

LA DEMOLICIÓN DE EDIFICACIONES EN VÍA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

CARLOS DAVID DELGADO SANCHO
Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

Las licencias urbanísticas, como cualquier otro acto administrativo, sólo se pueden revisar dentro de los plazos que marcan los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, esto es, cuatro años si se trata de actos anulables, previa declaración de lesividad y posterior recurso contencioso, y sin límite temporal alguno si la licencia es nula de pleno derecho. La anulación de la licencia, ya sea en vía de recurso o como consecuencia de la revisión de oficio, determina la responsabilidad patrimonial de la Administración. En el supuesto de que la obra se haya realizado sin la intervención de la Administración o sin ajustarse a las condiciones de la licencia, serán sancionados los presuntos infractores, y se adoptarán las medidas necesarias para intentar legalizar la obra. Si dicha legalización no fuera posible porque vulnera de plano el ordenamiento urbanístico, la obra ilegal debe ser derruida, no existiendo límite temporal alguno para ello; el plazo para restaurar la legalidad urbanística en el resto de supuestos está en función del plazo de prescripción de la correspondiente infracción, siempre que no se vulnere el principio de proporcionalidad o la seguridad jurídica. La ejecución de las sentencias firmes de los Tribunales del orden contencioso-administrativo que ordenan demoler una edificación se impugnan en vía incidental, alegando los recurrentes la imposibilidad material o legal de su ejecución, si bien el Tribunal Supremo ha declarado ilegales las modificaciones del planeamiento encaminadas a impedir la ejecución de las sentencias firmes. La responsabilidad del derribo de una obra ilegal debe recaer en el promotor y en los demás agentes de la edificación. Los terceros adquirentes de buena fe, de hecho, quedan desamparados, ya que el Tribunal Supremo considera que no están protegidos por el artículo 34 de la Ley hipotecaria porque el citado precepto protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente. El trabajo finaliza con el informe Auken de 26 de marzo de 2009, en el que se describe de forma descarnada la realidad del urbanismo en nuestro país y se proponen una serie de medidas para corregir los abusos de las Administraciones públicas, recomendando a los afectados que acudan al Tribunal de Estrasburgo, en defensa de sus derechos.

Palabras clave: demolición, licencia, responsabilidad, silencio, urbanismo.

THE DEMOLITION OF EDIFICATIONS IN WAY OF EXECUTION OF SENTENCE

CARLOS DAVID DELGADO SANCHO
Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

URBAN licenses, as any other administrative act, just you can revise within terms that mark articles 102 and 103 of the Law 30/1992, this is, four years if it is a question of rescindable proceedings, previous statement of damaging and later resource confrontational, and without time limit one if the license is null fully-fledged. The cancellation of the license, whether it is in way of resource or as a result of the review by trade, determines the patrimonial responsibility of the Administration. In the event that the work has been made without the intervention of the Administration or without conforming to conditions of the license, will be sanctioned alleged infringers, and the necessary actions to try will be adopted to legalise the work. If this legalisation was not possible because it damages totally the urban legislation, the illegal work should be demolished, not being time limit one for this; the term to restore the urban legality in the rest of suppositions is according to the limitation period of the corresponding offence, provided that the beginning of proportionality or the legal certainty is not damaged. The execution of the steady Sentences of the Courts of the administrative order that order to demolish an edification are contested in incidental way, claiming the recurring ones the material impossibility or legal of its execution, although the High Court has declared illegal modifications of the planning directed to impede the execution of the steady sentences. The responsibility of the demolition of an illegal work should fall on the promoter and in the other agents of the edification. The third parties buyers in good faith, in fact, are uncared-for, since the High Court considers no are protected by the article 34 of the mortgage Law because the aforementioned precept protects the crown royalty, that it remains although then is cancelled or it solves that one of the conferring or selling. The work finishes with the report Auken of 26 March 2009, in which is described in a frank way the reality of the town planning in our country and they set out to a series of measures to correct abuses of the Public administration, recommending to the affected ones that they attend in the Court of Strasbourg, in defence of its tights.

Keywords: demolition, license, responsibility, silence, town planning.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Legislación aplicable.
- III. Concepto y características de la licencia urbanística.
- IV. El silencio administrativo en materia urbanística.
- V. Las infracciones y sanciones urbanísticas.
 - A. La culpabilidad.
 - B. La responsabilidad.
- VI. La potestad administrativa de protección de la legalidad urbanística.
 - A. La acción pública
 - B. Plazo para ejercitar la acción pública
 - C. Extinción de la licencia de obras
 - D. Órgano competente para suspender los efectos de la licencia de obras.
 - E. Obras en curso realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la misma.
 - F. Obras finalizadas realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la misma.
 - G. El principio de proporcionalidad.

- VII. La potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
 - A. Ejecución de sentencias.
 - B. Procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos.
 - C. La ejecución de sentencias que anulan un plan urbanístico.
 - D. Delitos sobre la ordenación del territorio.

- VIII. La responsabilidad de la Administración.

- IX. La responsabilidad de los agentes de la edificación.

- X. La demolición de lo edificado.
 - A. El Registro de la Propiedad.
 - B. Los terceros adquirentes de buena fe.

- XI. A modo de conclusión: el informe Auken.

I. INTRODUCCIÓN

Cuatro artículos ¹ de la Constitución Española –33, 47, 51 y 117– nos van a servir de base para estudiar la problemática que plantea la demolición de edificaciones en vía de ejecución de sentencia, analizando dicho problema desde la óptica de los diferentes poderes y agentes que intervienen en este procedimiento; para ello tendremos que adentrarnos en diferentes ramas del Derecho, si bien vamos a centrarnos fundamentalmente en el Derecho urbanístico. En cualquier caso, es oportuno citar desde un principio el artículo 5.º 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La propiedad ha pasado de ser un derecho absoluto, que incluía tanto el derecho a explotar la cosa y a usarla como a dejarla baldía o destruirla, a un derecho con limitaciones para su titular, y recortado por lo que se ha venido en llamar la «función social de la propiedad», de tal forma que el propietario debe ejercitar su derecho no teniendo en consideración sólo su propia utilidad, sino también la utilidad general, lo que, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO ALFONSO ², ha supuesto que el *ius edificandi* deje de ser una decisión del *dominium* para pasar a serlo del *imperium*, del poder político. Esta limitación viene recogida en el artículo 33 de la Constitución que, tras reconocer en su primer apartado, el derecho a la propiedad privada y a la herencia, dispone en su apartado segundo que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», concluyendo dicho precepto con un tercer apartado del siguiente tenor: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

¹ Ninguno de los derechos reconocido en los artículos 33, 47 y 51 es susceptible de recurso de amparo, pero los reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a); el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (CE.53).

² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO ALFONSO. *Lecciones de Derecho urbanístico*. Civitas, segunda edición. Madrid, 1981, pág. 429.

La Constitución, en su artículo 47, también garantiza el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, añadiendo el citado precepto que «los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo³ de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en su artículo 4.º a), ha dado contenido a este derecho al afirmar que «todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

La promulgación de determinadas leyes especiales ha producido una diversificación del régimen jurídico de la propiedad según el objeto sobre el que recaen, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar en la doctrina que ya no se debe hablar de «propiedad», sino de «propiedades», lo cual es especialmente cierto si analizamos el contenido del derecho de propiedad del suelo. Al respecto, el artículo 7.º 1 del Real Decreto Legislativo 2/2008 dispone que «el régimen jurídico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos expuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». La propiedad del suelo, en la regulación actual, no incluye las expectativas, es decir, la previsión de edificabilidad, ni el derecho a urbanizar, sino los derechos a edificar o realizar las instalaciones permitidas y a participar en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados. A esos derechos corresponden paralelos deberes, en particular, en relación con los terrenos que se encuentren en suelo rural (y sean urbanizables, se entiende, conforme a la legislación urbanística) los deberes tradicionales de costear y ejecutar la urbanización y las infraestructuras correspondientes, así como las cesiones de terrenos o aprovechamientos; a ellos, hay que añadir que en el suelo urbanizado (o urbano) se impone el deber de edificar en los plazos establecidos, y, en todo suelo, el deber de conservarlo en las debidas condiciones para servir de soporte a los usos previstos. Este conjunto de facultades, deberes y cargas que integran el contenido del derecho de propiedad del suelo se regula en los artículos 8.º y 9.º del citado texto refundido, los cuales, según informa la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 2/2008, tienen el carácter de condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, si bien al haber declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en materia de urbanismo, el régimen estatutario del suelo será diferente en cada territorio, según la clasificación y calificación efectuada por cada ley autonómica⁴.

³ El artículo 45.2 de la Constitución demanda de los poderes públicos un especial desvelo en el uso racional de los recursos naturales, como lo es el suelo, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida. Y el 128.1 subordina al interés general toda la riqueza del país en sus distintas formas y con independencia de su titularidad, lo que afecta indudablemente a la propiedad inmobiliaria.

⁴ La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo, no regula ni los tipos de planes ni las clases de suelo por ser competencia de las Comunidades Autónomas; por el contrario, corresponde al Estado la normativa sobre valoración del suelo, y en este sentido, el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 2/2008 establece: «Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado».

La defensa de los consumidores viene regulada en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, cuyo primer apartado dispone: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Como afirma Luis María CAZORLA PRIETO⁵, el apartado 1 del artículo 51 no garantiza la libertad de consumo, que ha de entenderse comprendida dentro de los componentes de la economía de mercado, sino que, por el contrario, a partir de la misma, aborda la defensa de los consumidores y usuarios, concepto amplio, que incluye a cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, y en general todas las personas que intervengan en cualquier fase del proceso económico en el consumo de bienes o en el uso de servicios, de toda gama posible; por otra parte, no cabe duda de que cuando se emplea en la disposición comentada el término «legítimos intereses económicos» no se hace en sentido jurídico estricto, diferenciándolos de los derechos subjetivos, sino en acepción amplia dentro de la cual caben también estos últimos.

Por último, el artículo 117.3 de la Constitución dispone que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y de procedimiento que las mismas establezcan». El análisis de este precepto lo realizaremos en epígrafe independiente con base en lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículos 103 a 113, y demás normas concordantes.

De las diversas acepciones que contempla nuestro Derecho del término «demolición» nos vamos a referir fundamentalmente a las provenientes de la protección de la legalidad urbanística, esto es, las que traen causa de obras realizadas al margen del planeamiento o de licencias anuladas por Sentencia firme y que, por tanto, conllevan necesariamente la demolición de lo construido, por cuanto la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas (STS de 30 de junio de 2006). Quedan, pues, fuera de nuestro ámbito, las demoliciones acometidas voluntariamente por el propietario de la finca, las requeridas por la ejecución del planeamiento, las relativas a la revocación de las licencias provisionales, las de edificaciones ruinosas, ya constituyan ruina económica, técnica o urbanística, etc. Tampoco nos referiremos a las cuestiones civiles relativas a las limitaciones del dominio derivadas de las relaciones de vecindad o contigüidad entre predios, no obstante estar reguladas en el artículo 49 del Real Decreto Legislativo 2/2008 que habilita a los propietarios y titulares de derechos reales a exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidades de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas.

Esta restauración del orden urbanístico alterado, poco o nada tiene que ver con el régimen de infracciones y sanciones en materia de urbanismo⁶; en este sentido se expresa claramente el artículo

⁵ AA.VV. *Comentarios a la Constitución*. Civitas, segunda edición. Madrid, 1985, pág. 850.

⁶ El artículo 177 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes de ordenación del territorio y espacios naturales protegidos de Canarias, lleva por título el «restablecimiento del orden jurídico perturbado y su independencia de la sanción de las infracciones urbanísticas».

lo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, cuando dispone: «Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial». Por su parte, el artículo 225 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 2 de abril, establece: «La vulneración de las prescripciones contenidas en esta ley o en los planes, programas, normas y ordenanzas tendrán la consideración de infracciones urbanísticas y llevarán consigo la imposición de sanciones a los responsables, así como la obligación de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de los mismos, todo ello con independencia de las medidas previstas en los artículos 184 a 187 de la presente ley y de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 51 del Reglamento de disciplina urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, al disponer que toda actuación que contradiga las normas o el planeamiento urbanístico en vigor podrá dar lugar a la adopción de las siguientes medidas: las precisas para que se proceda a la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal; la iniciación de los procedimientos de suspensión y anulación de actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal; la imposición de sanciones a los responsables y la obligación de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables. Y el artículo 52 del citado reglamento aclara: «En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas». Como no podría ser de otra forma, todas las leyes autonómicas, sin excepción, regulan la restitución *in natura* del orden implantado por el planeamiento, si bien utilizando diversa terminología; así, por ejemplo, La Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja, utiliza la expresión «protección de la legalidad urbanística», el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias, se refiere a la «protección y defensa de la legalidad urbanística y restauración de la realidad física alterada», etc. Ahora bien, siguiendo a Manuel REBOLLO PUIG ⁷, cuando nos refiramos al restablecimiento de la legalidad urbanística, distinguiremos entre: actuaciones legalizables, cuando los actos de edificación o uso del suelo no tengan más ilegalidad que la formal de no contar con licencia porque materialmente no es contraria al planeamiento; y actuaciones ilegalizables, cuando la actuación sea materialmente ilegal por resultar contraria al planeamiento, supuesto en el que habrá que restablecer la realidad física alterada e impedir los usos prohibidos.

En definitiva, cuando analicemos una sentencia que ordene la demolición de lo construido habrá que interrelacionar tres aspectos: las posibles infracciones en que haya podido incurrir quien vulnera las normas urbanísticas; la restauración del orden urbanístico infringido –en nuestro caso, el

⁷ AA.VV. *Lecciones y materiales para el Derecho administrativo. Tomo VI. Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*. Iustel. Madrid, 2009, pág. 135.

derribo, ya sea total o parcial, de lo indebidamente edificado— y la indemnización por daños y perjuicios; si bien nos centraremos fundamentalmente en estos dos últimos aspectos.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

El Derecho urbanístico español es especialmente complejo, fundamentalmente, por dos tipos de razones: por un lado, porque es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, las cuales al promulgar sus respectivas leyes han establecido importantes diferencias entre las diferentes regiones; por otro, porque el urbanismo está relacionado con multitud de sectores cuya competencia, en la inmensa mayoría de los casos, es asumida tanto por el Estado como por las propias Comunidades Autónomas. Claro ejemplo de lo dicho lo podemos ver en materias como medio ambiente, territorio, expropiación, carreteras, costas, aguas, puertos, montes, vías pecuarias, etc., lo que conlleva una regulación compleja y plural. A ello hay que añadir las tradicionales competencias de ejecución que en esta materia disponen las entidades locales, ya que los Ayuntamientos han sido y son los protagonistas fundamentales de la gestión urbana, desde la inicial planificación hasta la ejecución del planeamiento, desde la autorización y vigilancia de las construcciones hasta la sanción de los incumplimientos. Por todo ello, podemos concluir que las tres principales Administraciones territoriales —Estado, Comunidades Autónomas y municipios— intervienen, de una u otra forma, en el Derecho urbanístico.

El artículo 148.1.3.^a de la Constitución establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, lo que se ha materializado en todos los Estatutos de Autonomía, pues todas las Comunidades han asumido estas competencias, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que el urbanismo es competencia exclusiva de las citadas Comunidades Autónomas. La Sentencia 61/1997 se dictó como consecuencia de la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por la mayoría de las Comunidades Autónomas contra la Ley 8/1990, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones, y contra el texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, declarando inconstitucional gran parte de su contenido —sólo se salvaron alrededor de 73 artículos y muchos de ellos no completos— lo que ha supuesto, inevitablemente, un cambio sustancial en el sistema de fuentes en esta materia, con la consiguiente inseguridad jurídica.

Para analizar la Sentencia 61/1997 es necesario, con carácter previo, clasificar según su naturaleza los preceptos del Real Decreto Legislativo 1/1992, pudiendo distinguir entre:

- Preceptos de aplicación plena: relativos a materias que el legislador estatal de 1992 consideraba como de competencia legislativa exclusiva del Estado, de manera que su regulación con rango de ley se agotaba en el propio texto refundido, no pudiendo legislar sobre la correspondiente materia las Comunidades Autónomas.
- Preceptos de carácter básico: relativos a materias que el legislador estatal de 1992 consideraba de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de manera

que éstas podrían desarrollar las bases establecidas por el Real Decreto Legislativo 1/1992, pero no podían contravenirlas.

- Preceptos de carácter supletorio: relativos a las materias que el legislador estatal de 1992 consideraba como de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, de manera que la regulación contenida en el texto refundido de 1992 cedía ante la regulación que estableciera cada Comunidad, produciéndose en el momento de la vigencia de ésta, no la derogación de la norma estatal en la correspondiente Comunidad Autónoma, sino el desplazamiento de ésta por la norma autonómica.

