

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL

TESIS DOCTORAL

***LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE
LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN URBANÍSTICO
INFRINGIDO POR LAS EDIFICACIONES ILEGALES***

PROGRAMA DE DOCTORADO: 045 G DERECHO ADMINISTRATIVO

AUTORA: Doña M. PILAR PARRIZAS COLLADO

DIRECTOR: Sr. D. RICARDO DE VICENTE DOMINGO

Valencia, octubre 2015

A mi padre.

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.....	11
II.- DE LA NOCIÓN CIVIL DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA DE UN TERRENO, A LA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.	25
2.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROPIEDAD DEL SUELO. CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO Y SU VINCULACIÓN A LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA.....	29
2.1.1 La escasa presencia de la edificación ilegal en el derecho privado.	29
2.1.2 La incidencia de la función social en la edificación ilegal.....	39
2.1.3 El germen de la proliferación de edificaciones ilegales.....	43
2.2.- CONSIDERACIÓN OBJETIVA DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.	48
2.2.1 Contenido esencial del derecho de propiedad.....	53
2.2.2 Contenido abstracto, general o básico: leyes estatales.....	60
2.2.3 Contenido preciso o concreto: legislación de las CCAA.	63
III.- DERECHO URBANÍSTICO DE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUELO.	67
3.1.- CLASIFICACIÓN DEL SUELO COMO PREMISA PARA LA EDIFICACIÓN.	69
3.1.1 Delimitación de un ámbito de actuación integrada o sistemática.....	70
3.1.2 Suelo urbano consolidado por la urbanización.	73
3.1.3 Suelo urbano no consolidado.	77
3.1.4 Concepto de solar.....	81
3.2.- PREVISIÓN DE EDIFICABILIDAD EN EL PLANEAMIENTO.	82

3.2.1 Regulación actual.....	82
3.2.2 Los instrumentos de ordenación urbanística como fuente atributiva directa del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo en la legislación anterior a la Ley de Suelo de 2007.....	84
3.3.- LOS PROGRAMAS DE ACTUACIÓN INTEGRADA COMO MEDIO DE DELIMITAR EL CONTENIDO URBANÍSTICO CONCRETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.	88
3.3.1 La potestad de ordenación urbanística. Naturaleza jurídica de carácter reglamentario de determinados programas de actuación integrada.....	89
3.3.2 La facultad de urbanizar.....	93
3.3.3 El pago en terrenos como modo de adquirir la propiedad del suelo incurso en una actuación de transformación urbanística.	95
3.4.- PATRIMONIALIZACIÓN POR EL PROPIETARIO DE SUELO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO PREVISTO POR EL PLANEAMIENTO. EJERCICIO POR LA ADMINISTRACIÓN DEL IUS VARIANDI.	101
IV.- EDIFICACIONES.	109
4.1.- LA ASIMILACIÓN DE LAS EDIFICACIONES ILEGALES AL RÉGIMEN DE LOS EDIFICIOS FUERA DE ORDENACIÓN POR CAMBIOS EN EL PLANEAMIENTO.	113
4.1.1 Determinación legal de edificación fuera de ordenación.. ...	113
4.1.2 Diferencias entre edificación ilegal y edificación fuera de ordenación.....	115
4.2.- PARTICIPACIÓN DE LAS EDIFICACIONES, QUE QUEDARON INCORPORADAS AL PATRIMONIO DE SU TITULAR, POR FALTA DE EJERCIO DE LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD, EN UN RÉGIMEN DE EQUITATIVA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS Y CARGAS DERIVADAS DEL PLANEAMIENTO.	117
4.3.- MATERIALIZACIÓN DE LA EDIFICABILIDAD TRAS LA INTEGRACIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN EL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.	129
4.4.- DECLARACIÓN DE CONFORMIDAD A DERECHO DEL PROYECTO DE OBRA DE EDIFICACIÓN. LA LICENCIA DE OBRAS DE NUEVA PLANTA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN DE SUELO.....	131

