de que la referencia a «instrumento» del artículo 35 e) según el profesor BETANCORT REYES³⁷ se debe entender en sentido amplio sin referencia a la normativa de la que trae causa, ni, por tanto, a unos determinados instrumentos de redistribución, si no esta garantía indemnizatoria resultará inaplicable al ámbito autonómico.

3. SUPUESTOS PARTICULARES DEL REAL DECRETO 2/2008, DE 20 DE JUNIO

3.1. Consulta errónea

Dispone el artículo 6 b) que «La legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará: el derecho de consulta a las Administraciones competentes, por parte de quienes sean titulares del derecho de iniciativa a que se refiere la letra anterior, sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística fijará el plazo máximo de contestación de la consulta, que no podrá exceder de tres meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor, así como los efectos que se sigan de ella. En todo caso, la alteración de los criterios y las previsiones facilitados en la contestación, dentro del plazo en el que esta surta efectos, podrá dar derecho a la indemnización de los gastos en que se haya incurrido por la elaboración de proyectos necesarios que resulten inútiles, en los términos del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas».

Siendo criterio jurisprudencial del TS (SSTS de 2 de noviembre de 1987 y 25 de noviembre de 1988) que la contestación errónea a una consulta urbanística integra un funcionamiento anormal de la Administración, de suerte que el ciudadano que confiando en aquella contestación desarrolla una determinada actuación que venga a resultar frustrada, sufriendo con ello una lesión, tendrá derecho a ser indemnizado.

³⁷ BETANCORT REYES, F.J.: *Derecho Urbanístico de Canarias* (Dir. Villar Rojas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 549.

Como gastos a incluir en la indemnización para determinar el alcance de la lesión sufrida por el interesado, según la STSJ de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, de 26 de enero de 2001, habrá que limitarse a los daños y perjuicios dimanantes de la información errónea, como gastos del proyecto, del visado³⁸ y el importe de las tasas por expedición de licencia urbanística y por determinación de alineaciones y rasantes.

Utilizando el contenido del derecho a la información del régimen urbanístico aplicable a una finca, polígono o sector del artículo 165 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico, no se pueden olvidar los efectos jurídico-administrativos que las contestaciones a las consultas producen para el administrado que ajusta su actuación a los términos de la misma, consistentes en exoneración de responsabilidad y en la posibilidad de engendrar medidas indemnizatorias si como consecuencia de su adecuación a los términos de la contestación se viera luego defraudado en sus expectativas, a causa de errores en la información suministrada (SSTS de 31 de octubre, 25 de noviembre de 1988 y 3 de mayo de 1990 y Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias n.º 99/2009, de 2 de marzo).

Los efectos que para el afectado por una consulta errónea se reconocen en la actual Ley del Suelo, generándose responsabilidad (STS de 2 de noviembre de 1987), guardan relación con el supuesto de responsabilidad por informe urbanístico erróneo, que fue considerado en sendos Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias, n.º 54/2009, 29 de enero, que se remiten a constante Jurisprudencia establecida por el TS en esta materia (STS de 7 de marzo de 2000) que declaró en relación con este tipo de consultas que «Aun cuando no vinculen al órgano municipal, generan derecho a indemnización de los costes de proyecto y demás gastos que procediesen si la licencia que posteriormente se pretendiese a tenor de la información se denegase conforme ha establecido la Jurisprudencia de este Tribunal». Asimismo, en su STS de 5 de noviembre de 1984, dirá en el mismo sentido: «No quiere decirse con ello que las consultas urbanísticas carezcan de toda virtualidad, puesto que, en efecto, pueden fundamentar una responsabilidad del ayuntamiento, si después de responder a una consulta, deniega una licencia a un proyecto concordante con la misma, con base a circunstancias o datos urbanísticos que debieron tenerse en cuenta a la hora de prestar la información» (en parecidos términos se pronunció el Dictamen 172/2006, de 6 de junio, respecto a informe urbanístico para hacer obras resultando ser erróneo al haberse modificado el plan, razón por la que, tras solicitarse la oportuna licencia de obras, esta fue denegada al no ajustarse estas al plan vigente).