El motivo de la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto Legislativo 1/1992 es doble. De una parte, se anulan algunos artículos de los que hemos calificado como de aplicación plena o básica, dictados con base en lo dispuesto en el artículo 149.1, apartados 1.^a, 8.^a, 13.^a, 18.^a y 23.^a de la Constitución. El Tribunal Constitucional considera que en el presente caso la legislación estatal se ha extralimitado, invadiendo el título competencial autonómico otorgado por el artículo 148.1.3.^a de la propia Constitución. Esto, desde luego, no supone ninguna novedad, más allá del vacío normativo que supuso el gran número de artículos anulados. De otra, y esto es lo realmente importante de la Sentencia 61/1997, el Tribunal niega la posibilidad de que el Estado cree derecho propio –ni siquiera con carácter supletorio– si no tiene un título competencial específico, de manera que ni en las materias en las que las Comunidades Autónomas tienen competencias exclusivas, ni en aquellas otras en las que lo que existen son competencias compartidas entre aquéllas y el Estado puede éste producir normas a título meramente supletorio, porque la cláusula del artículo 149.3, en palabras del propio Tribunal, no es un título competencial. Por esa razón se declara la inconstitucionalidad de todos los preceptos del texto refundido calificados por él como de aplicación supletoria, que por cierto eran la mayoría.

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional declara igualmente la inconstitucionalidad de la disposición derogatoria ⁸ del propio texto refundido de 1992 en todo aquello que se refiera a la normativa dictada con anterioridad a la constitución de las Comunidades Autónomas con competencias en materia urbanística, es decir, si el Estado carece de competencia para regular e innovar –aunque sea supletoriamente– lo que constitucional y estatutariamente compete a las Comunidades Autónomas, carece asimismo de título competencial para derogar su propio Derecho anterior que se refiera o afecte a lo que es competencia autonómica. El Estado no tiene, pues, disponibilidad ni para alterar, ni para derogar su propia normativa urbanística anterior a la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas.

El Real Decreto Legislativo 1/1992 aún tendría que sufrir otro embate un par de meses después de publicarse la Sentencia 61/1997 y es que el Tribunal Supremo –recurso núm. 7319/1992, interpuesto por la asociación nacional de promotores y constructores de edificios– dictó la Sentencia de 25 de junio de 1997 en la que se anulan (no simplemente se inaplican) seis preceptos del citado texto refundido, todos ellos calificados como de aplicación plena o básica. Se trataba de artículos

⁸ Véase el fundamento jurídico 12 c) de la Sentencia 61/1997: «La supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes».

que habían quedado vigentes después incluso de que se hubiera dictado la citada Sentencia 61/1997, esto es, preceptos que habían superado el filtro de su constitucionalidad material o competencial. La razón de la anulación –y la misma posibilidad de que el Tribunal Supremo entrara a conocer y anulara unos preceptos que, en principio, tenían rango de ley– está en relación con un tema no abordado directamente por el Tribunal Constitucional, cual es el posible exceso del Gobierno en la delegación que le hizo la Ley 8/1990, exceso en el uso de la citada delegación (*ultra vires*) que el Tribunal Supremo, en el supuesto de autos, constata y declara.

Por último, el fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001⁹, de 11 de julio, declaró inconstitucionales y, por tanto, nulos los artículos 16.1 y 38 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, disponiendo que los demás preceptos impugnados eran conformes con la Constitución, si bien en la interpretación que el propio Tribunal da a los mismos; estamos, pues, ante una sentencia interpretativa en la que prima el principio jurisprudencial de conservación de la norma, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una solución extrema, sólo admisible cuando no es posible encontrar para ella una interpretación acorde con la norma fundamental.

La consecuencia inmediata de este planteamiento incide directamente en el sistema de fuentes¹⁰ que pasa a ser un tanto caótico, si bien podemos efectuar las siguientes afirmaciones, en el entendimiento de que la legislación predominante es la de la respectiva Comunidad Autónoma:

- Subsiste el Derecho estatal basado en títulos competenciales propios no discutidos, esto es, los establecidos en la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 2/2008, cuyo primer apartado se refiere a las competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1.^a, 13.^a, 18.^a y 23.^a de la Constitución, esto es, condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales, bases del régimen de las Administraciones públicas, planificación general de la actividad económica y protección del medio ambiente; asimismo, determinados preceptos se dictan en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.4.^a, 8.^a y 18.^a, esto es, defensa, legislación civil, expropiación forzosa y responsabilidad de las Administraciones públicas.
- Renacen el Real Decreto 1346/1976¹¹, el Real Decreto-Ley 3/1980, de 14 de marzo, sobre creación de suelo y agilización de la gestión urbanística y el Real Decreto-Ley 16/1981,

⁹ Con la Sentencia 164/2001 la historia ha vuelto a repetirse, aunque simplemente han cambiado los papeles de recurrente y recurrido. En los recursos resueltos por la Sentencia 61/1997 asumieron el papel de recurrentes los Gobiernos populares de las Comunidades Autónomas porque las leyes recurridas fueron promovidas por un gobierno socialista, nos referimos lógicamente a la Ley 8/1990 y al Real Decreto Legislativo 1/1992. La Ley 6/1998 fue elaborada por un gobierno popular y los recurrentes fueron 50 diputados de izquierdas y el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como el Parlamento de Navarra.

¹⁰ Las fuentes del Derecho urbanístico admiten una doble acepción, según nos refiramos a la legislación aplicable en un determinado territorio en un momento dado, o al carácter normativo del planeamiento, de forma que los planes de desarrollo no pueden contravenir los planes generales.

¹¹ El Real Decreto Legislativo 1/1992 ha sido definitivamente derogado por el Real Decreto Legislativo 2/2008; la Ley 6/1998 fue derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo, derogada a su vez por el Real Decreto Legislativo 2/2008.

de 16 de octubre, de adaptación de planes generales de ordenación urbana, ya que la anulación de la disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 1/1992 se realiza «en la medida en que dichas disposiciones no se extiendan a materias sobre las que el Estado no ostente competencias, y sin perjuicio del efecto derogatorio tácito que puedan desplegar las disposiciones del texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana dictadas por el Estado en el marco de sus competencias» (STC 61/1997, FJ 12 d). ENÉRIZ OLAECHEA¹² afirma que como consecuencia de la Sentencia 61/1997, el texto refundido de 1976 se vio inesperadamente «resucitado» y recobró gran parte de su vigencia perdida, ahora como un petrificado e inmodificable Derecho supletorio del Estado, ya que no fue, en parte (donde no había título competencial estatal), válidamente derogado y, por tanto, subsiste y está vigente, bien que con carácter únicamente supletorio. Lógicamente, forman parte del Derecho supletorio los reglamentos ejecutivos del texto refundido de 1976 relativos al planeamiento, gestión y disciplina urbanística, todos ellos publicados en el año 1978.

En definitiva, la legislación estatal está en la cabeza y en la cola del sistema de fuentes del Derecho urbanístico, pues, si bien la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, no es una ley urbanística¹³, sino una ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado, sus preceptos deberán ser respetados por las respectivas leyes autonómicas, lo que presupone situar al Real Decreto Legislativo 2/2008 en la cabecera del sistema, teniendo carácter supletorio (art. 149.3 de la CE) el texto refundido de la ley del suelo aprobado en 1976, sus reglamentos de desarrollo y demás normas supletorias.

III. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA LICENCIA URBANÍSTICA

Todas las leyes autonómicas regulan la intervención de la Administración en la edificación y uso del suelo, y especialmente, la licencia urbanística de obras¹⁴ que es el «título administrativo municipal que autoriza la ejecución de las obras¹⁵». Una definición más descriptiva la encontramos en el artículo 228 del Decreto Legislativo de Asturias 1/2004, del siguiente tenor: «La licencia urbanística es el acto administrativo mediante el cual adquieren efectividad las posibilidades de parcelación, edificación, ocupación, aprovechamiento o usos relativos a un suelo determinado, previa concesión de lo establecido al respecto en las leyes, planeamiento y demás normativa urbanística». A la solicitud de licencia se deben acompañar determinados documentos¹⁶ como, por ejemplo, el proyec-

¹² Francisco Javier ENÉRIZ OLAECHEA. «Los principios informadores de Derecho urbanístico». UNED. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2005.

¹³ Exposición de motivos de la Ley 8/2007.

¹⁴ Determinadas legislaciones sujetan al régimen de comunicación previa los actos de aprovechamiento y uso del suelo no sujetos a la obtención de licencia urbanística; por ejemplo, artículo 172 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura.

¹⁵ Artículo 3.º 5 de la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de La Rioja.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, los artículos 153.1.º y 154.1.º de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de Madrid.

to técnico de obras, la declaración del técnico o los técnicos autores sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable, copia de otras autorizaciones administrativas, especialmente concesiones administrativas, declaración de impacto ambiental, etc.

Es frecuente que las leyes autonómicas¹⁷ enumeren los actos sujetos a licencia¹⁸, como ya lo hiciera el artículo 1.º del Real Decreto 2187/1978 que establece que están sujetos a licencia, entre otras, las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de toda clase de nueva planta y la primera utilización u ocupación de los edificios e instalaciones en general; en definitiva, desde el punto de vista de la legalidad urbanística, un edificio se ajustará al planeamiento cuando su construcción se adecue a la licencia de obras y se obtenga, una vez finalizadas las mismas, la de primera ocupación. A estas dos categorías, cuando de usos comerciales o industriales se trataba, tradicionalmente se añadía la licencia de actividad¹⁹. Todas ellas vienen definidas en el artículo 214 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, de suelo de Murcia:

- La licencia urbanística, que se exigirá para todo acto de construcción, reforma o demolición de edificios o instalaciones que se realicen en el suelo o en el subsuelo, conforme a lo previsto en la ley y en los planes urbanísticos.
- La licencia de actividad²⁰, que se exigirá para cualquier actividad mercantil o industrial que se pretenda desarrollar, tanto en el interior de edificaciones como en espacios libres. También se exigirá para cualquier modificación que se pretenda realizar de los usos existentes, así como para los usos de carácter provisional. La licencia de actividad o de apertura ha de otorgarse antes o simultáneamente a la licencia de obras para evitar un gasto innecesario de la construcción en la que no va a resultar posible la actividad que se pretende, ya que como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990, las obras no son un fin en sí mismas, sino el medio para el desarrollo de una actividad, de tal forma que de no ser viable la actividad no sería razonable e iría en contra del principio de buena fe autorizar aquéllas, lo que presupone que la Administración incurra en responsabilidad.
- La licencia de primera ocupación, que se exigirá para el uso de edificaciones una vez terminada su construcción, rehabilitación o reforma. Habrá de acreditarse para su otorgamiento que la obra realizada se ajusta a la licencia urbanística concedida, así como que reúne las condiciones técnicas de seguridad, salubridad y accesibilidad y que puede habilitarse para

¹⁷ El artículo 5.º de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de edificación dispone que «la construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable».

¹⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 189 de la Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra.

¹⁹ El artículo 7.º del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía especifica los siguientes tipos de licencias urbanísticas: de parcelación, de urbanización, de edificación, obras e instalaciones, de ocupación y de utilización, de otras actuaciones urbanísticas estables, de usos y obras provisionales y de demolición.

²⁰ El artículo 218.2 del Decreto Legislativo de Murcia 1/2005 dispone: «La resolución de la licencia de actividad tendrá prioridad sobre la correspondiente a la licencia urbanística. Si procediera denegar la primera, se notificará así al interesado y se entenderá asimismo denegada la segunda».

el uso al que se destina y, en su caso, que el constructor ha cumplido el compromiso de realización simultánea de la urbanización.

Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO ²¹, la licencia urbanística presupone un control de legalidad meramente declarativo de la licitud del acto proyectado y, por tanto, reiterable, así como un control específico de la legalidad urbanística, ya que se aplica exclusivamente a «las previsiones y determinaciones de la Ley del Suelo, de los planes de ordenación urbana y programas de actuación urbanística y, en su caso, de las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento o de las normas y ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación» (RD 1346/1976. Art. 178.2). En el mismo sentido se pronuncia TORRES LÓPEZ ²², concluyendo que el control de la legalidad urbanística es un control preventivo, un control previo sobre la actividad del interesado para asegurar que ésta se ajusta a la ordenación urbanística; y un control de legalidad, en tanto que las licencias se otorgan conforme a las previsiones de la legislación del suelo y del planeamiento urbanístico. La licencia urbanística es, pues, una autorización ya que la Administración remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio no pone en peligro interés alguno protegido por la legalidad urbanística; la Administración únicamente comprueba la actividad que un particular pretende ejercer sobre el suelo, verificando si dicha actuación es compatible o no con la legalidad urbanística, fundamentalmente, con el planeamiento, ya que es éste quien por remisión legal modula el régimen de propiedad del suelo. Esta autorización viene caracterizada por las siguientes notas:

- Es preventiva, porque es previa a la actuación que pretende llevarse a cabo, al ser un acto de comprobación de la licitud de la actividad urbanística proyectada. En este sentido, el artículo 570.4 del Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias, declara: «La intervención municipal se circunscribe estrictamente a la comprobación de la integridad formal y la suficiencia legal de la solicitud presentada, incluida la documentación que la acompañe y con arreglo a la cual deba ser desarrollado el acto sujeto a licencia, así como de la habilitación o competencia profesional del autor o los autores del proyecto técnico que resulte, en su caso, exigible, y de la conformidad o no de lo proyectado o pretendido a la normativa de pertinente aplicación. La intervención municipal no alcanza a la garantía de seguridad y calidad de la obra que se ajustará a las previsiones de la legislación de ordenación de la edificación».
- Es objetiva, porque la Administración en el otorgamiento de las licencias urbanísticas nunca observará circunstancias subjetivas de los particulares, pues se otorga «dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero». La Administración ha de tener en cuenta al conceder una licencia las circunstancias del objeto, terreno o solar, y la actividad que se pretende desarrollar en él, sin entrar a valorar, por ejemplo, la titularidad del terreno sobre el que se pretende construir, ya que las cuestiones de propiedad corresponde solventarlas a los Tribunales civiles. Al respecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de

²¹ Ob. citada, págs. 650 a 655.

²² M.^a Asunción TORRES LÓPEZ. *Extensión y límites de la jurisdicción contenciosa en el urbanismo*. Comares. Granada, 2001, pág. 137.

1997, cuyo fundamento de derecho sexto dispone que «es cierto que esta Sala ha declarado en algunas ocasiones que las licencias urbanísticas deben ser denegadas cuando las edificaciones u obras pretendan realizarse en terrenos pretendidamente privados pero en realidad demaniales; sin embargo, ello sólo puede ser así cuando aparezca patente y notoriamente, o al menos con indicios serios y fundados, que en efecto los terrenos son de dominio público, pues de lo contrario podría utilizarse desviadamente la facultad pública de otorgamiento de licencias para resolver cuestiones de propiedad, lo que está reservado a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción civil»; y en la de 4 de julio de 1996, concluye que el Ayuntamiento «no ha denegado la licencia urbanística que le fue solicitada por razones urbanísticas (únicas que pueden ser tenidas en cuenta para su denegación u otorgamiento) sino razones de Derecho privado que son extrañas a la institución y a la finalidad de las licencias urbanísticas».

- Es reglada, y ello porque la Administración carece de discrecionalidad en su otorgamiento o denegación, ciñéndose simplemente a comprobar si la actividad proyectada se ajusta a la legalidad y al planeamiento. Lógicamente, la denegación de una licencia debe estar motivada, como claramente expone el artículo 157.2.2.^a de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de Madrid, del siguiente tenor: «La resolución expresa denegatoria (...) deberá ser motivada, con explícita referencia a la norma o normas de la ordenación urbanística con las que esté en contradicción el acto o el uso pretendidos». Como recalca la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1980, el carácter reglado del otorgamiento o denegación de la licencia ha sido declarado abrumadoramente por la jurisprudencia.
- Es real, porque se transmite junto con el terreno al que va a afectar, por lo que la transmisión de éste conlleva la de la licencia, sin más requisito que la comunicación por escrito a la Corporación local que la concedió. La ausencia de dicha comunicación no significa que la transmisión carezca de efectos jurídicos, sino que, como afirma el artículo 13.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, «el antiguo y nuevo constructor o empresario (...) quedarán sujetos a todas las responsabilidades que se derivaren para el titular». La jurisprudencia también es clara al respecto, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de septiembre de 1986 que la transmisión de la licencia «no repercute sobre la validez y existencia de la licencia y sí en cambio, únicamente en el régimen de responsabilidades derivado de la titularidad de la licencia quedando también el transmitente sujeto junto con el adquirente a dichas responsabilidades».
- Es temporal, estableciendo, por ejemplo, el artículo 194 de la Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra los siguientes plazos, salvo que el planeamiento prevea otros distintos: un año para comenzar las obras y tres para finalizarlas; y el 188.5 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, del suelo de Cantabria, que «las licencias caducarán por incumplimiento de los plazos o condiciones fijados, mediante su declaración formal en expediente tramitado con audiencia del interesado».
- No es excluyente y ello porque, en ocasiones, para ejecutar la actividad urbanística proyectada pueden exigirse, además de la licencia municipal, otro tipo de autorizaciones administrativas.