4.5.- EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LA SOLICITUD DE LICENCIA DE OBRAS. LICENCIA CONTRA LEGEM. NECESIDAD DE INICIAR DIRECTAMENTE EL PROCEDIMIENTO DE RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA SIN PREVIA REVISIÓN DE OFICIO DE UN POSIBLE ACTO PRESUNTO.	133
4.5.1 Naturaleza del silencio administrativo y regulaciones legales.	133
4.5.2 Implicaciones particulares del silencio administrativo respecto de la solicitud de licencia de obras.	137
4.5.3 Licencias <i>contra legem</i>	138
4.6.- ANULACIÓN JUDICIAL DE LICENCIAS DE OBRA CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE CONTIENEN UN PRONUNCIAMIENTO DE ANULACIÓN DE LAS LICENCIAS DE OBRA IMPUGNADAS.	150
4.6.1 Quién está legitimado para denunciar la inejecución e instar la ejecución forzosa. Plazos.	156
4.6.2 La suspensión del cumplimiento del fallo y la imposibilidad legal de ejecución de sentencias.	158
V.- VALORACIONES URBANÍSTICAS.	163
5.1.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL SUELO: DISOCIACIÓN ENTRE LA CLASIFICACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LOS TERRENOS.	167
5.1.1 Expropiación y reparcelación forzosa: distinta metodología de valoración.	173
5.1.2 Criterios generales para la valoración de bienes y derechos.	175
5.2.- REGLAS ESPECÍFICAS DE VALORACIÓN DEL SUELO URBANIZADO EN FUNCIÓN DE QUE LA EDIFICACIÓN EXISTENTE SE AJUSTE O NO A LA LEGALIDAD.	178
5.3.- SUELO RURAL.	183
VI.- EL PODER DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA FRENTE A UNA EDIFICACIÓN ILEGAL Y SU DIVERSIFICACIÓN EN POTESTADES.	189

6.1.- ORIGEN DE LA PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.....	195
6.1.1. Regulación del poder de protección del orden legal en el Derecho urbanístico español.	200
6.1.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo.	214
6.2.- NATURALEZA Y REGULACIÓN DEL PODER PARA GARANTIZAR EL ORDEN LEGAL URBANÍSTICO Y SU CONEXIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL.	217
6.2.1 Concepción global del Poder para garantizar el orden legal urbanístico y medioambiental.	217
6.2.2. La Inactividad administrativa en la restauración de la legalidad urbanística.....	224
VII.- POTESTAD ADMINISTRATIVA DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.	231
7.1.-DELIMITACIÓN DE LA POTESTAD: LA INFRACCIÓN URBANÍSTICA EN EL ÁMBITO PENAL Y EN EL ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.....	233
7.1.1 Hecho desencadenante de la reacción de la Administración.....	239
7.1.2 Vinculación positiva de las administraciones públicas a la ley.....	241
7.2.- ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD RESTABLECEDORA DEL ORDEN JURÍDICO URBANÍSTICO A LOS TRIBUNALES PENALES.	244
7.3.- INTERÉS PÚBLICO A SATISFACER.....	245
7.4.- PRINCIPIOS PROPIOS O REGLAS GENERALES APLICABLES A LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO PERTURBADO.....	249
7.5.- EJERCICIO DE LA POTESTAD: SUJETOS.	254
7.6.- PLAZO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA PARA REACCIONAR FRENTE A LA TRASGRESIÓN DEL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO.....	267

