

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

Letrado del Tribunal Supremo

• ENUNCIADO:

En el mes de noviembre de 1995 se aprueba el PGOU de la localidad XXX, publicándose en el mes de abril de 1996.

En desarrollo del citado Plan General, se aprueba un Plan Parcial previsto en el mismo en el mes de enero de 1996 que fue publicado en el mes de marzo del citado año.

Al amparo del referido Plan Parcial, que desarrollaba, parcialmente, el PGOU, el señor LLL solicita licencia para la construcción de una vivienda compuesta de sótano y dos plantas más. Sin que en el expediente de concesión de licencia informara (desde el punto de vista jurídico), la entidad otorgante le concede dicha licencia.

Ejecutadas y finalizadas las obras en el mes de julio de 1996, se constata por los servicios municipales, previa denuncia al respecto, correspondientes que se ha edificado una planta más de lo permitido por lo que con fecha 25 de octubre de 1996 la Gerencia de Urbanismo dicta Resolución para que se requiera al señor LLL a que solicite licencia derivada de la construcción de una planta más en su vivienda.

Sin que aquél hiciera nada al respecto, la Gerencia de Urbanismo, con fecha 27 de marzo de 1998, dicta Resolución por la que se le ordena la demolición de esa tercera planta, calificándola de ilegalizable. La misma le es notificada al interesado con todos los requisitos legales, advirtiéndole, además, de que si la demolición no se efectuara en el plazo que se le otorgaba se procedería a la ejecución subsidiaria de la misma a su costa.

Con fecha 22 de julio de 1999, la citada Gerencia dicta nueva Resolución concediéndole nuevo plazo para la demolición de la obra.

Con fecha 30 de noviembre de 2001, se vuelve a instar la demolición.

Como siguiera sin procederse al derribo, el día 6 de marzo de 2003, los denunciantes presentan nuevo escrito solicitando la ejecución de la orden de demolición.

Con fecha 11 de diciembre de 2003, la Gerencia de Urbanismo acuerda, de conformidad con el informe del letrado asesor de la Gerencia, estimar la prescripción en orden a la ejecución subsidiaria de la demolición de la tercera planta de la vivienda del señor LLL, al haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro años; por lo que debe aplicarse la prescripción en analogía a idéntico plazo fijado para la actuación de la Administración urbanística, en aplicación del Real Decreto 2187/1987 que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, que fija en cuatro años el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas.

Finalmente, es de resaltar que el mismo señor LLL había solicitado y obtenido, con anterioridad, en concreto en el año 1994, otra licencia para otra obra cuyo volumen excedía de lo permitido en ese momento por las normas de planeamiento vigente, pero que estaba permitido en el PGOU de 1995 que estaba en la fase final de elaboración y aprobación.

A punto de finalizar dichas obras el Alcalde, ante el informe del secretario que le hizo ver la ilegalidad de las mismas, dicta resolución por la que acuerda suspender los efectos de la licencia concedida y la suspensión de las obras en cuestión, dando traslado de dicha resolución a la jurisdicción contencioso-administrativa a los cuatro días de la misma. Al no ser suspendidas, definitivamente, por dicha jurisdicción, aquéllas, dicta nueva resolución, en igual sentido, que vuelve a trasladar, en este caso, a los dos días de adoptada, a aquel orden jurisdiccional.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Comentar si resultó conforme a derecho la licencia concedida al señor LLL para que procediera a la construcción de una vivienda compuesta de sótano y dos plantas.
2. Analizar el ajuste a derecho de la Resolución de 11 de diciembre del 2003 por parte de la Gerencia de Urbanismo en la que decreta la prescripción en orden a la ejecución subsidiaria de la demolición de la tercera planta construida en la vivienda del señor LLL.
3. Analizar la actuación municipal consistente en si resultó conforme a derecho la licencia otorgada en 1994 al señor LLL para otras obras.
4. Analizar el ajuste a derecho de la actuación municipal consistente en sendas resoluciones del Alcalde ordenando la suspensión de los efectos de aquella licencia y de las obras que se estaban realizando, con posteriores remisiones de la referida resolución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