Por todo ello, podemos concluir que la licencia es un acto declarativo de derechos subjetivos cuya revocación sólo está permitida en derecho urbanístico, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de marzo de 1987, a través de los medios que señalan los artículos 186 y 187 del Real Decreto 1346/1976 y 34 a 39 del Real Decreto 2187/1978, lo que conlleva la imposibilidad de iniciar expediente sancionador alguno en tanto en cuanto el promotor ejecute la obra en los términos fijados en la licencia. Al respecto, las legislaciones del suelo de las respectivas Comunidades Autónomas, con base en lo dispuesto en el artículo 91 del Real Decreto 2187/1978, disponen que cuando los actos y actividades constitutivas de infracción se realicen al amparo de autorizaciones o licencias preceptivas conforme a la legislación urbanística y de acuerdo con sus determinaciones, no podrá imponerse sanción administrativa mientras no se proceda a la anulación del acto o actos administrativos que les otorguen cobertura formal ²³.

Un resumen de todo lo expuesto lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997, que haciendo suyos los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia, afirma: «La naturaleza jurídica de la licencia municipal ha sido precisada por la jurisprudencia, como acto de control preventivo, no constitutiva, sino meramente declarativa, de un derecho preexistente del administrado ya atribuido por el ordenamiento urbanístico y por el derecho civil, que no transfiere facultades, sino que remociona límites, por lo que en su otorgamiento o denegación se ha de actuar dentro de la más estricta legalidad, pues la Administración no es libre para decidir si otorga o no la licencia, puesto que el contenido del acto ha de ser por entero reglado, lo que impide establecer restricciones discrecionales, en cuanto que el contenido de aquél no depende del libre arbitrio o de la discrecionalidad de la Administración, pues ésta ha de actuar vinculada a los dictados de las normas y de los planes operantes en cada caso».

El Estado y las demás Administraciones públicas pueden actuar como un particular o pueden hacerlo persiguiendo intereses públicos; en ambos supuestos es preciso la obtención de previa licencia, si bien habrá que acudir a la respectiva legislación sectorial para analizar como se compaginan los diferentes intereses públicos en juego; así, por ejemplo, la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, en su artículo 12, dispone que las obras de construcción, reparación o conservación de carreteras estatales no están sometidas a la obtención de licencia urbanística; en el mismo sentido, el artículo 7.º 3 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, etc.; incluso las leyes autonómicas aclaran que cuando los actos sujetos a licencia sean promovidos por los Ayuntamientos en su propio término municipal, el acuerdo municipal que los autorice o apruebe estará sujeto a los mismos requisitos y producirá los mismos efectos que la licencia urbanística ²⁴. También los particulares necesitan obtener licencia cuando pretenden construir en terrenos de dominio público, tal y como establece, entre otras legislaciones autonómicas, el artículo 3.º 2 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de las Illes Balears, del siguiente tenor: «Cuando, por tratarse de actos de edificación y uso del suelo y otros previstos en la presente ley realizados por particulares en terrenos de dominio público sea necesario otorgar concesión o autorización por parte del ente titular de este dominio, el particular no podrá obtener licencia ni el órgano competente concederla hasta que no se otorgue dicha concesión o autorización».

²³ Véase, por ejemplo, el artículo 250.4 del Decreto Legislativo de Asturias 1/2004.

²⁴ Véase, por ejemplo, el artículo 197.4 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística de la Comunidad Valenciana.

Por último, hay que destacar que las licencias son una fuente importantísima de financiación de las respectivas Corporaciones locales ya que su solicitud provoca el hecho imponible del impuesto sobre instalaciones, construcciones y obras, así como la tasa por servicios urbanísticos y licencias de obras, y ello sin olvidar otros tributos concomitantes al proceso urbanístico como pueden ser el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, el impuesto que grava el valor añadido, el impuesto sobre bienes inmuebles, etc.

IV. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA URBANÍSTICA

El apartado segundo del artículo 43 de la Ley 30/1992 dispone que «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario», si bien se exceptúan, entre otros, los procedimientos «cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público», supuestos en los cuales las solicitudes deben entenderse desestimadas por silencio administrativo; por su parte, el apartado cuarto, letra a), del citado precepto establece que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

Todas las leyes autonómicas, siguiendo los antecedentes sentados por la legislación estatal²⁵ previa a la asunción de la respectiva competencia en materia de urbanismo por la correspondiente Comunidad, regulan el silencio administrativo positivo en materia de licencias urbanísticas. Así, por ejemplo, la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León, en su artículo 99.3 dispone²⁶: «Transcurridos los plazos señalados en el número anterior sin que se haya resuelto la solicitud, podrá entenderse otorgada la licencia conforme a la legislación sobre procedimiento administrativo, excepto cuando el acto solicitado afecte a elementos catalogados o protegidos o al dominio público. No obstante, en ningún caso podrán entenderse otorgadas por silencio administrativo licencias contrarias o disconformes con la legislación o con el planeamiento urbanístico». Lógicamente, también el artículo 8.º 1 b) del Real Decreto Legislativo 2/2008, dispone que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística».

El problema surge a la hora de eliminar, desde el punto de vista jurídico, la licencia adquirida por silencio administrativo positivo *contra legem*, ya que para las obtenidas de forma expresa es obli-

²⁵ Dicha regulación ha estado presente en nuestro Derecho urbanístico desde la reforma operada por la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley del suelo y ordenación urbana, haciendo primar el principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica.

²⁶ En similares términos se pronuncia el artículo 299 del Reglamento de urbanismo de la citada Comunidad aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero.

gatorio acudir a los procedimientos de revisión de oficio ²⁷, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992.

Si la Administración no resuelve de forma expresa –o resuelve de forma tardía denegándola– y la licencia se adquiere por silencio estimatorio, tanto la doctrina como la jurisprudencia ²⁸ mantenían posturas diferentes ²⁹: de un lado, se consideraba que el silencio administrativo positivo, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, operaba automáticamente una vez transcurrido el plazo legal para resolver, de tal forma que el acto presunto tenía la misma virtualidad que el acto expreso y, por tanto, era necesario acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar, en su caso, como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo; de otro, se estimaba que al no poder entenderse, en ningún caso, adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, estábamos en presencia del silencio administrativo negativo y, por tanto, no había nada que revocar, pues nada se había obtenido, si el ordenamiento territorial o urbanístico fue vulnerado.

Esta cuestión ha sido zanjada por el Tribunal Supremo que en Sentencia de 28 de enero de 2009 (recurso de casación en interés de ley núm. 45/2007, BOE de 30 de marzo de 2009) sienta la siguiente doctrina legal: «no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística», es decir, rige en este supuesto el silencio administrativo negativo siendo, por tanto, innecesario acudir a los procedimientos de revisión de oficio. Los hechos enjuiciados los podemos resumir en los siguientes puntos: el Ayuntamiento de Málaga denegó la licencia de primera ocupación de vivienda una vez transcurrido el plazo legal para dictar resolución expresa; el instante interpuso recurso contencioso alegando que la licencia había sido obtenida por silencio administrativo positivo; el Juzgado de lo contencioso-administrativo desestimó el recurso razonando que no existía concesión de la licencia por silencio positivo, pues en aplicación del artículo 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992 no cabe entender adquiridas por silencio facultades contrarias a la legislación o planeamiento urbanístico; impugnada la sentencia, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso de apelación al considerar que la reforma operada por la Ley 4/1999 presupone que el mero transcurso del plazo legal para resolver provoca, en todo caso, que se entienda otorgada la licencia por silencio administrativo; el Tribunal Supremo entiende que tanto el artículo 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, como el 8.º 1 b) del Real Decreto Legislativo 2/2008, así como el 43.2 de la Ley 30/1992

²⁷ Quizá la regulación más detallada la encontremos en el artículo 604 –suspensión y revisión de licencias ilegales– del Decreto 278/2007.

²⁸ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2004 afirma expresamente que revisa su anterior doctrina jurisprudencial, al entender que hay que matizar la afirmación de que el silencio no puede llegar a aplicarse *contra legem*, invocando en este sentido seis argumentos a favor de la consideración de que tras la Ley 4/1999 la Administración no puede oponerse en el ámbito del silencio positivo a que el particular pueda hacer valer ante la Administración dicho silencio positivo.

²⁹ Siempre fue pacífico que el silencio administrativo era negativo cuando se pretendían adquirir facultades relativas al dominio o al servicio público. Véase el epígrafe J del anexo al Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, que adecua las normas reguladoras de los procedimientos administrativos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, a la Ley 30/1992.

son normas con rango de leyes básicas estatales que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos no pueden desconocer, declarando errónea y gravemente dañosa para el interés general, la resolución de la Sala del Tribunal Superior de Justicia porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística. El fundamento de derecho séptimo de la referida Sentencia de 28 de enero de 2009 es del siguiente tenor: «Mantenemos, por tanto, la misma línea jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002, 15 de octubre de 2002, 17 de noviembre de 2003, ...».

Ahora bien, la obtención por silencio administrativo de licencia de obras, de actividad o de primera ocupación presenta un problema a la hora de contratar los suministros de obra, ya que prácticamente todas las legislaciones autonómicas exigen a las respectivas compañías que soliciten de sus clientes la copia de la licencia pertinente. Así, por ejemplo, el artículo 184 –licencias urbanísticas y suministros de obra– de la Ley de Cantabria 2/2001, en su primer apartado, dispone: «Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas, telefonía y otros servicios propios de los inmuebles exigirán para la contratación provisional de los respectivos servicios la acreditación de la licencia urbanística, fijando como plazo máximo de duración del contrato el establecido en ella para la ejecución de las obras. Transcurrido dicho plazo no podrá continuar la prestación del servicio». Y su apartado segundo preceptúa: «Para la contratación definitiva de los servicios a que se refiere el apartado anterior las empresas suministradoras exigirán la licencia de primera ocupación o, según los casos, la licencia de apertura o actividad clasificada». Por otra parte, el artículo 218.2 c) de la citada Ley 2/2001 considera infracción leve «el incumplimiento por parte de las compañías suministradoras de sus obligaciones de exigir las pertinentes licencias municipales para el otorgamiento de los servicios», sancionable, a tenor del artículo 222.1 c) de la citada norma autonómica, con multa de 50.000 a 500.000 pesetas. A la vista de estas disposiciones podemos concluir que el nivel de exigencia de las citadas compañías será muy elevado dadas las graves responsabilidades en que pueden incurrir, de forma que, en todo caso, exigirán copia de la licencia de primera ocupación o de actividad, motivo por el cual consideramos que dichas licencias, si bien es posible obtenerlas por silencio –silencio administrativo *secundum legem*, se entiende–, en la práctica será necesario otorgarlas por acto expreso como requisito imprescindible para contratar los suministros citados; respecto de la licencia de obras, sería suficiente la presentación de la solicitud y el pago de la tasa, ya que la mayoría de las ordenanzas municipales disponen que el tributo se devenga cuando se inicie la actividad municipal que constituye su hecho imponible, es decir, en la fecha de presentación de la oportuna solicitud de licencia urbanística, debiendo autoliquidarse su importe en el plazo reglamentariamente establecido que, en general, es de un mes.

Para terminar este apartado conviene traer a colación dos Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril y 30 de septiembre de 2009 que, rompiendo una consolidada jurisprudencia anterior, admiten la aprobación de los planes municipales de urbanismo por silencio positivo *contra legem*, con base en los siguientes argumentos:

- Las licencias son actos administrativos; los planes son normas reglamentarias.

- En la legislación estatal ³⁰ la aprobación de toda clase de instrumentos de ordenación urbanística por silencio administrativo es una constante, y la regulación actual contenida en los apartados 5 y 6 del artículo 11 del Real Decreto Legislativo 2/2008 tiene el carácter de norma básica ³¹.
- A diferencia de lo que sucede en materia de licencias, con relación a los instrumentos de planeamiento no existe una norma con rango de ley que impida su aprobación por silencio *contra legem*, no pudiendo invocarse el artículo 133 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, porque es una norma reglamentaria y, por ello, insuficiente para fundamentar en ella una excepción a la regla del silencio positivo, pues según el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, es el que opera «salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario».
- La aprobación de un plan municipal por silencio administrativo es independiente de sus posibles vicios o defectos, los cuales carecen de virtualidad para impedir el efecto del silencio positivo, sin perjuicio de que se puedan aducir en una eventual impugnación del plan o puedan resultar determinantes para la ulterior revisión del instrumento aprobado por silencio.

V. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES URBANÍSTICAS

La Constitución no atribuye de forma expresa y directa a la Administración un poder sancionador, más allá de las alusiones que hace al mismo en los artículos 25, apartados 1 y 3, y 45.3, cuyo análisis presupone valorar su papel secundario, auxiliar y subordinado al poder judicial. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que en Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, ha declarado que «no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable».

Los elementos de toda infracción, y la urbanística no es una excepción, hay que analizarlos desde la óptica constitucional, encuadrándolos en los artículos 24.2 y 25.1, pues el Tribunal Constitucional en innumerables sentencias –por todas, la 18/1981– ha afirmado que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado». El papel fundamental de estos principios, recogidos en el Título IX de la Ley 30/1992, artículos 127 a 138, con independencia de su carácter informador del ordenamiento jurídico, es delimitar la potestad sancionadora de la

³⁰ Véanse los artículos 40 y 41 del Real Decreto 1346/1976; el artículo 120 del Real Decreto Legislativo 1/1992 fue anulado por el Tribunal Constitucional.

³¹ A los planes iniciados de oficio siempre se les aplica el silencio administrativo positivo; en los de iniciativa privada caben los dos sentidos del silencio, en función de la legislación de la respectiva Comunidad.

Administración, salvaguardando los derechos fundamentales de los administrados. Con anterioridad, el Tribunal Supremo había consolidado esta doctrina de la plena aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador³², de acuerdo con la cual es necesaria la concurrencia de los presupuestos de antijuridicidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad para el legítimo ejercicio de las potestades sancionadoras administrativas (STS de 27 de febrero de 1991). En esta materia, al igual que en otros muchos aspectos del Derecho, es fundamental evitar los «automatismos», huyendo de una aplicación «lineal» del Derecho, pues el instructor del expediente sancionador asume un papel similar al del juez instructor, en el sentido de que debe depurar y probar la responsabilidad de todos los culpables, máxime teniendo en cuenta que también viene obligado a aplicar los criterios legales³³ para graduar la sanción, agravantes y atenuantes, lo que presupone cierta ponderación e imparcialidad de su función.

No todas las leyes autonómicas definen las infracciones urbanísticas, y las que lo hacen, presentan deficiencias técnicas importantes al omitir determinados principios aceptados unánimemente por la jurisprudencia; por ejemplo, el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, en su artículo 203.1 dispone que «son infracciones urbanísticas todas las acciones o las omisiones tipificadas como tales por esta ley». Tomás-Ramón FERNÁNDEZ³⁴ ofrece el siguiente concepto de infracciones urbanísticas: «aquellas conductas antijurídicas, típicas y culpables que por suponer una vulneración de la normativa contenida en la Ley del suelo o en los planes, programas, normas y ordenanzas quedan sujetas a sanción conforme a lo determinado en el Reglamento de disciplina urbanística, de acuerdo con la tipificación que en el mismo se establece», si bien habría que matizar, con base en lo dispuesto en el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, que las normas reglamentarias «podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

De los principios antes indicados nos interesa estudiar especialmente, para llegar a conclusiones válidas, los de culpabilidad y responsabilidad, bien entendido que el incumplimiento de cualquiera de ellos haría inviable la imposición de la sanción correspondiente.

A. Culpabilidad. Así como la antijuridicidad es el elemento objetivo de la infracción y supone una relación entre la acción y la norma jurídica, la culpabilidad es el elemento subjetivo de aquella y establece una relación entre la acción y el agente: el infractor debe conocer la antijuridicidad de su conducta, actuar libremente y querer el resultado de su conducta. La culpabilidad admite dos grados: la culpa y el dolo.

- El dolo es la consciencia y voluntad del sujeto de realizar el tipo objetivo de una infracción y requiere la concurrencia de dos elementos: el intelectual o cognitivo –saber lo que se hace– y

³² Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero, 8 de marzo y 29 de noviembre de 1976 y 10 de noviembre de 1980, entre otras.

³³ Véanse los artículos 240 y 241 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística de la Comunidad Valenciana.

³⁴ Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Manual de Derecho urbanístico*. Publicaciones Abella, tercera edición. Madrid, 1982, pág. 210.

el volitivo –querer hacerlo–, ya sea de una forma directa o eventual. En el dolo directo el autor quiere realizar el resultado o lo admite como necesariamente unido a éste. En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización, de forma que «cuenta con él», «admite su producción» o «acepta el riesgo». El dolo eventual constituye la frontera entre el dolo y la culpa o imprudencia. La conducta se realizaría con dolo eventual si el autor actúa aun cuando fuera segura la producción del resultado, mientras que sería imprudencia si hubiera dejado de actuar de haberse representado el resultado como de segura producción.