7.6.1 Tratamiento general y fundamentación.	267
7.6.2 Naturaleza jurídica del plazo: caducidad/prescripción.....	273
7.6.3 Consecuencias de la falta de adopción de la medida de demolición.	280
VIII.- PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.....	285
8.1.- DIFERENCIACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REPOSICIÓN DE LA LEGALIDAD DE OTROS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS, CONCRETAMENTE, DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CON MOTIVO DE UNA INFRACCIÓN URBANÍSTICA TIPIFICADA.....	287
8.2.- NORMATIVA APLICABLE A CADA PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.	291
8.3 DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA OBRA. INICIACIÓN DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO DE REPOSICIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA E INICIO A INSTANCIA DE PARTE. LA ACCIÓN PÚBLICA.....	295
8.4.- CONCLUSIÓN Y CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO.	300
8.5.- SUJETO QUE OSTENTA LA OBLIGACIÓN DOMINICAL DE DESTRUIR LA EDIFICACIÓN ILEGAL.	305
IX.- LA EJECUCIÓN FORZOSA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LAS ÓRDENES DE DEMOLICIÓN DE EDIFICACIONES ILEGALES. EL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EN ESTE CAMPO.	309
9.1. -EL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA.....	311
9.2.- IMPOSICIÓN DE MULTAS COERCITIVAS Y EJECUCIÓN SUBSIDIARIA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL ACTO EJECUTORIO, QUE ORDENA LA REPOSICIÓN DE LOS BIENES AL ESTADO ANTERIOR A LA TRASGRESIÓN.....	320
9.3.- PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS FACULTADES ADMINISTRATIVAS DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN O ACTO FIRME DE DERRIBO.	326
X.- CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE EJERCICIO DE LA POTESTAD DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.....	331

10.1.- OBLIGACIÓN DE REPARAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ANTE LA EXISTENCIA DE UNA EDIFICACIÓN ILEGAL.....	333
10.2.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS FRENTE A LOS PROPIETARIOS QUE, EN PROCEDIMIENTOS REPARCELATORIOS, HAN DE ASUMIR EL COSTE DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESTRUCCIÓN DE EDIFICACIONES ILEGALES CONSOLIDADAS.	336
10.3.- IMPOSIBILIDAD LEGAL DE QUE EL PROPIETARIO DE UN TERRENO SE APROPIE DEL VALOR URBANÍSTICO DE LO EDIFICADO ILEGALMENTE SOBRE ÉL, AUNQUE PRESCRIBA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.	341
10.4.- EXISTENCIA DE TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE Y SU DIFERENTE CONSIDERACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EN LOS ÓRDENES CIVIL Y PENAL.....	344
10.5.- CONCULCACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUELO.	349
10.6.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR NO FACILITAR EL TRÁMITE DE LEGALIZACIÓN DE OBRAS.....	350
XI.- CONCLUSIONES.....	353
XII.- BIBLIOGRAFÍA.	365

I.- INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.

1.- Planteamiento del tema. El tema principal que se aborda en esta tesis es el relativo al sistema de adquisición del aprovechamiento urbanístico, en todas sus vertientes, y de la propiedad de lo edificado, por parte del titular del suelo. Para argumentar los resultados del estudio, se parte de la premisa de que el contenido básico del derecho de propiedad privada de cada tipo de suelo, se conforma tanto por su régimen jurídico, como por el régimen de valoración, concordados ambos por la legislación estatal de suelo. Se razonará que son ambos regímenes, ligados intrínsecamente, los que constituyen básicamente el régimen urbanístico del derecho de propiedad privada del suelo. Tras analizar ese régimen urbanístico, se estudiará su reverso, la edificación ilegal.

La segunda cuestión, enlazada con la anterior, se refiere a las consecuencias jurídicas de la falta de ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, respecto de las cuales, tras la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 2007, ya no se puede derivar la asignación de un valor urbanístico a la edificación ilegal, aunque caduque la acción de restauración del orden infringido, ni tampoco su asimilación, en base a criterios jurisprudenciales, a las edificaciones fuera de ordenación.

Consiguientemente, la proposición que se mantiene en esta tesis es que, si se crean configuraciones singularizadas por las distintas CCAA, respecto de la actuación de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, que, en la práctica, generen la desigualdad en el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria, por el mero hecho de estar los terrenos ubicados en una comunidad autónoma o en otra, se vulnera el principio de igualdad previsto en el artículo 149.1.1 de la Constitución.