• SOLUCIÓN:

1. Respecto a la primera de las cuestiones planteadas sobre la legalidad o no de la licencia concedida para la construcción de vivienda, hemos de señalar que la misma no fue ajustada a derecho. Del relato de hechos podemos constatar dos defectos jurídicos en la licencia concedida aunque con diferentes consecuencias:

A) De un lado se deduce que la publicación del Plan General de Ordenación Urbana se publica con posterioridad al Plan Parcial, desarrollo de aquél, y con arreglo al cual se obtiene la licencia para realizar las obras.

Si tenemos en cuenta que la publicación es requisito de eficacia al tratarse de una norma con valor reglamentario, así como que el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, establece que los Planes Parciales tendrán, necesariamente, su apoyo en un Plan General, llegaremos a la conclusión de que aquél carecía de habilitación y cobertura cuando se publicó, puesto que todavía no se había publicado el Plan General; careciendo, por ello, de cobertura jurídica la licencia otorgada para la realización de las obras.

Si el Plan General se publica con posterioridad al Plan Parcial no se produce una convalidación retroactiva de éste que le sirva de soporte.

Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de septiembre del 2001, «el Plan Parcial era nulo de pleno derecho y no podía ser convalidado, pues el Plan General de Ordenación no había entrado en vigor y era ineficaz».

En conclusión, el Plan Parcial, en este caso, carecía del necesario soporte normativo en el momento en que fue aprobado y publicado, luego ninguna licencia se podía otorgar a su amparo, pues, jurídicamente, no existía.

B) Por lo que se refiere a la falta del informe jurídico de la entidad otorgante, hay que señalar que este trámite lo exige el artículo 4.º del Reglamento de Disciplina Urbanística (RD 2187/1987), pero su ausencia no vicia de nulidad la licencia concedida, no significa prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sino que constituye un mero defecto de forma que no invalida el acto en cuestión.

Por tanto, el Ayuntamiento debería haber procedido a la revisión de oficio de la licencia concedida conforme al artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992.

2. En relación a la resolución de la Gerencia de Urbanismo decretando la prescripción en orden a la ejecución subsidiaria de la demolición de las obras realizadas, hay que señalar que la actuación municipal, hasta ese momento, fue ajustada a derecho. Ante la realización de las obras sin atenerse a las condiciones de la licencia construyendo una planta más de la que se le había autorizado le requirió para que solicitara la oportuna licencia, haciendo el propietario caso omiso al respecto, por lo que acordó la demolición de lo ilegalmente edificado, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 185 de la Ley de Suelo de 1976.

Sin embargo, resulta, cuanto menos, de dudosa legalidad la resolución posterior dictada declarando la prescripción en orden a la ejecución subsidiaria de aquella demolición por el tiempo transcurrido.

Es cierto que el principio de seguridad jurídica como criterio de actuación de los poderes públicos se encuentra consagrado en el artículo 9.º de nuestra Constitución. Que la eficacia es principio rector de la actuación de las Administraciones Públicas recogido en el propio texto constitucional así como en leyes administrativas como la Ley 30/1992 o la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Que no se pueden mantener situaciones de expectativas, de forma permanente, por la inactividad administrativa con el consiguiente posible perjuicio de los interesados. Pero de todo ello no puede deducirse que se pueden eternizar actuaciones ilegales realizadas cuando la resolución o declaración de las mismas ya se ha llevado a cabo, estando pendiente, exclusivamente, de la ejecución material de la misma.

Existen mecanismos en el ámbito normativo para que por parte de aquellos que se sientan perjudicados por tal forma de actuación administrativa puedan obtener un resarcimiento de tales perjuicios tanto en el ámbito puramente económico como en otros: vía penal o vía disciplinaria contra la autoridad o funcionario causante de aquel retraso, y, como no, la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Pero esto no puede ser óbice para que la legalidad, por otra parte, ya declarada deba ser restablecida.