- La culpa se produce cuando las acciones se realizan sin la diligencia debida o el cuidado necesario y producen un resultado prohibido. La culpa supone la omisión del cuidado y atención que cualquier persona debe poner de ordinario al ejecutar un hecho capaz de perjudicar a otro. Según su conocimiento, la doctrina distingue entre culpa consciente e inconsciente, y según su gravedad entre culpa o negligencia grave, leve y levísima. La cuestión que se plantea es averiguar el grado de negligencia exigible por los Tribunales para entender que se ha incurrido en una infracción urbanística ya que, como después veremos, la responsabilidad por un hecho ilícito precisa de cierta culpabilidad³⁵, ya sea a título de dolo o de culpa. Cuando la conducta de los presuntos infractores sea calificada por el instructor del expediente como dolosa o de culpa grave o leve, parece que está bastante claro que surge la responsabilidad, graduándose la sanción en función del grado de culpabilidad; pero las dudas se centran en los casos de culpa levísima, supuestos en los cuales habrá que acudir a la doctrina sentada por los Tribunales³⁶ en el enjuiciamiento que efectúan de los correspondientes expedientes sancionadores. En otros términos, la calificación de las infracciones urbanísticas sigue un proceso escalonado en función de la culpabilidad, ya que hay que subir un peldaño para pasar de una infracción leve a otra grave, así como para pasar de una grave a otra muy grave, y de la muy grave al delito contra la ordenación del territorio, que en palabras de SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO³⁷ sólo puede cometerse de forma dolosa, es decir, pasamos de la negligencia a la culpa y de la culpa al dolo, pudiendo equiparar grosso modo las infracciones muy graves con el dolo del presunto infractor, las infracciones graves con la culpa grave y las leves con la simple negligencia. El Tribunal Supremo, desde luego, considera que la buena fe del presunto infractor excluye su culpabilidad y, por ello, la infracción (STS de 5 de febrero de 1992); asimismo, entiende que no hay culpabilidad, cuando la iniciación de la construcción de las viviendas estaba amparada en la concesión de una licencia (STS de 9 de octubre de 2009); de contrario, considera que no hay buena fe en quien comenzó a construir antes de estar en posesión de la licencia que

³⁵ Cuando el artículo 130 de la Ley 30/1992 utiliza la expresión «aun a título de simple inobservancia», hay que entender que «inobservancia» hay siempre, pero que es consustancial a toda infracción administrativa una cierta culpabilidad. Asimismo, el empleo del término «responsables» nos obliga a distinguir entre autoría y responsabilidad: en el ámbito penal son responsables criminalmente de los delitos y las faltas los autores y los cómplices; y son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven de instrumento (CP. Arts 27 y 28).

³⁶ Determinadas normas autonómicas establecen el grado de culpa necesario para exigir responsabilidad; por ejemplo, el artículo 193.1 a) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, exige dolo o culpa grave en los redactores de los proyectos.

³⁷ Alfonso SERRANO GÓMEZ y Alfonso SERRANO MAILLO. *Derecho penal, parte especial*. Dykinson, duodécima edición. Madrid, 2007, pág. 622.

había solicitado y, por tanto, sin saber si se le otorgaría o denegaría e incluso prosiguió en su actividad una vez que la obra fue suspendida (STS de 30 de enero de 1991); del mismo modo, considera que hay culpabilidad en el supuesto de parcelaciones urbanísticas ilegales (SSTS de 27 de octubre de 1987 y 24 de diciembre de 1990); dicha culpabilidad alcanza al constructor, tanto por el elevado montante económico de las mismas, como porque la construcción constituye su profesión o actividad principal (STS de 5 de mayo de 1987).

B. Responsabilidad. Cuando el artículo 228.4 del Real Decreto 1346/1976³⁸ dispone que «las multas que se impongan a los distintos sujetos como consecuencia de una misma infracción tendrán entre sí carácter independiente», está respetando escrupulosamente el principio *non bis in idem* que prohíbe la concurrencia, simultánea o sucesiva, de dos o más sanciones cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir, supone la prohibición de que una misma infracción pueda ser impuesta varias veces a un mismo sujeto culpable, ya se trate de varias sanciones penales, de varias sanciones administrativas o de una sanción penal y otra administrativa, si bien en este último supuesto tendrá preferencia y prioridad la jurisdicción penal. El Tribunal Constitucional, en su segunda Sentencia, la 2/1981, de 30 de enero, declaró que si bien el citado principio no se encuentra expresamente recogido en los artículos 14 a 30 de la Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25; de ahí, pasó al Derecho positivo, regulándose, entre otros, en el artículo 133 de la Ley 30/1992. De igual modo, viene recogido en las normas urbanísticas de las respectivas Comunidades; así, podemos citar el artículo 122 de la Ley de Castilla-León 5/1999, del siguiente tenor: «Cuando en la instrucción de los procedimientos sancionadores y de restauración de la legalidad aparezcan indicios de delito o falta, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, absteniéndose de proseguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no se pronuncie. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, pero no la adopción de las medidas de restauración de la legalidad». De los diferentes ordenamientos, estatal y autonómicos, podemos entre-sacar las personas, físicas o jurídicas³⁹, presuntamente responsables, que deberán ser individualmente imputadas por el instructor en el correspondiente expediente sancionador:

- El propietario. El artículo 277 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, urbanística de Aragón, también considera responsable a la junta de compensación.
- El promotor⁴⁰. A tenor del artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de edificación, «cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individualmente o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

³⁸ En similares términos el artículo 59 del Real Decreto 2187/1978: «Las multas que se impongan a los distintos sujetos por una misma infracción tendrán entre sí carácter independiente», precepto que repiten *idem per idem* las respectivas normas autonómicas.

³⁹ En Derecho administrativo sancionador no rige el principio *societas delinquere non potest*. Tampoco regirá en Derecho penal ya que es inminente la reforma de dicho Código en los términos establecidos en el *Boletín del Senado* de 6 de mayo de 2010.

⁴⁰ A tenor del artículo 9.º 2 c) de la Ley 38/1999 está obligado a gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas.

- El constructor o empresario de las obras. El artículo 11 de la misma Ley 38/1999 lo define como «el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato».
- El técnico director de la obra. El artículo 12 de la citada Ley 38/1999 lo define como «el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto»; se refiere el precepto, lógicamente, a arquitectos, ingenieros, etc.
- En materia de parcelaciones, cuando incumplan sus respectivos deberes, el propietario de los terrenos, el adquirente de la parcela, los técnicos, asesores e intermediarios, y cualquier otro profesional que hubiera intervenido en la actuación (DL de Murcia 1/2005. Art. 234.2).
- Los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia, sin los informes previos exigibles, o cuando éstos fueran desfavorables en razón de aquella infracción, o se hubiese hecho la advertencia de ilegalidad prevista en la legislación de régimen local. Se trata de obras amparadas en una licencia cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave o muy grave. CARCELLER FERNÁNDEZ ⁴¹, citando a CLAVERO, destaca lo desusado que resulta que sean objeto de responsabilidad administrativa y objeto de sanciones y multas los miembros de la Corporación. La idea de un Alcalde automultándose o multando a los miembros de la Corporación no encaja en nuestros hábitos, por lo que se trata de preceptos cuya aplicación no dejará de crear problemas de difícil asimilación y que, por ello, corren el peligro de caer en desuso; de hecho, el Secretario formula la advertencia de ilegalidad en los casos de infracciones de leyes, que son supuestos distintos de los de infracción del planeamiento, cuyo conocimiento exige a veces una preparación técnica que dicho funcionario no tiene por qué poseer.
- El facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto en los supuestos de obras amparadas en una licencia cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave o muy grave.

VI. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

La potestad administrativa de protección de la legalidad urbanística, junto con el régimen sancionador y las facultades de inspección, integran la disciplina urbanística que, en palabras de Ramón PAIS RODRÍGUEZ y Francisco ARENAS CABELLO ⁴², constituye el tercer pilar, junto con el planeamiento

⁴¹ Antonio CARCELLER FERNÁNDEZ. *Manual de disciplina urbanística*. Tecnos. Madrid, 1982, pág. 142.

⁴² AA.VV. *Parte especial del Derecho administrativo: la intervención de la Administración en la sociedad*. Colex. Madrid, 2007, pág. 554.

to y la gestión urbanística, del Derecho urbanístico, cuya finalidad consiste en asegurar por parte de la Administración el cumplimiento de la legislación y ordenación urbanísticas mediante el ejercicio de determinadas potestades, tales como la intervención preventiva de los actos de edificación o construcción y uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, la inspección de los actos sujetos a intervención preventiva, la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, y la sanción de las infracciones urbanísticas. Ya vimos que la adopción de las medidas de restauración del orden urbanístico infringido es una competencia irrenunciable y de inexcusable ejercicio por la Administración actuante ⁴³.

A. La acción pública. Para iniciar cualquier proceso se exige capacidad y legitimación; sin embargo, el artículo 19.1 h) de la Ley 29/1998 dispone que está legitimado ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo «cualquier ciudadano ⁴⁴, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos en las leyes». Uno de estos supuestos es el urbanismo, ya que desde la Ley del suelo y ordenación urbana por los Ayuntamientos, de 12 de mayo de 1956 –art. 223–, es pública la acción para exigir ante los Tribunales contenciosos «la observancia de la presente ley y de los planes de ordenación urbana», precepto que se ha mantenido en las sucesivas reformas, hasta llegar al Real Decreto Legislativo 2/2008, cuyo artículo 4.º otorga a los ciudadanos, entre otros, en su apartado f), el derecho a «ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora», habiendo manifestado al respecto, ARREDONDO GUTIÉRREZ ⁴⁵, que actualmente no existe dificultad para reconducir el fundamento último de esta acción popular a los artículos 45 y 47 de la Constitución. Dicha acción popular no presupone ningún tipo de relación entre el sujeto y el objeto del proceso, ya que el instante actúa movido por el simple interés en el cumplimiento de la legalidad, no siendo necesario acreditar ninguna circunstancia especial. Según COSCULLUELA MONTANER ⁴⁶, la doctrina de todos los tiempos es unánime en este punto y afirma que la acción popular tiene naturaleza objetiva, característica que apunta a la configuración de la legitimación para recurrir por el solo fin que se persigue y sin consideración al grado de afectación o perjuicio que del acto impugnado se haya podido irrogar para el recurrente, cual es el caso de las acciones subjetivas. La única limitación en el ejercicio de la acción popular será la contenida en el *petitum* de la demanda, pues el instante debe limitarse a solicitar la aplicación correcta de la ley al caso controvertido, sin posibilidad de ejercitar pretensiones de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, si bien la acción pública no sólo legitima a instar una resolución administrativa o jurisdiccional, sino también a la ejecución de la misma.

B. Plazo para ejercitar la acción pública. En la vía contenciosa no se plantea ningún problema a la hora de fijar el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, ya que viene deter-

⁴³ Véase el artículo 220 de la Ley de la Comunidad Valenciana 16/2005.

⁴⁴ A tenor del artículo 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, la acción pública está reservada a los ciudadanos de nacionalidad española.

⁴⁵ José Manuel ARREDONDO GUTIÉRREZ. *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*. Comares, tercera edición. Granada, 2009, pág. 43.

⁴⁶ Luis COSCULLUELA MONTANER. «Acción pública en materia urbanística». *Revista de Administración pública*. Núm. 71, 1973.

minado por el artículo 46 de la Ley 29/1998, en dos meses si hay notificación expresa, o en seis, si el acto es presunto. El problema, pues, radica en determinar el plazo para recurrir en vía administrativa, estableciendo el artículo 48.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, así como determinadas normas autonómicas⁴⁷, que cuando la acción popular esté motivada por la realización de obras ilegales podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística. Estos plazos –los establecidos para adoptar las medidas de protección de la legalidad– varían en cada Comunidad y, una vez ejecutada la obra, como después veremos, pueden traer causa del plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas o de los plazos de revocación de los actos administrativos. En nuestra opinión, cuando la obra se haya realizado con licencia, la restauración de la legalidad deberá efectuarse en los plazos marcados en la Ley 30/1992 para la revisión de oficio de los actos administrativos, esto es, cuatro años si se trata de actos anulables y sin límite temporal cuando el acto sea nulo de pleno derecho y, por ello, los plazos para interponer la acción popular coincidirán con los señalados para la revisión de oficio; sin embargo, cuando la obra se haya ejecutado sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la misma –también si se ha obtenido por silencio *contra legem*– los plazos para interponer la acción popular vendrán determinados por los plazos de prescripción de la infracción cometida o sin límite temporal alguno, en el supuesto de que se tratase de actos nulos de pleno derecho. Esta tesis plantea las siguientes cuestiones:

- Los plazos de prescripción de las infracciones varían en cada Comunidad, siendo diferentes en función de la calificación de la correspondiente infracción, si bien la regla general es que las infracciones muy graves –y en ocasiones las graves– prescriben a los cuatro años.
- Hay Comunidades Autónomas que establecen plazos de prescripción excesivos, lo cual puede atentar contra el principio de proporcionalidad, ya que los delitos contra la ordenación del territorio prescriben a los tres años (CP. Art. 131.1); así, por ejemplo, el artículo 218 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, del suelo y urbanismo de Galicia, dispone que las «infracciones urbanísticas muy graves prescribirán a los quince años, las graves a los seis años y las leves a los dos años, a contar desde la finalización de las obras»; en Aragón, los plazos son de uno, cuatro y diez años, según la infracción sea calificada de leve, grave o muy grave (Ley 3/2009. Art. 280.1); en Baleares, el artículo 73 de la Ley 10/1990, dispone que las infracciones urbanísticas consistentes en actos de edificación sin licencia o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma, así como las inherentes a las parcelaciones urbanísticas ilegales prescriben a los ocho años, si bien se establece en el artículo 74 de la citada ley que «no prescribirán las infracciones urbanísticas realizadas sobre terrenos calificados por los respectivos planeamientos como zonas verdes, espacios libres públicos, sistemas generales, viales, equipamientos públicos, espacios naturales especialmente protegidos, monumentos histórico-artísticos y edificios y conjuntos catalogados», lo cual, con independencia de ser puro voluntarismo, vulnera de plano la seguridad jurídica.

C. Extinción de la licencia de obras. Ya hemos visto que las licencias son actos de eficacia temporal que despliegan sus efectos mientras no se produzca alguna de las circunstancias que determi-

⁴⁷ En concreto, La Rioja y Navarra.

nan su extinción, esto es, la anulación, la revocación y la caducidad. Nos interesa especialmente para alcanzar nuestros fines hablar de la anulación y de la revocación:

- Se anula una licencia cuando su contenido sea constitutivo de una infracción urbanística grave o muy grave y, como puntualiza PARADA VÁZQUEZ⁴⁸, la infracción se puede producir, bien por error o dolosamente. En este sentido, se pronuncia el apartado primero del artículo 119 de la Ley de Castilla-León 5/1999 cuando dispone que «el Ayuntamiento deberá suspender los efectos de las licencias urbanísticas (...) cuyo contenido constituya manifiestamente una infracción urbanística grave o muy grave, y en consecuencia ordenar la paralización inmediata de los actos que se estén ejecutando a su amparo», añadiendo que dicho acuerdo se trasladará al Juzgado de lo contencioso-administrativo a los efectos previstos en el artículo 127 de la Ley 29/1998; por su parte, el apartado segundo del citado precepto establece: «El Ayuntamiento deberá disponer la revisión de oficio de las licencias urbanísticas (...) cuyo contenido constituya una infracción urbanística grave o muy grave, dentro del plazo de prescripción establecido en el artículo 121, conforme al procedimiento previsto en la legislación sobre procedimiento administrativo». Esta anulación de la licencia, a tenor del artículo 35 c) del Real Decreto Legislativo 2/2008, da derecho a la correspondiente indemnización, siempre que no haya dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado. El artículo 121 antes citado regula la prescripción de las infracciones urbanísticas, y ya hemos dicho que los actos administrativos, también los urbanísticos, sólo se pueden revisar dentro de los plazos que marcan los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, esto es, cuatro años si se trata de actos anulables, previa declaración de lesividad y posterior recurso contencioso, y sin límite temporal si los actos resultaran nulos, si bien en la Comunidad de Castilla-León el plazo de prescripción de las infracciones graves y muy graves también se fija en cuatro años. Al respecto conviene recordar que los artículos de la Ley 30/1992 que regulan la revisión de oficio son «preceptos básicos» que, en palabras de GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO⁴⁹, constituyen verdaderas normas jurídicas, y como tales perfectamente eficaces y vinculantes, por lo que no pueden confundirse con normas meramente programáticas, pues como ha dicho el Tribunal Constitucional, «la competencia estatal para fijar las bases es una competencia de normación» (SSTC 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo). La ley básica, prosiguen los citados autores, es cabecera del correspondiente grupo normativo, en el sentido de que lo orienta, preserva y economiza. Su mayor resistencia a la derogación, propia de toda cabecera del grupo, no resulta aquí de una exigencia de quórum reforzado para su aprobación o modificación, siquiera habría que entender: que una ley estatal no puede derogarla o modificarla de modo tácito sino que esa derogación habrá que hacerla de forma expresa; que una ley autonómica no puede modificarla ni derogarla en ningún caso. De todo ello concluimos que las licencias de obras anulables sólo se pueden revisar en un plazo de cuatro años, con independencia del plazo de prescripción de la infracción urbanística fijado por la correspondiente Comunidad Autónoma, siendo unánime

⁴⁸ José Ramón PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo (bienes públicos y urbanismo)*. Marcial Pons. Madrid, 1988, pág. 371.