2.- Objetivos. El objetivo fundamental de la tesis ha sido justificar que la inactividad administrativa, en orden a la protección y restauración de la legalidad urbanística, no puede constituir un hecho jurídico en virtud del cual el propietario del suelo patrimonialice la edificación ilegal, porque sólo los criterios legales de valoración determinan el alcance patrimonial de las

facultades que pueden formar parte del contenido del derecho de propiedad privada del suelo.

La razón es que en ese valor entra en consideración, tanto su aspecto de equiparación dineraria del bien, como el de cualidad extrínseca del suelo, esto es, el relativo a los atributos alcanzados o características adquiridas tras un proceso legal de transformación de los terrenos rústicos. Porque la valoración no sólo permite determinar con objetividad el valor de sustitución del inmueble en el mercado, sino cuáles han de ser las cualidades que el terreno rústico ha incorporado legalmente, para poder integrarse en el patrimonio de la persona titular del mismo y ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales.

Así, el propósito de esta tesis es demostrar, con base en lo establecido en la vigente legislación de suelo estatal y en determinados principios generales del Derecho, que la falta de actuación del poder de protección de la legalidad urbanística ya no puede constituir un modo, o circunstancia, en virtud del cual el propietario del suelo patrimonializa el valor urbanístico de una edificación ilegal.

Se trata de desvirtuar los planteamientos que, dirigidos a casar la institución de la propiedad del suelo y de la edificación, con la aplicación de diversos plazos para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, han deducido la incorporación de la edificación ilegal al patrimonio del titular de suelo, tras el transcurso, sin más, de dichos plazos. Puesto que en esa pretendida correspondencia no se ha tenido presente la complejidad que tiene el derecho de propiedad del suelo, emblema de lo que se considera desde el ordenamiento civil un derecho real, afectada por numerosas e importantísimas leyes especiales, como la Ley Hipotecaria, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación¹, pero también por otras ajenas al Derecho civil, como las regulaciones tributarias, la Ley de

¹ El art. 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre establece un concepto amplio de edificación y alude al carácter permanente de la construcción. Entre otras, cabe citar también la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Expropiación Forzosa y principalmente, dentro del Derecho Público, por el Derecho administrativo y el urbanístico.

En el presente trabajo he intentado llevar a cabo una revisión crítica en torno al establecimiento de diferentes plazos, por las legislaciones autonómicas, para ejercitar la acción de restauración del orden urbanístico vulnerado por una edificación ilegal, llegando a la conclusión de que los mismos contravienen el principio constitucional de igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo. Porque la Constitución ha atribuido a la legislación estatal la configuración de las condiciones básicas que garanticen esa igualdad, y estos criterios materiales generales, comunes a todo el Estado, son incompatibles con el señalamiento de diversos plazos para actuar la potestad de restauración de la legalidad urbanística y con las consecuencias jurídicas de su prescripción o caducidad.

3.- Desarrollo. El orden que se va a seguir en el planteamiento de la materia objeto de estudio comienza con el análisis de la evolución producida desde la concepción originaria del derecho de propiedad del suelo, contenida en el Derecho Civil, hasta la concreta regulación del mismo llevada a cabo por el Derecho Público. La manera o método en que se enfoca el estudio comienza por la comparación entre el régimen jurídico civil y el régimen urbanístico de la propiedad del suelo, ordenando una serie de componentes, que están frecuentemente conectados en la realidad jurídica, con el fin de constatar si existe o no una coherencia entre ellos.

Se examinará la actual normativa urbanística que incide en el secular derecho subjetivo de propiedad del suelo, analizando los procedimientos de obtención del derecho de propiedad de un suelo conformado, tras un proceso de transformación física y jurídica, y la integración de la facultad de edificar en su contenido, sólo bajo determinados supuestos.