En primer lugar, pueden encontrarse actuaciones administrativas que interrumpirían el plazo de prescripción tales como la reiteración de la orden de demolición llevada a cabo en 2001 o el nuevo

escrito de los denunciantes en el mismo sentido, pero, fundamentalmente, porque hay que distinguir entre la prescripción de la infracción (que por analogía aplica la Gerencia de Urbanismo para decretar la prescripción de la ejecución), caducidad del expediente y prescripción de la acción para demoler.

Ante una vulneración de la legalidad urbanística debe distinguirse entre la potestad administrativa para sancionar aquella vulneración, si está tipificada como infracción administrativa, y la acción administrativa para restaurar aquella conculcada legalidad. La primera puede ser objeto de prescripción y la segunda está sometida a caducidad. Y si bien lo normal es que ambas potestades sean ejercitadas a través de procedimientos diversos, nada impide que lo sean en uno solo.

La infracción prescribe si la actuación administrativa no se inicia dentro de determinados plazos desde la terminación de las obras ilegales, pero, una vez iniciado el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, ya no cabe hablar de prescripción sino, en todo caso, de caducidad del procedimiento ya que dicho procedimiento está sujeto a plazos de caducidad hasta el momento en que se dicte el acto administrativo final por el que se acuerde la medida restauradora (generalmente de demolición). Desde el momento en que se acuerda la demolición, ya se ha puesto fin al procedimiento por lo que ya no opera la caducidad.

La duda radica en si prescribe o queda, de algún modo, ineficaz una orden de demolición firme por el mero hecho del transcurso del tiempo sin proceder a su ejecución.

La cuestión no es pacífica ni de forma unánime ha sido resuelta por la jurisprudencia, encontrándonos con soluciones en ambos sentidos.

En el caso que analizamos, está claro que la prescripción de la infracción no se había producido cuando se lleva a cabo la declaración administrativa.

Respecto a la caducidad de la acción administrativa, único instituto aplicable a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística como el que nos ocupa, debe entenderse que la misma puede producirse durante el procedimiento administrativo y hasta el momento en que se dicta el acto administrativo que pone fin a dicho procedimiento. En este caso, el Acuerdo de 27 de marzo de 1998, por el que se decretaba la demolición de la tercera planta ilegalmente construida, es el acto definitivo y firme, de tal modo que los actos posteriores que se dicten lo serán en fase de ejecución de éste, pero la única caducidad posible lo era durante la fase declarativa y hasta que se concluye con el acto ordenando la demolición.

La eficacia de un acto administrativo puede quedar suspendida o demorada en los supuestos previstos legalmente tanto en la Ley 30/1992 como en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) de 1998, pero mientras no se produzca alguno de tales supuestos que priven de eficacia al acto éste seguirá siendo eficaz y sin que el mero transcurso del tiempo sea causa, en sí mismo, de pérdida de eficacia.

En este supuesto, el acuerdo de demolición ya se había tomado y ha adquirido firmeza, por lo que no cabe hablar de caducidad alguna. Los actos posteriores (requerimiento de demolición voluntaria, prórroga de la misma, nuevo requerimiento, etc.) serán actos de ejecución para los que, en principio no están establecidos plazos de caducidad o prescripción por la simple razón de que serán meros actos ejecutivos de un acto administrativo anterior y firme que ponía fin a la vía declarativa del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística.

Desde el momento en que al infractor se le ordena la demolición, siempre queda obligado al cumplimiento de dicha orden y el cese de la obligación no puede quedar supeditado a que la Administración se decida o no a dar cumplimiento a su obligación subsidiaria de ejecución forzosa.