⁴⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Civitas, segunda edición. Madrid, 1999, pág. 119.

la doctrina que considera que las licencias nulas se pueden revisar en cualquier momento. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la necesidad de que la infracción sea grave y manifiesta. Respecto del primer requisito, en virtud del principio de tipicidad, tendremos que acudir a las normas autonómicas donde se describan las conductas antijurídicas constitutivas de infracción urbanística grave o muy grave. Por su parte, el adjetivo «manifiesta», en virtud de jurisprudencia reiterada, es lo que es evidente, palmario, patente e inequívoco. Contrariamente, no podrá ser la infracción grave dudosa, opinable o discutible (STS de 11 de febrero de 1997).

- Las licencias deben ser revocadas cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieron otras que, de haber existido, habrían justificado su denegación. Al respecto, señala el apartado segundo del artículo 193 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística de la Comunidad Valenciana que «cuando las licencias urbanísticas resulten sobrevenidamente disconformes con el planeamiento, podrán ser revocadas, si la conservación total o parcial del acto administrativo no fuera posible, con reconocimiento a su titular de la indemnización que corresponda por aplicación de la legislación estatal»; en similares términos, el apartado primero del artículo 304 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de urbanismo de Castilla y León, del siguiente tenor: «Se produce disconformidad sobrevenida de una licencia urbanística, cuando a la entrada en vigor de una modificación o revisión del planeamiento urbanístico vigente, los actos de uso del suelo autorizados por la licencia resulten disconformes con las nuevas determinaciones. En tal caso el Ayuntamiento debe, previa audiencia a los interesados y sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan: a) cuando aún no se haya iniciado la ejecución de dichos actos, declarar extinguida la eficacia de la licencia en cuanto sea disconforme con las nuevas determinaciones; b) cuando ya se haya iniciado la ejecución de dichos actos, optar por revocar la licencia o bien modificarla para ajustarla a las nuevas determinaciones». El apartado segundo del precepto añade: «No obstante, en tanto el Ayuntamiento no notifique alguna de las resoluciones previstas en el apartado anterior, los interesados pueden continuar ejecutando los actos amparados por la licencia, quedando las construcciones e instalaciones que resulten de los mismos en la situación de disconformidad con el planeamiento», es decir, fuera de ordenación⁵⁰.

D. Órgano competente para suspender los efectos de la licencia de obras. Todas las leyes autonómicas atribuyen esta potestad al Alcalde, si bien determinadas Comunidades Autónomas regulan la intervención subsidiaria de la correspondiente Consejería cuando las obras se realicen sin licencia⁵¹. Dicha intervención hay que analizarla a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1991, citando antecedentes doctrinales de ambos órganos jurisdiccionales, declara que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para suspender los acuerdos de las Corporaciones locales en materia de urbanismo por haberse suprimido su anterior potestad tras la promulgación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, conforme a sus artículos 65 y 66, reservándose ésta a los Tribu-

⁵⁰ En similares términos, el artículo 211.3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del suelo y urbanismo del País Vasco.

⁵¹ Véase, por ejemplo, el artículo 43 del Decreto de Andalucía 60/2010, de 16 de marzo.

nales cuando las mismas los impugnen. También el Tribunal Constitucional en Sentencia 11/1999, de 11 de febrero, ha declarado la nulidad del artículo 6.º de la Ley 3/1987 del Principado de Asturias, de 8 de abril, reguladora de la disciplina urbanística ⁵², que atribuía al Consejero de ordenación del territorio, vivienda y medio ambiente de la citada Comunidad las facultades del Alcalde que no hubiese ordenado paralizar, en el plazo de un mes, las obras que se realicen sin licencia o al amparo de una licencia incurra en nulidad de pleno derecho, aduciendo que la suspensión de actos y acuerdos de las Corporaciones locales, ya sea a excitación del Estado o de las propias Comunidades Autónomas, constituye un control de legalidad que vulnera la autonomía local, matizando que la inconstitucionalidad no alcanza a los supuestos de edificación y uso del suelo que se realizan sin licencia. ARREDONDO GUTIÉRREZ ⁵³ lo explica claramente cuando afirma que la subrogación autonómica prevista sólo puede considerarse conforme a la Constitución cuando los actos de edificación o uso del suelo cuestionados se realicen sin licencia, mas no cuando medie licencia que la Comunidad Autónoma pudiera estimar nula de pleno derecho, puesto que en tal caso se configuraría la subrogación como «un control de legalidad ejercido por una Administración ajena, con el consiguiente debilitamiento de la Administración municipal» (STC 11/1999, FJ4), y sin perjuicio de las acciones que aquélla pudiera entablar ante el orden jurisdiccional contencioso, con arreglo a los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985.

E. Obras en curso realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la misma. Los artículos 184 del Real Decreto 1346/1976 y 29 del Real Decreto 2187/1978 señalan que estas obras en curso se suspenderán, debiendo el interesado ⁵⁴, en el plazo de dos meses, contados desde la notificación de la suspensión, solicitar la oportuna licencia o, en su caso, ajustar las obras a la licencia inicialmente concedida. Transcurrido dicho plazo sin haberse instado la expresada licencia, o sin haberse ajustado las obras a las condiciones señaladas, el Ayuntamiento acordará la demolición de las obras a costa del interesado, procediendo de igual modo si la licencia fuere denegada por ser su otorgamiento contrario a las prescripciones del plan o de las ordenanzas. Todas las legislaciones autonómicas regulan en similares términos las obras ilegales, si bien cada Comunidad presenta sus características específicas en cuanto a la adopción de medidas cautelares; así, por ejemplo, el artículo 181 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, dispone que practicada la notificación de suspensión al promotor, al propietario, al responsable o, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución, la misma se trasladará a las empresas suministradoras con objeto de que interrumpan la prestación de sus servicios, y en caso de que sea desatendida podrá disponerse la retirada y el depósito de la maquinaria y los materiales de obra, estando prevista la imposición de sucesivas multas coercitivas, así como el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal. Como afirma GONZÁLEZ PÉREZ ⁵⁵, la suspensión es sólo posible hasta la «total terminación de la obra» supuesto de hecho que planteará no pocas dificultades prácticas, no sólo en orden a la actividad probatoria del hecho de la terminación, sino también en orden al concepto mismo de terminación total, si bien será determinante la recepción de la obra a que se refiere el artículo 6.º

⁵² Actualmente derogada por el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril.

⁵³ Ob. citada, pág. 74.

⁵⁴ El acuerdo de suspensión de las obras traslada la carga de la regularización al particular, incoándose así un procedimiento a instancia del interesado, no de oficio, de cuyo resultado dependerá la demolición o la cesación de la suspensión de la obra.

⁵⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*. Civitas, cuarta edición. Madrid, 1981, pág. 184.

de la Ley 38/1999, en los siguientes términos: «La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste». Reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera (SSTS de 13 de noviembre de 1992, 26 de mayo de 1993, 25 de marzo de 1994, 6 de abril de 1994, 29 de enero de 1996, etc.) diferencia tres fases en la restauración de la legalidad urbanística, cuando las obras se ejecutan sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de su concesión:

1. El Alcalde suspende las obras ilegales flagrantes y requiere al promotor para que regularice su situación. GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO⁵⁶ aclaran que la suspensión se refiere a los actos materiales de edificación o uso del suelo no legitimados por licencia, pues tienen como presupuesto estricto de validez precisamente ese supuesto de hecho. Se trata, pues, de una potestad específica, distinta de la de suspensión de la eficacia de actos administrativos, reconocida con carácter general (como accesoria de la potestad de revocación en vía de recurso) en el artículo 104 de la Ley 30/1992 y con carácter particular para la materia urbanística (como inherente a la potestad de revisión, aun sin ser en vía de recurso) en el artículo 224 del Real Decreto 1346/1976, con la que, por tanto, sólo tiene en común su naturaleza básica de medida cautelar para evitar la ulterior consolidación de situaciones fácticas, en tanto se decide definitiva y plenariamente sobre su legalidad. Algunas legislaciones autonómicas prevén un trámite previo de alegaciones a la adopción de la orden de suspensión; por ejemplo, el artículo 238.1 del Decreto Legislativo de Asturias 1/2004, dispone que el Alcalde se dirigirá al promotor, constructor y técnico director, señalándoles las anomalías observadas y concediéndoles un plazo improrrogable de cinco días para aducir la concordancia de las obras con el contenido de la licencia. Lógicamente la paralización indebida de unas obras genera unos daños y, por ello, la Administración podrá incurrir en responsabilidad patrimonial, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de enero de 1997 (paralización de obras posteriormente archivada por el Ayuntamiento), 30 de noviembre de 1984 (la causación de los perjuicios derivaba del hecho de que el administrado había cumplido con los requerimientos hechos por la Administración, pese a que ésta, aun así, no levantó la paralización de las obras), etc.
2. El interesado podrá instar la licencia requerida, dando lugar a la incoación de un procedimiento sumario y de contenido limitado que tiene por objeto la legalización de las obras, de resultar posible la misma, y teniendo en cuenta que la falta de solicitud de licencia habilita, sin ulteriores requisitos, a la Administración para ordenar la demolición de lo ilegalmente construido.
3. La Administración habrá de ordenar y, en su caso, llevar a efecto, la demolición de las obras ilegalizables o la de aquéllas cuya legalización no se haya instado en momento oportuno.

F. Obras finalizadas realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la misma. Ya hemos dicho que el plazo para restaurar la legalidad urbanística frente a obras ilegales concluidas

⁵⁶ Ob. citada, pág. 803.

está en función del plazo de prescripción de la correspondiente infracción ⁵⁷, siempre y cuando dicho plazo no vulnere el principio de proporcionalidad o la seguridad jurídica (CE. Art. 9.º 3), supuestos en los cuales se aplicaría el plazo de cuatro años recogido en el artículo 185 del Real Decreto 1346/1976, bien entendido que no hay límite temporal alguno si la actuación ilegal hubiese provocado un acto nulo de pleno derecho. Ésta, desde luego, es la posición del Tribunal Supremo que en Sentencia de 14 de abril de 1984 afirma que la prescripción apreciada de las infracciones urbanísticas objeto del presente pleito produce como efecto el revocar y dejar sin valor las sanciones impuestas por el Consejo de Ministros, pero no afecta para nada a las actuaciones que se sigan para legalizar, si resulta posible, las obras de urbanización que indebidamente se hayan realizado, y en especial las que se refieren a zonas verdes o espacios libres, en las que no existe limitación de plazo para las autoridades competentes. El Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de ordenación del territorio y de espacios naturales protegidos en Canarias, después de indicar en el primer apartado de su artículo 180 que el plazo para adoptar válidamente las medidas cautelares y definitivas de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico perturbado es de cuatro años, especifica en su apartado segundo que dicho plazo no regirá respecto de los siguientes actos y usos: a) los de parcelación en suelo rústico protegido o comprendido en un espacio natural protegido; b) los de construcción, edificación o uso del suelo y subsuelo, cuando hayan sido ejecutados o realizados: sin licencia urbanística sobre cualquiera de las categorías de suelo rústico, en dominio público o en las zonas de protección o servidumbre del mismo, afectando a bienes catalogados o declarados de interés cultural, los que afecten a viales, espacios libres o zonas verdes públicas y los que afecten a áreas no edificables privadas, que sean computables a efectos de la capacidad alojativa de los centros turísticos. La regulación en el Derecho supletorio estatal, la encontramos en los artículos 185 del texto refundido de 1976 y 31 del Real Decreto 2187/1978 que establecen la obligación de requerir al promotor de las obras o a sus causahabientes para que soliciten, en el plazo de dos meses, la oportuna licencia o ajusten las obras a las condiciones de la otorgada; si el interesado no solicita la licencia en el plazo de dos meses, o si la licencia fuese denegada por ser su otorgamiento contrario a las prescripciones del plan o de las ordenanzas, el Ayuntamiento acordará la demolición de las obras a costa del interesado. Dicha regulación se ha asumido por todas las Comunidades Autónomas aclarando algunas de ellas que el transcurso del plazo para restaurar la legalidad urbanística no supone la «legalización» de la obra, sino que el edificio queda «fuera de ordenación», lo que significa, según el dictado del artículo 60.2 del Real Decreto 1346/1976 que «no podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble». Al respecto, podemos citar el artículo 197.4 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura que dispone: «Transcurridos cuatro años desde la terminación de las obras, los trabajos e instalaciones o el cese de los usos o las actividades clandestinas o ilegales, la Administración no podrá ordenar la demolición de las edificaciones, instalaciones o construcciones derivadas de las mismas. No obstante, dichas edificaciones, instalaciones y construcciones quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación y cualquier acto que

⁵⁷ Ambos plazos generalmente no coincidirán, ni en su inicio, ni en su cómputo final. El plazo vinculado al ejercicio de la potestad reaccional es de caducidad y el de las infracciones es de prescripción, empezando a computarse la caducidad desde la completa terminación de las obras, y la prescripción desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones.

implique su reforma, ampliación o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización. En este proyecto se contemplará el conjunto de medidas necesarias para la reducción o eliminación del impacto en los servicios urbanísticos, dotación de espacios públicos u otros análogos. La Administración podrá aprobar dichos proyectos de oficio». Ahora bien, con independencia de que la Administración haya de tolerar la permanencia de las edificaciones ilegales una vez caducadas sus potestades, es claro, como afirma ARREDONDO GUTIÉRREZ ⁵⁸, que podrá perseguir los usos urbanísticos ilícitos a que las mismas dieran lugar, disponiendo su suspensión y sujeción a licencia o, en su caso, prohibiéndolos en absoluto, pues tales usos quedan sujetos, por su carácter continuado en el tiempo, al régimen que establece el artículo 184 del Real Decreto 1346/1976, citando el autor las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de enero de 1992 y 29 de noviembre de 1990. En la primera, en la resolución del recurso de apelación 3139/1990, el Tribunal Supremo declara que las obras ilegales –en el supuesto de Autos, hacer habitable un desván– están protegidas por el manto legal de la caducidad del actuar administrativo, lo que no priva en modo alguno a la Administración para que, con los medios legales oportunos y adecuados, persista en impedir el uso del desván a la propietaria del ático, que desde luego no ha adquirido tal uso por prescripción; la segunda, la de fecha 29 de noviembre de 1990, distingue entre los cambios de uso no amparados por licencia y las obras terminadas no amparadas por licencia. REBOLLO PUIG ⁵⁹ cita las de fechas 15 de noviembre de 2001, 6 de octubre de 1999 y 3 de abril de 2000. Dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2001 que el hecho de que, pasado el plazo, no pueda exigirse la legalización ni acordarse la demolición «no presupone que la situación pase a ser idéntica a aquella en que la construcción se haya hecho con licencia» pues «una cosa es que la obra no pueda ser derribada y otra que de la ejecución de un acto ilegal se deriven los derechos previstos para cuando se proceda conforme a derecho»; y en la de 6 de octubre de 1999 afirma que no se consideran solares los resultantes de una parcelación ilegal, ni suelo urbano al que cuenta con los servicios merced a obras ilícitas; por último, en la de 3 de abril de 2000 declara que es posible denegar la licencia de ocupación de las construcciones ilegales, aunque haya pasado el plazo para el restablecimiento de la legalidad.

G. El principio de proporcionalidad. La Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, ha declarado que «el principio de proporcionalidad no está explícitamente enunciado en la Constitución», y la 55/1996, de 28 de marzo, del citado órgano que «este principio no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros principios constitucionales, pero se puede inferir de otros principios constitucionales». El fundamento del principio de proporcionalidad ha sido muy diverso, desde su pretendida configuración como un principio general del derecho (STC 62/1982), como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, 50/1995 y 173/1995), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988 y 50/1995) o incluso de la dignidad de la persona (STC 160/1987). En cual-

⁵⁸ Ob. citada, pág. 89.