Los argumentos clave de cuanto se expone tienen su arranque en la Constitución, que reservó la competencia legislativa en materia de régimen urbanístico general del suelo y valoraciones al Estado, con la finalidad de

salvaguardar el principio de igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales, en este caso, relacionados con la propiedad privada del suelo. Desde esa premisa difícilmente se puede concebir que la veleidad de una acción administrativa, concretamente si se ejercita o no la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, en los dispares plazos que establece la legislación de las CCAA, que sin duda puede llegar a implicar consecuencias diferentes en lo atinente a dicho ejercicio por los titulares del suelo, pueda ocasionar la patrimonialización de una edificación ilegal.

Por esta razón, lo que se va a exponer en este trabajo mostrará, por un lado, las diversas configuraciones jurídicas que se han dado en torno a un mismo elemento (suelo/construcción), sobre el que se ha producido la conjunción de regulaciones insertas en distintas ramas del Derecho y subsistemas legislativos, y, por otro, la doctrina jurisprudencial surgida en torno a las edificaciones ilegales.

Así pues, habrá que partir de la consideración, presente en algunos estadios de la evolución del Derecho, de la existencia de un contenido sustantivo connatural del derecho de propiedad privada del suelo, que conforme a su naturaleza abarca la facultad de edificar. Consecuentemente se llegó a entender que este contenido se limitaba con la adopción de la medida de demolición de una construcción ilegal. Finalmente se razonará que ya no es posible desde la supremacía de la legislación urbanística estatal conceptuar esa actuación administrativa de limitación de un derecho, porque no se puede patrimonializar el valor urbanístico de una construcción por un hecho jurídico, como es la falta de ejercicio de un poder administrativo; el sistema de adquisición del aprovechamiento urbanístico, de la facultad de edificar y de lo realmente edificado, es otro.

De esta forma vemos que las materias, objeto de investigación general, son el derecho de propiedad privada del suelo rústico y del urbanizado y la facultad de edificar, que se podrá ejercitar cuando se haya patrimonializado el aprovechamiento urbanístico o edificabilidad. Se trata de la integración de

la previsión de edificabilidad y de la facultad de edificar² en el contenido del derecho de propiedad del suelo, y de su posterior materialización.

Con los antecedentes que se señalarán, se podrá colegir que a una específica construcción se le debe asignar un valor económico-urbanístico, únicamente cuando se ha realizado tras haberse patrimonializado el aprovechamiento urbanístico previsto en los planes de ordenación urbana, previa obtención de licencia de obras, y procedido a materializar la concreta edificabilidad proyectada, conforme a los requisitos marcados por la legislación urbanística.

4.- Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo. Sin desconocer que cada uno de los ordenamientos autonómicos constituyen partes integrantes del conjunto estructurado o sistema global normativo que es el ordenamiento jurídico español, y sabedores de que los límites entre las materias de competencia estatal y las de una CCAA no son siempre nítidos, ni inequívocos³, todo cuanto se mostrará se fundamenta en la premisa, ya señalada, de que el derecho de propiedad privada del suelo se conforma por su régimen jurídico y por su régimen de valoración, concordados ambos por la legislación estatal, que establece el régimen urbanístico general de cada tipo de suelo.

Acerca del régimen de valoración, parto de la consideración de que el valor de un bien puede entenderse no sólo como equivalencia de una cosa con otra (normalmente, dinero), sino como cualidad extrínseca o atributo adquirido. De las cualidades extrínsecas que puede llegar a poseer el suelo, derivará la valoración legal de ese suelo y de las construcciones que sobre el mismo se levanten. A tal fin se incidirá en las características definitorias de un determinado o concreto bien inmueble, alcanzadas tras un complejo proceso de transformación urbanística de la propiedad de los terrenos.

² Art. 6.d) TRLS/2008.

³ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho Administrativo General Tomo I*, IUSTEL, Madrid 2009, pág 133.