Pero repetimos que la solución no es pacífica, el TS ha mantenido la posibilidad de esta prescripción de la ejecución en alguna Sentencia, así, por ejemplo, en la de 14 de noviembre de 1985, aunque reconocía que no existe precepto que de manera concreta señale cuál debe ser el límite temporal para proceder a la ejecución (habría que aplicar, en su caso, los del CC).

Es más, la nueva LJCA de 1998 admite, de forma expresa, como objeto de impugnación la inactividad de la Administración cuando está obligada a actuar en virtud de los títulos que allí se determinan (entre los cuales está incluido el supuesto que analizamos). Por tanto, los denunciantes podrían haber obtenido el amparo judicial si lo hubieran solicitado, para proceder a la demolición acordada y no ejecutada.

3. Respecto a si fue ajustada a derecho la actuación municipal concediendo una licencia en el año 1994 que no era ajustada al planeamiento vigente en aquel momento, pero que sí lo era conforme al nuevo Plan todavía no aprobado, aunque era conocido, en principio hay que resaltar que la respuesta debe ser negativa.

Las licencias urbanísticas son actos reglados que se otorgan con arreglo al planeamiento en vigor, nunca respecto a un planeamiento futuro (SSTS de 17 de abril y 20 de octubre de 1998 y 25 de mayo del 2001, entre otras).

Sin embargo, nos encontramos con alguna otra como la de 23 de junio del 2001 que sostuvo lo contrario, admitiendo la posibilidad de aplicar retroactivamente unas normas subsidiarias de un municipio a efectos de prestar cobertura jurídica al acuerdo de concesión de una licencia, legalizando la misma.

4. Finalmente, respecto al ajuste a derecho de las resoluciones del Alcalde por las que decreta la suspensión de los efectos de la licencia concedida y la paralización de las obras, una vez que el secretario municipal le informa de la ilegalidad de la misma por cuanto que se concedió en contra del planeamiento urbanístico vigente en aquel momento, hay que significar que la primera de ellas fue ajustada al ordenamiento jurídico en relación a su contenido.

En este sentido, el artículo 186 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1976 permite al Alcalde la suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución y la paralización inmediata de las obras iniciadas a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya, manifiestamente, una infracción urbanística grave. Es evidente que, en el presente caso, construir vulnerando las determinaciones respecto a su volumen constituye una presunta infracción urbanística grave, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54.3 del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2187/1987, de 23 de junio.

Sin embargo, la actuación posterior dando traslado de dicho acuerdo a los cuatro días de su adopción al orden jurisdiccional contencioso-administrativo no fue legal. El citado artículo 186 exige que ese traslado debe producirse en el plazo máximo de los tres días siguientes a su adopción. Al no hacerlo así, la suspensión acordada inicialmente quedó, automáticamente, levantada, debiendo recurrirse a otros mecanismos y procedimientos para revisar esa licencia.

El plazo, según STS de 1 de febrero de 2001, es «fatal e improrrogable y su incumplimiento priva de eficacia a la suspensión, impidiendo la posterior utilización de esta facultad».

Posibilitar lo contrario supone dejar en manos de la Administración suspensiones reiteradas e ilimitadas con referencia a una misma licencia, con grave quebranto de la seguridad jurídica y del derecho de los particulares a confiar en los derechos por aquélla concedidos.

Por tanto, la segunda de las resoluciones dictada reiterando lo mismo no es ajustada a derecho.

Destacar, por último, que si el Alcalde hubiera actuado en plazo y la suspensión provisional de las obras que, en buena lógica, hubiera acabado siendo definitiva al ser la licencia contraria a derecho, posibilitaría el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento por parte del perjudicado toda vez que la licencia ilegal le fue concedida ocasionando unos evidentes gastos, ello al amparo del artículo 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, arts. 9.º 3, 103 y 106.**
- **RD 1346/1976 (TR Ley del Suelo), arts. 13, 185 y 186.**
- **RD 2187/1987 (Rgto. de Disciplina Urbanística), arts. 4.º y 54.3.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), art. 102.**