⁵⁹ Manuel REBOLLO PUIG. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo VI. Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*. Iustel. Madrid, 2009, pág. 141.

quier caso, el principio de proporcionalidad ⁶⁰ se ha implantado tanto en el ámbito sancionador ⁶¹ como en la restauración de la legalidad urbanística. Con carácter previo a la demolición se debe ofrecer al promotor la posibilidad de legalizar las obras incursas en el procedimiento de restauración de la legalidad, lo que se llevará a cabo solicitando la pertinente licencia, pero incluso en el supuesto de que la demolición sea finalmente procedente debe aplicarse el principio de proporcionalidad o de congruencia entre medios y fines, lo que se conoce en el ámbito de la disciplina urbanística con la denominación de «principio de menor demolición». PAYÀ GASENT ⁶² considera que este principio viene delimitado por determinadas circunstancias, cuales son la entidad de la infracción, el estado de la construcción, y, especialmente, la cuantificación de los costos de las obras adicionales que supondría la demolición del elemento objetivo de la infracción, la actuación de la Administración en el servicio público de inspección urbanística, en especial la vigilancia diligente de las actuaciones urbanísticas en sus fases iniciales, con el fin de evitar que se consoliden situaciones irreversibles, así como la presencia de terceros adquirentes de buena fe, circunstancia ésta que agrava y amplía las consecuencias dañosas inherentes a toda demolición. La jurisprudencia, obviamente, se ha hecho eco de este principio, ya que es permanentemente alegado por los recurrentes, declarando que opera en dos tipos de supuestos: a) con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables; b) con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1990 dispone que en el caso de Autos –construcción de cuartos trasteros en sótano ya existente– no ha existido algo que vaya frontal y directamente contra planes, proyectos u ordenanzas, sino, simplemente, un aprovechamiento más útil, sin lesión para el interés público, procediendo mantener la construcción de los referidos cuartos trasteros, anulando por ello los acuerdos municipales, por ser disconformes con el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido se pronuncia la de 24 de abril de 1991 cuando establece que no se puede clausurar un local cuando la mayor parte de las obras son legalizables, aunque alguna parte sea ilegal, si bien confirma la clausura de la parte no legalizable. La de 22 de noviembre de 1994, recurso de apelación 2584/1991, que no procede la demolición total de la planta ático, y sí la adecuación de la citada planta a la altura solicitada, con demolición del exceso que resulte. La de 18 de julio de 1995, recurso de apelación 8084/1990, indica que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo que procede la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición dispuesta, para concluir que no procederá, por tanto, la demolición en

⁶⁰ De hecho rige en toda la actuación de la Administración. Ya el artículo 6.º del Decreto de 17 de junio de 1955, dispuso que el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen, especificando que si fueran varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual. En similares términos, el artículo 84.2 de la Ley 7/1985.

⁶¹ La proporcionalidad es un elemento constitutivo de la infracción urbanística ya que la misma debe ser «proporcionada» al ilícito urbanístico cometido; pero también forma parte de la sanción, ya que la misma debe ser «proporcionada» a la infracción cometida. Y también se aplica el principio de proporcionalidad cuando se prohíbe que el establecimiento de sanciones pecuniarias no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas (Ley 30/1992. Art. 131.2), precepto que recogen todas las legislaciones autonómicas en materia de urbanismo: Ley de La Rioja 5/2006, artículo 221.4; Decreto Legislativo de Murcia 1/2005, artículo 236, etc.

⁶² Joseph Antoni PAYÀ GASENT. «La demolición en las infracciones urbanísticas: aproximación a los criterios de la jurisprudencia en la aplicación del principio de proporcionalidad». *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 99, 1989.

los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal. La de 27 de diciembre de 1988 aplica el principio de proporcionalidad para destacar lo injusto que resultaría la demolición de una pared maestra por sólo diez centímetros de exceso. Todas las Comunidades Autónomas han incorporado la doctrina del Tribunal Supremo a sus legislaciones, pudiendo citar a título de ejemplo, el artículo 182.3 de la Ley de Andalucía 7/2002, que dispone: «Reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aun con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición».

VII. LA POTESTAD JURISDICCIONAL DE JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO

Una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial ⁶³ efectiva consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa, tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, como el respeto a la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de cosa juzgada ⁶⁴ material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una resolución firme dictada en un proceso anterior ante las mismas partes; por ello, el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo, o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al resuelto por resolución judicial firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre las mismas partes, puedan desconocer o contradecir las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial que haya adquirido firmeza.

Dentro de este apartado vamos a examinar el Capítulo IV del Título III de la Ley 29/1998 relativo a la ejecución de sentencias, así como el Capítulo III del Título V de la citada Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa referido al procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos, para finalizar con la problemática que plantea la ejecución de las sentencias anulatorias de un plan urbanístico y con el estudio de los delitos sobre la ordenación del territorio, regulados en el Capítulo I del Título XVI del Código penal.

A. Ejecución de sentencias. El principio general en esta materia viene recogido en el artículo 105.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando en términos lapidarios decla-

⁶³ Sentencias del Tribunal Constitucional 144/2000 de 29 de mayo, 202/1998 de 14 de octubre, 240/1998 de 15 de diciembre, 108/1999 y 110/1999 ambas de 14 de junio, 170/1999 de 27 de septiembre, etc.

⁶⁴ La determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (STC 207/2000, entre otras).

ra que «no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo». Del contenido de los artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, conviene destacar varios aspectos:

- En primer lugar, lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 103 de la Ley 29/1998 cuando determina que «serán nulos de pleno Derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento». Como dice AGÚNDEZ FERNÁNDEZ ⁶⁵, tales actos y disposiciones son nulos por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva e incurrir en desviación de poder, en cuanto la finalidad de los mismos es eludir el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, contrariamente al objeto, contenido y destino que para el actuar administrativo tienen previsto los artículos 51.1 y 53.2 de la Ley 30/1992. El apartado cinco del precepto que comentamos establece que tal nulidad se declarará por el procedimiento incidental, siendo improcedente, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996, plantear un nuevo recurso contencioso o pleito judicial para someter a revisión judicial lo que ya está fallado definitivamente por sentencia judicial firme; no obstante, es admisible la impugnación autónoma cuando surjan cuestiones que por su entidad exijan un nuevo contencioso y cuando el acto de ejecución se desvíe del resolutorio cobijando en sí mismo vicios singulares (SSTS de 2 y 6 de diciembre de 1986). Desde esta perspectiva, los Tribunales del orden contencioso-administrativo han anulado las modificaciones del planeamiento encaminadas a impedir la ejecución de las sentencias firmes. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001, establece que sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute. En el mismo sentido, la de 10 de diciembre de 2003, recurso de casación 2550/2001, que aclara que si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico. Y la de 4 de octubre de 2006, recurso de casación 2100/2004, citando las de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004, en su fundamento de derecho octavo declara: «Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración».

⁶⁵ Antonio AGÚNDEZ FERNÁNDEZ. *Ley 29/1998, de 13 de julio, del proceso contencioso-administrativo. Comentarios y jurisprudencia*. Comares. Granada, 2000, pág. 654.

- En segundo término, el estudio de las causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, reguladas en el artículo 105.2 de la Ley 29/1998, así como en el 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, preceptos que habrá que interpretar en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, en palabras del Auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1991, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Hay imposibilidad material cuando es físicamente imposible cumplir los pronunciamientos del fallo; cuando así ocurre, es obvio que la Administración no podrá llevar a efecto la ejecución de la Sentencia, ya que por mucho que se esforzara el Tribunal en adoptar medidas en orden a la ejecución, no podría lograr lo que no es posible. El Tribunal Supremo ha considerado que no hay imposibilidad material de ejecución de la sentencia cuando el local afectado por la demolición se ha transmitido (ATS de 29 de abril de 1977), ni el cambio de las condiciones del local al que había de trasladarse una familia (STS de 21 de septiembre de 1994), ni cuando la altura del edificio levantado sólo ha de ser rebajada en un metro (STS de 22 de noviembre de 2005), etc. La imposibilidad legal se produce cuando la legislación ha cambiado, en el sentido de que la derogada se aplica en la fecha en que se dictó el fallo y la vigente en el momento de la ejecución de la sentencia, de tal forma que lo ilegal deviene en legal. Afirma GONZÁLEZ PÉREZ ⁶⁶ que el Auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1971 fue el primero que configuró como imposibilidad legal de ejecución la demolición de un inmueble legitimado por una nueva ordenación urbanística, reconociendo el derecho a indemnización. Un resumen de la doctrina jurisprudencial en esta materia lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2007, recurso de casación 7699/2004, cuando afirma que «la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la Ley jurisdiccional tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión, sino controlar si resulta ajustada a Derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, que la Administración obligada a ello considera que concurre, de modo que, en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta jurisdicción, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la Administración, sobre la que pesa el deber de ejecutar la sentencia, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de tal imposibilidad, bien por ser procedente la legalización de la obra bien por resultar materialmente imposible ejecutarla, pues, de lo contrario, la Sentencia tendrá que ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución, 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 a 105 de la Ley Jurisdiccional».
- Finalmente, vamos a analizar el incidente de ejecución regulado en el artículo 109 de la Ley 29/1998. Este incidente no tiene por objeto conminar expeditivamente a la Administración a cumplir el fallo, sino a resolver determinadas cuestiones relevantes para la correcta ejecución. Se trata, por ello, de un proceso declarativo o de cognición, inserto, no obstante, en la fase de ejecución de sentencia. El incidente lo pueden promover, mientras no conste en

⁶⁶ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Civitas, quinta edición. Pamplona, 2008, pág. 2.037.

Autos la total ejecución de la sentencia, la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, con la finalidad de decidir cuantas cuestiones se plantean en la ejecución, pero sin contradecir el contenido del fallo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1983, de 20 de octubre, establece que el órgano jurisdiccional ha de ajustarse a los pronunciamientos del fallo de la sentencia que debe ejecutarse, y si no lo hace así vulnerará el artículo 24 de la Constitución y, por tanto, es nula la resolución que se adopte.

B. Procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos. El artículo 127 de la Ley 29/1998 pretende salvaguardar la autonomía local, pues ya hemos visto que son inconstitucionales las normas que atribuyen a órganos de una Comunidad Autónoma la facultad de suspender actos locales. Como dice el Auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 1988, el acuerdo de suspensión es, ante todo, un acto administrativo inmediatamente ejecutivo, pero, además y mediante el traslado al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, provoca un proceso, lo que significa que dicho acuerdo constituye una pretensión de anulación formulada por el órgano administrativo que decide la suspensión. La jurisprudencia no es unánime sobre si la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto del acto nulo. Al respecto, se ha entendido que si la sentencia dictada no se limita a dejar sin efecto la suspensión, sino que declara que el acto suspendido es contrario a Derecho, constituyendo un pronunciamiento judicial firme que sanciona de manera definitiva la legalidad material del acto, se ha de apreciar la cosa juzgada material, pues en otro caso se quebrantaría de modo esencial el principio de seguridad jurídica que constituye el fundamento y razón de ser de la cosa juzgada (STS de 1 de octubre de 1985), es decir, sólo produce efectos de cosa juzgada la sentencia que anula el acto, pero no la que meramente levanta la suspensión (STS de 24 de mayo de 1982). El caso típico de suspensión de acuerdos y su posterior traslado a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁷ es la anulación de la propia licencia por constituir una infracción urbanística grave o muy grave, pues en los supuestos de obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la misma, no procede la aplicación del artículo 127 de la Ley 29/1998 al no haber acto administrativo susceptible de suspensión, si bien el promotor podrá ejercitar cuantas acciones convengan a su derecho, especialmente la interposición de recurso contencioso ordinario. Como afirma Tomás-Ramón FERNÁNDEZ⁶⁸, «la Ley del suelo resuelve el problema con absoluta limpieza y corrección técnica, asegurando, de una parte, que los hechos no se consumen definitivamente gracias a la paralización inmediata de las obras que se permite acordar a la autoridad urbanística, y garantizando, por otra parte, al particular frente a eventuales errores o abusos de la Administración al remitir la decisión definitiva del conflicto a los Tribunales».

C. La ejecución de sentencias que anulan un plan urbanístico. El artículo 73 de la Ley 29/1998, dispone: «Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzará efectos generales». El problema de la ejecución de este tipo de Sentencias radica en el habitual estado de consolidación de las construcciones y edificaciones presentes

⁶⁷ El artículo 186.3 del Real Decreto 1346/1976 establece un plazo de tres días para dar traslado directo de dicho acuerdo a los órganos del orden contencioso.

⁶⁸ Ob. citada, pág. 203.

en el momento de pronunciarse la sentencia. Como afirma GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ ⁶⁹, al margen de los supuestos de imposibilidad de ejecución, por haber desaparecido el objeto de la sentencia, no es infrecuente que los casos de ejecución o cumplimiento posible de la sentencia admitan a priori diferentes maneras de ejecución en función de la realidad fáctica existente: subsanación del vicio, elaboración del nuevo plan, revisión de las licencias, retroacción de actuaciones y modificación del plan, reviviscencia del anterior, demolición de edificaciones, posibles indemnizaciones, etc.

D. Delitos sobre la ordenación del territorio. El apartado primero del artículo 319 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal sanciona ⁷⁰ con pena de prisión de seis meses a tres años la construcción no autorizada en suelos de especial protección –viales, zonas verdes, bienes de dominio público, etc.– y el apartado segundo de la citada norma, con pena de prisión de seis meses a dos años la edificación no autorizable en suelo no urbanizable; estamos, lógicamente, en presencia de una ley penal en blanco, lo que obligará al Juez instructor a remitirse a la correspondiente legislación autonómica y estatal. QUINTERO OLIVARES ⁷¹ afirma en lo que respecta a la forma de descripción del hecho típico, que se trata de un delito de los denominados de mera actividad, que no requiere la manifestación de un resultado separado, en su realización en el mundo exterior, de la acción típica e imputable a la misma; respecto del tipo subjetivo, ya vimos que se trata de un delito que sólo puede cometerse de forma dolosa, si bien cabe el dolo eventual. La doctrina lo conceptúa como un delito especial en cuanto que sólo pueden ser sujeto activo del mismo los promotores, constructores o técnicos directivos, si bien el artículo 320 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario que haya incurrido en prevaricación urbanística. El apartado tercero del artículo 319 del Código Penal establece que «en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe». La naturaleza jurídica de esta facultad de demolición la podemos obtener, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 23 de abril de 2009 que dispone: «Ciertamente, la demolición no es una sanción, sino una medida de carácter reparativo, de lo que se deduce que tal calificación permitiría dejar sin efecto la condena a la demolición, si se produce una modificación del planeamiento que la convirtiera en innecesaria. La demolición no puede calificarse como responsabilidad civil derivada del delito dado su carácter facultativo; no es una pena puesto que no está recogida en el catálogo de penas previstas en el Código Penal. Es una consecuencia jurídica del delito prevista en la norma, que en definitiva puede restaurar el orden jurídico conculcado, y en el ámbito de la política criminal, disuadir de llevar a cabo edificaciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística en concreto y sobre todo contra el bien jurídico protegido, que no es otro, sino contra la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, debiendo tenerse en cuenta que la consideración de la demolición como parte de la responsabilidad derivada del delito permite dejar a la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal». La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2006 es muy escéptica respecto de la utilización de esta posibilidad por parte de los Tribunales, ya que

⁶⁹ Santiago GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ. *Urbanismo y ordenación del territorio*. Thomson-Aranzadi, cuarta edición. Navarra, 2007, pág. 1.036.

⁷⁰ Además de la prisión está prevista la multa y la inhabilitación especial para profesión u oficio.

⁷¹ Gonzalo QUINTERO OLIVARES. *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Thomson, quinta edición. Pamplona, 2005, pág. 1.140.

afirma: «Probablemente no existe sanción más eficaz contra este tipo de actuaciones que el restablecimiento de la situación anterior mediante la destrucción de lo ilegalmente construido a costa del culpable y desde cualquier lógica se observan escasas situaciones que no justifican la adopción de una medida tal, ante la firmeza de una Sentencia condenatoria por construcción ilegal, sin embargo las Fiscalías constatan el rechazo de los Tribunales a la petición expresa de demolición por la vía del artículo 319.3 solicitada por el Fiscal... La consecuencia es la perpetuación de la obra ilegal ya que difícilmente la Administración va a proceder a una demolición que el propio juzgador que impone la condena no ha considerado oportuno imponer».

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

El artículo 106.2 de la Constitución dispone que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», disponiendo el 149.1.18.^a de la Carta Magna que el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas es competencia exclusiva del Estado. El mandato constitucional se ha incorporado a la Ley 30/1992, cuyo Título X regula la «responsabilidad patrimonial de la Administración pública», que ha sido desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. A tenor del artículo 2.º e) de la Ley 29/1998, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tiene la competencia exclusiva en relación con «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órganos jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad», terminando de esta forma con el «peregrinaje» de los administrados por los diferentes órdenes jurisdiccionales.