Y ante la dificultad del requisito del nexo causal para este caso de responsabilidad ha de admitirse, considera la STS de 25 de abril de 1988, la teoría del concurso de causas que determina que la culpa de la víctima –incluso el hecho del tercero– no tiene siempre virtualidad bastante para excluir totalmente la responsabilidad de la Administración, suponiendo que la actuación de esta haya tenido una participación causal en la producción del resultado dañoso.

³⁸ El 1 de octubre de 2010 entró en vigor el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio (BOE de 6 de agosto de 2010) que determina los únicos trabajos profesionales para los que es obligatorio el visado colegial.

3.2. Incumplimiento del deber de resolver en plazo los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística

Así en el artículo 11.5 de la LS 2008, se recoge que «Cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable».

Sobre esta aplicación del silencio en la STS de 27 de abril de 2009, se consideró que aunque la regla sea que las disposiciones de carácter general, además de la concreta regulación de los procedimientos para su elaboración y aprobación, vienen a excluir esa posibilidad de aprobación por silencio, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico puedan ser aprobados por silencio (también las SSTS de 27 de diciembre de 1995 y 25 de junio de 2008).

Afirmando la imposibilidad de que resulte aprobado por silencio un instrumento de planeamiento urbanístico *contra legem*, por lo que no será reconocida responsabilidad, aunque la Administración incurra en demora si cuando los instrumentos presentados son contrarios a la ley, no se ajustan a la legalidad y cuando esté prevista su aprobación por silencio ³⁹.

La lesión causada en el administrado por retrasos de la Administración, lleva al profesor BLANQUER CRIADO ⁴⁰ a señalar que se trata de un tema que lleva a la fijación de los estándares de eficaz funcionamiento que son exigibles a las Administraciones públicas, reconociéndose la posibilidad de su exigencia por el ciudadano (STC 26/1994, de 27 de enero), aunque sabiendo que el retraso en la tramitación de un expediente no se engloba en el artículo 24 de la CE, pero podrá, sin embargo, dar lugar a la pretensión indemnizatoria, haciendo realidad estos estándares de rendimiento del servicio, del que trata el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ⁴¹ para a la vez que asegurar la integridad patrimonial del administrado, se ejercite un saludable control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional medida bajo sanción de responsabilidad patrimonial; en palabras del TS (SSTS de 16 de diciembre de 1997 y 5 de diciembre de 2000), «basta con que se hayan rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social».

³⁹ LÓPEZ PELLICER, J.L.: *Elaboración y gestión en el planeamiento urbanístico. Intervención de los particulares*, Montecorvo, Madrid, 1983 y GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «La aprobación definitiva de los Planes Municipales de Urbanismo como acto de fiscalización», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 10, 1976, págs. 521-532.

⁴⁰ BLANQUER CRIADO, D.: *Derecho Administrativo*, Tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 1.374.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo. II*, 11.ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 396-398.

3.3. Indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización

Según el artículo 25 de la LS 2008, «2. La indemnización por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones será el resultado de aplicar el mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b) del apartado primero del artículo 16 de esta ley: a) A la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando se impida el ejercicio de esta facultad. b) A la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la facultad».

Destacar que por parte de los autores SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ ⁴² se afirma que la gestión urbanística ha sido llevada a cabo en la cultura tradicional urbanística española a través de una permanente interacción de iniciativas públicas y privadas que, desde la actualidad, permiten ya hacer un balance de los niveles de eficacia y eficiencia de las distintas fórmulas que han sido ensayadas. Añadiendo que son notas definitorias deducidas del artículo 6 de la LS 2008, que son: la reserva del derecho a la iniciativa para la actividad de ejecución a favor de la empresa en pública competencia, salvo actuación directa de la Administración y el no reconocimiento, como regla general, de la facultad de promover y ejecutar la transformación urbanística del suelo a sus propietarios, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que la legislación urbanística prevea a favor de la iniciativa de dichos propietarios de suelo. Al disponerse en el artículo 8.1 c) de la LS 2008, que el derecho de propiedad del suelo comprende entre otras las «facultades de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación. Para ejercer esta facultad, o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes ni contarse desde un momento anterior a aquel en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados».