Siguiendo a PARADA VÁZQUEZ ⁷² podemos establecer los siguientes presupuestos básicos de imputación de la responsabilidad a la Administración:

- Servicio público como actividad administrativa o función estatal. La responsabilidad que garantiza la Constitución (CE. Art. 9.º 3) alcanza no sólo al poder ejecutivo, sino al legislativo y judicial, extendiéndose la responsabilidad del ejecutivo a toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerza, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.
- Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. La responsabilidad de la Administración deja de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado y se convierte en un mecanismo objetivo de reparación que se pone en funcionamiento sólo

⁷² José Ramón PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo I. Parte general*. Marcial Pons, decimosexta edición. Madrid, 2007, pág. 567 a 572.

cuando se ha producido una lesión patrimonial; pero además, se requiere que tal lesión o detrimento patrimonial sea antijurídico, no porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. La Administración responderá cuando el daño lo provoque un caso fortuito, pero no en supuestos de fuerza mayor, si bien la carga de la prueba compete a la propia Administración. Dicha responsabilidad además de objetiva es directa, es decir, independiente de que el funcionario haya actuado de forma diligente o con dolo.

Los demás elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas son:

- La lesión: daños resarcibles y conceptos indemnizatorios. El daño alegado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Son indemnizables los daños causados en cualesquiera bienes y derechos, por lo cual se hace posible el resarcimiento de todo tipo de daños, tanto materiales como personales, e incluso, los propios daños morales. Sólo se excluyen, y no por la naturaleza de los daños, sino por su falta de efectividad, los llamados daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales.
- La relación de causalidad. Entre el daño y la acción u omisión del agente debe existir un nexo causal que la Ley 30/1992 expresa diciendo que «la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». La jurisprudencia ha acudido tanto a la teoría de la equivalencia de condiciones como a la teoría de la causación adecuada, declarando que el hecho de un tercero o la falta de la víctima pueden atenuar e incluso eliminar la responsabilidad de la propia Administración.
- Extensión de la reparación y su valoración. La indemnización equivale a una reparación íntegra de los daños que comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente. Las valoraciones del suelo, las instalaciones, construcciones y edificaciones, y los derechos constituidos sobre o en relación con ellos se rigen por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2008 ⁷³, según dispone el artículo 21.1 d) del citado texto refundido. En el contexto reglado del urbanismo, como afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 19 de noviembre de 2008, sólo son daños indemnizables aquellos realizados directamente en ejecución de la licencia anulada que respeten estrictamente la legalidad urbanística que la misma confirmaba antes de su anulación. No cabe, por tanto, indemnizar los costes de obras no comprendidos en la licencia o no autorizados por el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus facultades de control.
- Plazo de reclamación y procedimiento. El derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños físicos o psíquicos personales, el plazo empieza a computarse desde la curación o

⁷³ Los criterios de valoración establecidos en los artículos 21 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2008 se aplican no sólo para determinar la responsabilidad de la Administración, sino para fijar el justiprecio en las expropiaciones, el precio en la venta o sustitución forzosa y, por supuesto, en materia de urbanismo.

determinación del alcance de las secuelas. Para el inicio del cómputo del plazo de prescripción la jurisprudencia sigue la teoría de la *actio nata*, según la cual el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos, es decir, la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, esto es, el daño y la comprobación de su ilegitimidad; y respecto de la interrupción de la prescripción, la misma se produce en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello (STS de 10 de junio de 2008).

La responsabilidad por actos de la Administración de Justicia viene regulada en el artículo 121 de la Constitución y en los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica 6/1985. El artículo 121 de la Constitución dispone: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley»; en lo atinente al error judicial, el artículo 293 de la Ley Orgánica 6/1985 establece que «la reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca».

La responsabilidad del Estado por actos o normas del poder legislativo se produce cuando hay una desposesión de bienes o servicios de entes privados o de actividades lícitas a favor del sector público. El artículo 139.3 de la Ley 30/1992 la regula en los siguientes términos: «Las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». Nos interesa especialmente el estudio de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, cuyo artículo 8.º dispone que «no se admitirán más derechos que los de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con la presente ley, careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad»; respecto de las servidumbres legales, el artículo 23 establece que «la servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar», estando prohibidas en dicha franja, según dispone el artículo 25 de la citada ley, entre otras, las edificaciones destinadas a residencia o habitación y la construcción o modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio. La Ley de costas ha evitado todo tipo de indemnizaciones por la privación de propiedades antes privadas sobre la zona marítimo-terrestre, otorgando a los perjudicados un título de concesión administrativa sobre los bienes ahora demaniales por un plazo máximo de sesenta años, habiendo declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 149/1991, de 4 de julio, que la transformación de la propiedad privada en concesión implica una muy singular forma de expropiación, respecto de la que no cabe hablar de inexistencia de indemnización.

Desde el punto de vista urbanístico, los supuestos indemnizatorios se regulan fundamentalmente en el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008, si bien otros artículos del propio texto refundido recogen este derecho, como por ejemplo, los artículos 3.º 1, 6.º b), 11.5, etc. Ya dijimos que la anulación⁷⁴ y la revocación de la licencia dan derecho a indemnización, tal y como ya afirmara el artículo 16.3 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, en los siguientes términos: «La revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación y la anulación por la causa señalada en el párrafo anterior, comportarán el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren». El artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008 lo expresa diciendo: «Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: [c] 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». A juicio de Esteban CORRAL GARCÍA⁷⁵, el precepto en cuestión comprende no sólo las licencias sino cualquier título administrativo habilitante, como puede ser la autorización, la aprobación o la orden de ejecución, y afecta no sólo a la extinción del título sino también a su modificación, cuyo origen puede ser tanto un cambio de planeamiento urbanístico como un cambio de ordenación territorial. En estos casos, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración y, por tanto, indemnización, no puede haber dolo, culpa o negligencia grave imputable al perjudicado. La carga de probar que concurre tal circunstancia corresponde a la Administración y para ello no basta el conocimiento del peticionario de la ilegalidad de la licencia, porque según el Tribunal Supremo, Sentencia de 16 de junio de 1984, la Administración está obligada a comprobar que el proyecto presentado se adecua al ordenamiento jurídico.

Ya sabemos que la Administración, como cualquier otro sujeto, puede incurrir en responsabilidad si no ejecuta una sentencia en sus propios términos, tal y como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de julio de 2007, cuyo fundamento de derecho sexto dice: «De aquí que conforme preceptúa el artículo 109 de la Ley jurisdiccional, en relación con el 103, el órgano de la Administración pública, que infrinja su deber fundamental de ejecutar lo dispuesto en sentencia firme, podrá incurrir en responsabilidad civil e incluso criminal, responsabilidad patrimonial exigible tanto en el supuesto de incumplimiento total como en los de cumplimiento defectuoso o con demora negligente en el mismo». Pero, en este momento, la pregunta que debemos formularnos es si la Administración incurre en responsabilidad cuando anula una licencia en vía de recurso administrativo o bien cuando es un Tribunal el que anula la licencia concedida por la Administración y, por tanto, ordena demoler lo construido. Y a la inversa, si el administrado tiene derecho a ser indemnizado cuando, habiendo soportado un daño efectivo, no ha incurrido en dolo o culpa grave. Si la anulación proviene de la revisión de oficio ya hemos visto que la respuesta es afirmativa, y al mismo resultado deberíamos llegar si la anulación es en vía de recurso, ya sea administrativo o jurisdiccio-

⁷⁴ Véase el artículo 232 del Real Decreto 1346/1976. El artículo 38 del Real Decreto 2187/1978 dispone: «La procedencia de indemnización por causa de anulación de licencias en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración». Y el 39: «En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

⁷⁵ AA. VV. *Ley del Suelo. Comentario sistemático a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo*. La Ley. El consultor de los Ayuntamientos. Madrid, 2007, pág. 785.

nal. El razonamiento lo basamos en los propios preceptos que regulan la responsabilidad extracontractual y en el principio de confianza legítima que vincula a la Administración y al propietario de buena fe (Ley 30/1992. Art. 3.º 1), de tal forma que el administrado que obtiene la licencia de obras y la de primera ocupación tiene la seguridad de que los sucesivos adquirentes serán indemnizados si su propiedad es derruida por una resolución judicial, y ello es así tanto si la licencia se concedió *ab initio* o bien para legalizar las obras realizadas sin licencia. GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ ⁷⁶ propone la siguiente escala de determinación de responsabilidades:

- Si el particular actúa con engaño, u oculta interesadamente datos a la Administración, es claro que la responsabilidad es suya exclusiva (STS de 15 de abril de 2003).
- Si el solicitante presenta en regla la licencia y el proyecto de obras y la Administración corrige estos datos equivocándose es clara igualmente la responsabilidad de la Administración.
- El supuesto anterior es diferente de aquel otro en que el Ayuntamiento comete un error por omisión, es decir, porque el propio particular interesado no presentó en regla sino defectuosamente la licencia y el Ayuntamiento no se da cuenta del error conforme a ley.
- El solicitante induce al error de la Administración. Dentro de esta situación se contempla (STS de 20 de noviembre de 1979) el caso en que se presenta una solicitud silenciando datos de consideración necesaria, supuesto en el cual no existe responsabilidad administrativa.

El artículo 142.4 de la Ley 30/1992 dispone que «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva». Al respecto, hay que destacar que en los supuestos de demolición el daño efectivo no se produce hasta que la finca no se derriba, motivo por el cual no se podrá exigir a la Administración responsabilidad alguna hasta que dicho derribo se produzca. La jurisprudencia ha llegado a reconocer daños morales a los administrados que han visto afectadas sus propiedades por una sentencia de derribo, sin que el mismo se haya llevado a cabo (SSTSJ de Cantabria de 9 de marzo de 2005, 13 de marzo de 2006, 7 de noviembre de 2006, etc.), bien entendido que cuando se produzca el derribo de sus propiedades empezará a correr el plazo de prescripción de la acción. Ahora bien, antes de procederse al derribo, los recurrentes, en general, intentan que la sentencia firme no se ejecute, alegando causas de imposibilidad material o legal, con lo cual nuevamente conocerá el Tribunal Supremo del recurso de casación contra los autos de inexecución de sentencia. Llegados a este punto, tenemos que reiterar lo anteriormente dicho respecto de la ejecución de Sentencias, esto es, que los Tribunales del orden contencioso-administrativo han anulado las modificaciones del planeamiento encaminadas a impedir la ejecución de sus propias sentencias firmes.

⁷⁶ Ob. citada, pág. 994.

IX. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

Queremos averiguar en este momento quién es el responsable de que una edificación se derribe, y en esta materia tenemos que reconocer cierta asimetría entre la responsabilidad imputable a la Administración y la imputable a los demás agentes de la edificación, ya que mientras la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, la responsabilidad de los segundos, requiere de cierta culpabilidad, no sólo en lo atinente a la posible comisión de una infracción urbanística, sino en lo tocante a la responsabilidad civil frente al propietario de la finca derruida. Lógicamente, cuando el daño sea efectivo, es decir, cuando el derribo se produzca y el damnificado considere que además de la Administración hay otros responsables, deberá utilizar la vía contencioso-administrativa para demandar a todos los presuntos responsables; pero si los responsables son los agentes de la edificación que cita la Ley 38/1999, la jurisdicción competente será la civil. También es asimétrica la solvencia de la Administración y la de los agentes de la edificación, ya que para cada promoción se constituye una sociedad de responsabilidad limitada con escaso capital y abundante endeudamiento, siendo así que el artículo 106.1 de la Ley 29/1998 prevé la posibilidad de que la Administración realice una modificación presupuestaria para hacer frente a la condena pecuniaria.

En este apartado vamos a suponer que la Administración no tiene ninguna responsabilidad respecto de las obras ilegales, las cuales se habrán realizado sin licencia y no será posible legalizarlas con posterioridad, o bien el promotor no habrá iniciado el oportuno procedimiento para su legalización, y ello con independencia de que el Catastro gire los oportunos recibos en concepto de impuesto sobre bienes inmuebles; no obstante, la Administración, en todo caso, tiene el deber de inspeccionar los actos de edificación y uso del suelo, así como la obligación de instruir los correspondientes expedientes sancionadores por las presuntas infracciones urbanísticas cometidas en su territorio y la pregunta que debemos formularnos es qué consecuencias jurídicas tiene la dejación de dichas funciones.

La función inspectora viene recogida en todos los textos refundidos que regulan la Ley del suelo ⁷⁷, habiendo sido incorporada a la legislación urbanística de todas las Comunidades Autónomas. Como ejemplo podemos citar el artículo 175.1 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha que obliga a los municipios de más de 10.000 habitantes de derecho y a la Junta de Comunidades a contar con una unidad administrativa destinada a la función inspectora; y el ejercicio de dicha función, según establece el artículo 174.3 de la citada norma autonómica, comprende fundamentalmente las siguientes potestades y facultades: a) investigación y acceso a registros y archivos para el ejercicio de sus funciones y b) levantar actas de inspección que gozarán de presunción de veracidad respecto de los hechos que en ellas se consignen. Ahora bien, como regla general, el incumplimiento de dicho deber o la escasa eficacia del servicio no pueden generar una culpa *in vigilando*, que predetermine un funcionamiento anormal de los servicios públicos; pero el artículo 185.3 del citado Decreto Legislativo 1/2004 dispone que incurrirán en responsabilidad urbanística las autoridades con competencia en materia territorial y urbanística y el personal que de

⁷⁷ Véanse los artículos 189 y 190 del Real Decreto 1346/1976.

ellas dependa cuando dejen de ejercer las potestades de inspección, legalización, reparación y sanción de las infracciones urbanísticas, lo que puede suponer que en casos palmarios y muy graves surja la responsabilidad patrimonial de la Administración que no actuó diligentemente, entre los cuales podemos citar las denuncias bien fundamentadas y no tramitadas, los retrasos inexcusables del propio servicio de inspección, el incumplimiento flagrante de las ordenanzas relativas a la inspección técnica de edificaciones, etc.

Lo mismo cabe decir respecto de los procedimientos sancionadores iniciados a los presuntos responsables, en los cuales deberá constar el grado de culpabilidad que han tenido en la comisión de la infracción urbanística, pero el no sancionar determinadas conductas o los errores cometidos en la fase de instrucción no predetermina la responsabilidad de la Administración, y ello con independencia de la posible infracción que hubiere podido cometer el funcionario o la autoridad que no haya cumplido sus funciones diligentemente. Lógicamente, será muy importante conocer la opinión de la Administración referida al grado de culpabilidad de los presuntos infractores, pues será de gran ayuda a la hora de determinar la responsabilidad de éstos en otros órdenes jurisdiccionales.

Ya el artículo 213.1 de la Ley del suelo de 1956 establecía que «cualquier persona que por violación de esta ley o de los planes de ordenación sufre daño o perjuicio podrá exigir del infractor el resarcimiento e indemnización». Dicho precepto pasó al Real Decreto 1346/1976, cuyo artículo 229 dispone que: «Los que, como consecuencia de una infracción urbanística, sufrieren daño o perjuicio podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento e indemnización». Prácticamente todas las Comunidades Autónomas han asumido en sus respectivos ordenamientos esta disposición, por ejemplo, el artículo 220.4 de la Ley de La Rioja 5/2006, la reproduce en sus propios términos. Este «resarcimiento e indemnización» se tendrá que plantear ante los Tribunales civiles y al respecto es fundamental lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 38/1999⁷⁸, cuyo apartado 2 establece que «la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta ley, se deba responder»; y el apartado 3 del citado precepto añade: «No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción».

En una primera aproximación, podemos indicar que el propietario que vea demoler su vivienda, sin responsabilidad alguna de la Administración, tendrá que demandar ante la jurisdicción civil a todos los agentes que hayan intervenido en la construcción, para que el juez de primera instancia depure las correspondientes responsabilidades, supuesto en el cual el Juzgado podrá aplicar las garantías del artículo 19 de la citada Ley 38/1999 para cubrir las posibles responsabilidades de los diferentes agentes, si bien los plazos de garantía son relativamente cortos –uno, tres y diez años, según la gravedad de los vicios y defectos de la construcción– en comparación con la duración de los procesos judiciales.

⁷⁸ El Capítulo IV de la Ley 38/1999 se refiere a las «responsabilidades y garantías»; lo relativo a las responsabilidades es plenamente aplicable a la demolición de edificaciones.

Las obligaciones del promotor vienen determinadas en diversas normas, tanto estatales como autonómicas. De hecho, la propia Ley 38/1999, las especifica en su artículo 9.º 2 y recoge en el artículo 7.º el denominado «libro del edificio», que será entregado a los usuarios finales del mismo, y que está regulado en las respectivas legislaciones autonómicas, por ejemplo, en Extremadura viene establecido en el Decreto 165/2006, de 19 de septiembre, donde entre otras especificaciones se recogen las relativas a licencias, certificados y autorizaciones. La normativa autonómica también regula las obligaciones del promotor, por ejemplo, el artículo 25 d) de la ya citada Ley 2/2007, de vivienda de La Rioja establece que en las compraventas de viviendas terminadas de nueva construcción se exigirá «la licencia de ocupación, y en el supuesto de viviendas protegidas de nueva construcción, en primera transmisión, la cédula de calificación definitiva»; y el artículo 26.3 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, de calidad de la edificación de la Comunidad Valenciana, dispone que «el promotor, antes del comienzo de las obras, facilitará, al menos, al constructor y a la dirección facultativa intervinientes en la construcción, copia de las licencias y autorizaciones necesarias para la ejecución de las obras», añadiendo el 27.6 de la citada ley autonómica que «la concesión de la licencia municipal de edificación será exigible para la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva, de conformidad con las previsiones de la legislación vigente». En el ámbito estatal, hay que citar el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que protege a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda, cuyo artículo 5.º 1 dispone que cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, «copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para su utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios».

Ya vimos que la licencia de obras conlleva necesariamente la incorporación del oportuno proyecto. Las normas sobre redacción de proyectos y dirección de obras de edificación, aprobadas por Decreto 462/1971, de 11 de marzo, diferencian claramente, como su propio título indica, entre el proyecto de obras y la dirección técnica de las mismas que, en general, serán realizados por un solo arquitecto. El artículo 5.º q) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, establece que corresponde a las citadas Corporaciones «visar los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así se establezca expresamente en los Estatutos generales». El visado colegial, afirma CARCELLER FERNÁNDEZ⁷⁹, consiste en el examen y reconocimiento de un proyecto técnico, efectuado por un colegio profesional, para constatar si procede de técnico titulado, apto para el ejercicio de la profesión, y si contiene las exigencias formales previstas en cada caso, así como si cumple las normas urbanísticas. El visado colegial urbanístico fue introducido por el artículo 228.3 del Real Decreto 1346/1976⁸⁰ como un instrumento, si bien auxiliar, de disciplina urbanística, que no interfiere la competencia municipal para el otorgamiento o denegación de la licencia.

⁷⁹ Ob. citada, pág. 122.

⁸⁰ Desarrollado posteriormente por el Reglamento de disciplina urbanística, en sus artículos 45 a 50.

X. LA DEMOLICIÓN DE LO EDIFICADO

A. El Registro de la Propiedad. Nuestro sistema registral es de títulos y no de fincas en su consideración física, por lo que la eficacia que despliega el Registro no alcanza a la realidad material y superficial de los inmuebles que a él acceden. El artículo 107.1 de la Ley 29/1998 dispone que «si la sentencia anulase total o parcialmente el acto impugnado, el Juez o Tribunal dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado»; dicho precepto se refiere a todo tipo de registros, pero el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, como ya estableciera también el artículo 1.º del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, dispone que podrán inscribirse, entre otros: [3] La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas; [6] La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención; [7] Las sentencias firmes en que se declare la anulación a que se refiere el apartado anterior, cuando se concretan a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento. Del tenor literal de las normas antes citadas y de la jurisprudencia (STS de 27 de febrero de 1980) concluimos que no es obligatoria la inscripción de los referidos actos, sino que se otorga una opción o facultad de hacerlo, si así lo acuerda el órgano competente. El Real Decreto 1093/1997 regula estas inscripciones, anotaciones preventivas o notas marginales en los siguientes artículos:

- Anotaciones preventivas dictadas en procedimiento de disciplina urbanística, artículos 56 a 66. El artículo 56 dispone: «La Administración legalmente competente, con el fin de asegurar el resultado de los expedientes de disciplina urbanística y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieron con anterioridad a la infracción, podrá acordar que se tome anotación preventiva de la incoación de dichos expedientes. La anotación sólo podrá practicarse sobre la finca en que se presuma cometida la infracción o incumplida la obligación de que se trate en cada caso».
- Anotaciones preventivas ordenadas en proceso contencioso-administrativo, artículos 67 a 72. Dispone el artículo 67: «El que promoviere recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias, podrá solicitar, con el escrito de interposición o después, si existiese justificación suficiente, que se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado, ofreciendo indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación». Este precepto es puro voluntarismo porque exige que el instante aporte garantía suficiente que perderá en el supuesto de desestimación del recurso contencioso.
- Notas marginales, artículos 73 a 77. El artículo 75 es del siguiente tenor: «Cuando la licencia de edificación, a cuyo amparo haya sido realizada una obra nueva, sea posteriormente

declarada ilegal, por contravenir la ordenación urbanística aplicable, se hará constar por nota marginal. La nota se tomará en virtud de certificación de la resolución administrativa firme, o, en su caso, de la sentencia, en las que se declare la ilegalidad de la licencia y que el titular registral ha sido citado en el procedimiento».

B. Los terceros adquirentes de buena fe. Frente a estos derechos de terceros se opone el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de quien ha obtenido una sentencia favorable a la demolición del inmueble, y ese derecho goza de la protección del recurso de amparo, no así el derecho a una vivienda digna y adecuada, ya que el artículo 47 de la Constitución está ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución; ahora bien, cuando la edificación que se pretenda demoler constituya el domicilio de una persona, física o jurídica⁸¹, podríamos considerar que se está violando el mismo y, en el supuesto de una persona física, que afecta a la integridad física y moral de sus ocupantes. El Tribunal Constitucional en Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, exigió autorización judicial para ejecutar un acto administrativo que requería la entrada en un domicilio⁸² ante la negativa del titular a facilitar el acceso, y dicha doctrina se ha consolidado en nuestra legislación en los artículos 96.3 de la Ley 30/1992 y 8.º 6 de la Ley 29/1998. El domicilio, desde la perspectiva constitucional, es el espacio en el cual el ciudadano vive sin estar sujeto a los condicionantes sociales y en el que ejerce su libertad más íntima. Ninguna duda cabe de que la Constitución brinda a las personas físicas una protección plena de este derecho, ampliada por la jurisprudencia que considera domicilio constitucionalmente protegido las habitaciones de los hoteles, pensiones y casas de huéspedes, mientras dure la estancia en las mismas (STC 10/2002 que declara la inconstitucionalidad del art. 557 de la LECrim.), las autocaravanas y rulotes (STS de 29 de enero de 2001) o cualquier automóvil que de hecho cumpla esa función (STS de 19 de enero de 2005), las edificaciones ruinosas o semi-derruidas que sirvan de alojamiento a una familia (SSTS de 23 de octubre de 1997, 19 de mayo de 1998, 14 de junio de 2004) o de cobijo a personas sin residencia fija (STS de 15 de diciembre de 1994), el jardín o terraza de un bar en el que exista una vivienda con unidad estructural, siempre que el negocio se encuentre cerrado al público en el momento de practicarse el registro (STS de 4 de noviembre de 2002), la rebotica de una farmacia (STS de 3 de septiembre de 2002), las tiendas de campaña, las chabolas (SSTS de 26 de junio de 1993, 15 de octubre de 1994), etc. La doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 12 de mayo de 2006, 6 de febrero de 2007, 9 de julio de 2007, 4 de febrero de 2009, 29 de abril de 2009, etc.) ha precisado que: «Los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley hipotecaria porque éste protege el

⁸¹ El Tribunal Constitucional ha declarado, en Sentencia 137/1985, que también las personas jurídicas gozan, con ciertos matices, de la inviolabilidad de su domicilio o sede social, estando garantizada la inviolabilidad de las zonas que no tienen acceso al público.

⁸² Se trataba precisamente de demoler un inmueble adquirido por un tercero de buena fe que incumplía el planeamiento urbanístico.

derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del Real Decreto 1346/1976». Ahora bien, el autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar que construye sin licencia de obras no podrá exigir ninguna responsabilidad a los demás agentes⁸³ que intervienen en la edificación. El problema surge cuando el autopromotor transmite la edificación a un tercero⁸⁴ que adquiere de buena fe, problema al que intentaremos dar solución al final de este trabajo.

XI. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL INFORME AUKEN.

La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, describe un panorama absolutamente desolador del urbanismo en España. Su contenido, fiel reflejo de la realidad, nos merece las siguientes consideraciones:

1. El sistema judicial español presenta procesos de «larga cola»⁸⁵; por ejemplo, si analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2010, recurso de casación 3699/2008, podemos hacer el siguiente seguimiento de fechas: 25 de mayo de 1994, el Ayuntamiento de Sabadell aprueba definitivamente un determinado Estudio de Detalle; 14 de octubre de 1997, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anula el Estudio de Detalle y determinadas licencias, acordando el derribo de aquella parte de lo edificado que, en ejecución de la presente sentencia, se acredite que no es legalizable en función de la normativa urbanística aplicable; 4 de marzo de 2002, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación; 18 de febrero de 2004, la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona aprueba determinado Plan Especial; 4 de enero de 2008, Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimando incidente de nulidad; 14 de marzo de 2008, Auto del citado Tribunal desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el Auto de fecha 4 de enero de 2008; 15 de febrero de 2010, Sentencia del Tribunal Supremo estimando parcialmente recurso de casación contra el Auto de 14 de marzo de 2008; sin embargo, el proceso no termina aquí, pues como afirma el fundamento de derecho séptimo de la sen-

⁸³ Todos ellos incurrirán en una infracción urbanística.

⁸⁴ La disposición adicional segunda de la Ley 38/1999 obliga al autopromotor que transmite inter vivos la vivienda unifamiliar a contratar las garantías reguladas en el artículo 19 de la ley.

⁸⁵ El informe Auken expresa su preocupación y desaliento por el hecho de que las autoridades judiciales españolas hayan puesto de manifiesto que no están debidamente preparadas para hacer frente a las repercusiones de la urbanización masiva en las vidas de las personas, como prueban las miles de reclamaciones recibidas por el Parlamento y su comisión permanente en la materia.

tencia que comentamos, «no cabe hacer el pronunciamiento que pretende el recurrente en orden al derribo de la parte de la edificación ilegal e ilegalizable, pues en el incidente de nulidad promovido al amparo de lo previsto en el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, al que se contrae este recurso de casación, hemos de limitarnos a declarar la nulidad de aquellos actos o disposiciones que son contrarios a lo resuelto en la sentencia y que consideramos dictados para eludir el cumplimiento de aquélla. La decisión acerca de los demás cuestiones e incidencias que se susciten en relación con el cumplimiento de la sentencia, en particular las relativas a la demolición de la parte edificada que no resulte legalizable, son ajenas a este incidente de nulidad y habrán de adoptarse en el incidente de ejecución de la sentencia. Eso sí, en el bien entendido de que al resolver sobre tales cuestiones en ningún caso podrá acordarse la legalización de lo edificado sobre la base de las determinaciones del Plan Especial que aquí se declaran nulas».

2. Es desproporcionado que el comprador de buena fe asuma todos los costes de una edificación ilegal, incluso el propio gasto del derribo. Los arquitectos tienen sus propias mutuas que cubren las responsabilidades profesionales en que puedan incurrir; sin embargo, la inmensa mayoría de las promotoras son insolventes, con lo cual la acción de regreso es inviable. El informe Auken considera que si los particulares que adquirieron una propiedad en España a sabiendas de la probable ilegalidad de la transacción realizada pueden ser obligados a soportar los costes del riesgo que asumieron, con más razón debe aplicarse por analogía este mismo razonamiento a los profesionales del sector; por consiguiente, los promotores que celebraron contratos de cuya ilegalidad deberían haber tenido conocimiento no deben tener derecho a compensación por el abandono de unos proyectos debido a la falta de conformidad con la legislación nacional y comunitaria, ni deben tampoco gozar de un derecho de recuperación automática de los pagos ya abonados a los municipios, si dichos pagos se realizaron a sabiendas de la probable ilegalidad del contrato que estaban celebrando.
3. Es impecable la doctrina del Tribunal Constitucional que exige autorización del Juzgado de lo contencioso-administrativo para ejecutar un acto firme, pero dicha doctrina es insuficiente para resolver el problema que nos ocupa, ya que el comprador de buena fe, que ve derruida su residencia habitual, queda privado de su libertad, de su dignidad y de su vida privada y familiar, con grave merma de su integridad física y moral; para ello, basta imaginar la situación de un ciudadano europeo⁸⁶ que invierte todo su patrimonio en una vivienda en España que posteriormente es derruida al no poder ser legalizada. El adquirente diligente debe consultar la situación registral de la finca que pretende adquirir, pero ahí terminan sus obligaciones antes de celebrar el contrato de compraventa. Si en el Registro de la Propiedad constan las anotaciones preventivas y las notas marginales antes citadas, el comprador sabe perfectamente a que atenerse, pero como en la práctica dichas anotaciones no se practican, el comprador queda absolutamente desprotegido. La cuestión que podemos plantearnos es

⁸⁶ El epígrafe AH del informe Auken dispone: «Considerando que muchos miles de ciudadanos europeos, en diferentes circunstancias, han adquirido propiedades en España de buena fe, actuando conjuntamente con abogados locales, urbanistas y arquitectos, sólo para descubrir más adelante que han sido víctimas de abusos urbanísticos cometidos por autoridades locales poco escrupulosas y que, en consecuencia, sus propiedades se enfrentan a la demolición porque se ha descubierto que han sido edificadas ilegalmente y, por lo tanto, no tienen valor y no pueden venderse.

- si los otros sujetos que intervienen en la operación asumen alguna responsabilidad; nos referimos a las entidades financieras, abogados, asesores inmobiliarios, notarios y registradores, agentes de la propiedad inmobiliaria, compañías de seguros, etc.
4. Una vez agotadas las vías de recurso interno, y entendemos que procede recurso de amparo en defensa de la libertad, la dignidad, la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar, los damnificados deben acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues el artículo 1, párrafo primero, del Protocolo adicional número 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos declara que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes», ya que las presuntas violaciones del derecho fundamental a la propiedad no entran dentro de la competencia del Tribunal de Justicia.
 5. La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, es claramente deficiente para proteger a los adquirentes de buena fe que pierden sus viviendas, pues el único artículo aplicable al tema que nos ocupa, y muy indirectamente por cierto, es el 13.2 que dispone: «En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas las instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo». Desde luego, parece que el problema individual que estamos planteando debe resolverse con ayuda de las asociaciones de consumidores y usuarios, pero en España dichas asociaciones están escasamente arraigadas en la cultura ciudadana, al contrario de lo que sucede con el medio ambiente, que cuenta con organizaciones muy beligerantes e implantadas a todos los niveles. Éste parece ser uno de los mensajes que lanza el informe Auken a las autoridades españolas, cuando les conmina para que desarrollen una cultura de la transparencia dirigida a informar a los ciudadanos sobre la gestión del suelo y a impulsar mecanismos de información y participación ciudadana efectivos.

Bibliografía

- AA.VV. [1985]: *Comentarios a la Constitución*. Civitas, segunda edición. Madrid.
- AA.VV. [2009]: *Lecciones y materiales para el Derecho administrativo. Tomo VI. Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*. Iustel. Madrid.
- AA.VV. [2007]: *Ley del suelo. Comentario sistemático a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo*. La Ley. El consultor de los Ayuntamientos. Madrid.

- AA.VV. [2007]: *Parte especial del Derecho administrativo: la intervención de la Administración en la sociedad*. Colex. Madrid.
- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio [2000]: *Ley 29 de 13 de julio de 1998, del proceso contencioso-administrativo. Comentarios y jurisprudencia*. Comares. Granada.
- ARREDONDO GUTIÉRREZ, José Manuel [2009]: *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*. Comares, tercera edición. Granada.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio [1982]: *Manual de disciplina urbanística*. Tecnos. Madrid.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis [1973]: «Acción pública en materia urbanística». *Revista de Administración pública*. Núm. 71.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier [2005]: «Los principios de Derecho urbanístico». *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*. Núm. 27.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón [1982]: *Manual de Derecho urbanístico*. Publicaciones Abella, tercera edición. Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano [1981]: *Lecciones de Derecho urbanístico*. Civitas, segunda edición. Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús [1981]: *Comentarios a la Ley del suelo*. Civitas, cuarta edición. Madrid.
- [2008]: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Civitas, quinta edición. Pamplona.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco [1999]: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Civitas, segunda edición. Madrid.
- GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, Santiago [2007]: *Urbanismo y ordenación del territorio*. Thomson-Aranzadi, cuarta edición. Navarra.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón [1988]: *Derecho administrativo (bienes públicos y urbanismo)*. Marcial Pons. Madrid.
- [2007]: *Derecho administrativo I. Parte general*. Marcial Pons, decimosexta edición. Madrid.
- PAYÀ GASENT, Joseph Antoni [1989]: «La demolición en las infracciones urbanísticas: aproximación a los criterios de la jurisprudencia en la aplicación del principio de proporcionalidad». *Revista de Derecho urbanístico*. Núm. 99.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo [2005]: *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Thomson, quinta edición. Pamplona.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso [2007]: *Derecho penal, parte especial*. Dykinson, duodécima edición. Madrid.
- TORRES LÓPEZ, M.^a Asunción [2001]: *Extensión y límites de la jurisdicción contenciosa en el urbanismo*. Comares. Granada.