3.4. Indemnización por gastos inútiles.

El artículo 26.1 de la LS 2008 reconoce que «Cuando devengan inútiles para quien haya incurrido en ellos por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración, los siguientes gastos y costes se tasarán por su importe incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo: a) Aquellos en que se haya incurrido para la elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que, conforme a la legislación de la ordenación territorial y urbanística, sean necesarios para legitimar una actuación de urbanización, de edificación, o de conservación o rehabilitación de la edificación. b) Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación. c) Las indemnizaciones pagadas».

⁴² VV.AA.: *La Ley del Suelo. Comentario sistemático del Texto Refundido de 2008*, La Ley, Madrid, 2009.

Dice la STSJ de Cataluña, de 11 de julio de 2005, que en caso de que el aprovechamiento urbanístico se haya reducido, no puede llevar a concluir sin más, y sin que conste ningún dato al respecto, que el proyecto elaborado y abonado por la recurrente no puede ser ejecutado, y lo mismo cabe decir del estudio geotécnico, ya que no se advierte en qué manera la modificación del plan puede alterar las condiciones del subsuelo de las fincas.

La jurisprudencia, a la luz como señala el profesor VAQUER CABALLERÍA⁴³ de los principios constitucionales de la LS 2008, ha declarado la indemnizabilidad de los gastos hechos para la preparación y aprobación de los instrumentos urbanísticos adecuados para el desarrollo y ejecución de la ordenación vigente (SSTS de 17 de junio de 1989 y de 17 de febrero de 1998), haciendo realidad la aplicación de la ética, como señala GARCÍA RUBIO⁴⁴ en la toma de decisiones en materia de urbanismo.

La Sentencia de 12 de mayo de 1987 nota cómo el mecanismo indemnizatorio del artículo 87 del TRLS76 determina que si, confiando en la subsistencia durante un cierto plazo de una determinada ordenación urbanística, se han hecho inversiones y gastos jugará el derecho de la indemnización, añadiendo que el plazo previsto opera dando seguridad al mercado inmobiliario y a las actividades de ejecución del planeamiento realizadas vigentes el plan, puesto que aunque se modifique este, no provocarán pérdidas para el inversor.

Como especifica la STS de 15 de noviembre de 1993, la ejecución del planeamiento reclama una importante participación de los ciudadanos [art. 4.2 TRLS76, art. 4.4 del Texto Refundido de 26 de junio de 1992 (derogado) actualmente reconocido el derecho de participación en los arts. 3.3, 4 e), 6 a), 8.1 c), 11.5 LS 2008] que exige importantes gastos, que solo podrá producirse cuando esté garantizada la permanencia del planeamiento durante un cierto lapso de tiempo: así derivaba claramente de la exposición de motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, que fundamentaba este régimen indemnizatorio en la seguridad del tráfico jurídico.

Esa participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la Administración, pues cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento, y la colaboración con el poder público está sujeta de modo más estricto, si cabe, a las exigencias de la buena fe.

No es difícil trasponer los principios y las consideraciones en que se apoya esta jurisprudencia a las concepciones más recientes ligadas a la responsabilidad por acto legislativo del Estado o, como en el presente caso acaece, de las comunidades integradas en él y dotadas de autonomía política con capacidad legislativa, habida cuenta de que los principios de buena fe y de confianza legítima son también aplicables, cuando la situación de confianza ha sido generada por la Administración, frente a las innovaciones legislativas que sacrifican el expresado principio en aras de los intereses generales de la comunidad.

⁴³ VAQUER CABALLERÍA, M.: *Los principios y derechos constitucionales inspiradores de la Ley de Suelo*, Ciudad y territorio: estudios territoriales, n.º 152-153, 2007, págs. 241-257.

⁴⁴ GARCÍA RUBIO, F.: *Nuevos retos sectoriales del Urbanismo*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2009, págs. 503-521.