De este modo se examina de qué forma el contenido del derecho de propiedad del suelo ha ido alejándose de la idea de ser congénito, en el sentido de ser engendrado en toda su amplitud juntamente con la titularidad del suelo, hasta reconducirse a la noción de que las facultades, o posibilidades de actuación que lo integran, han de ser adquiridas por el propietario del suelo.

5.- Visión global del Poder de protección de la legalidad urbanística. Seguidamente, se analizarán los supuestos en los que, habiéndose vulnerado el ordenamiento jurídico por los particulares, y sin posibilidad de que se pueda llegar a patrimonializar la edificación ilegal, surge el deber de la Administración pública de reaccionar frente a la contravención de la ley, en ejercicio del poder de protección de la legalidad urbanística.

Para ello se ha tenido presente que no es consustancial a la naturaleza del Poder público administrativo la nota de arbitrariedad en su ejercicio y, principalmente, la existencia de principios constitucionales, que constituyen el basamento de todo el ordenamiento jurídico, en cuya cabecera se encuentran los principios de legalidad y eficacia de la actuación administrativa.

Igualmente, se procederá a confrontar el distinto alcance de las consecuencias jurídicas que conlleva la inactividad administrativa consumada en el campo del restablecimiento del orden urbanístico, según se aplique una normativa u otra. Y todo ello, insisto, siempre vinculado a la aseveración de que la falta de ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística no puede consolidar, como valor urbanístico, lo edificado ilegalmente, para que se integre en el patrimonio del propietario de suelo.

Con el fin de configurar el presente estudio, es relevante justificar y poder conceptualizar la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística estrictamente como técnica urbanística y no como un medio de dar

confirmación a un supuesto valor inherente a la titularidad civil del suelo. De forma que, tanto si se ejerce, como si no se actúa el poder de protección de la legalidad urbanística, se debe considerar que el propietario del suelo en situación de rural no ha adquirido la facultad de edificar, ni ha patrimonializado el valor urbanístico de lo edificado ilegalmente.

Desde la perspectiva de las posibles actuaciones administrativas frente a la vulneración del orden legal mediante la construcción de un edificio ilegal, se acometerá, con mayor profundidad, el análisis del poder que tienen atribuido las Administraciones públicas para garantizar, proteger o preservar el cumplimiento de la legalidad urbanística, entendido como manifestación de la autotutela administrativa, tanto declarativa, como ejecutiva.

Veremos que la Administración no se concibe como una manifestación de la actividad específica de gestión y prestación de servicios por el Estado u otras Administraciones Territoriales, sino como Poder, que es reflejo de la cualidad subjetiva de la autotutela, predicable, no del acto administrativo, sino de unos sujetos, que son las Administraciones Públicas, consideradas por nuestro ordenamiento como Poder jurídico.

Este poder, en sentido funcional, se diversifica en potestades, como la de autorizar las obras mediante la concesión de la pertinente licencia de obra nueva; la de inspección urbanística; la potestad de restauración o restablecimiento del orden urbanístico vulnerado, así como la de reponer a su estado originario la realidad física indebidamente transformada y la potestad sancionadora. A su vez, las potestades se concretan en actos administrativos, como el que anula una licencia de obra, u ordena la demolición de una construcción ilegal.

Ahora bien, como veremos, la solución concluyente de este trabajo es producto de la reflexión del Poder como nexo que ajusta las potestades y todas sus derivaciones.

Se podrá observar igualmente que, pese al origen fáctico común, cada una de estas potestades tiene un régimen jurídico propio y se ejercita mediante un determinado procedimiento administrativo, en el que se adoptan concretas medidas, las cuales producen efectos, jurídicos o materiales, diferenciados o específicos.

Cabe resaltar que las referidas potestades se caracterizan porque su ejercicio es inexcusable, lo que conlleva el deber de actuarlas. Al objeto de verificar su estudio sistemático, se parte de la consideración de que las mismas se incluyen en la materia denominada disciplina urbanística, en torno a la cual los distintos poderes legislativos han regulado cuanto incumbe puntualmente a la vulneración del ordenamiento urbanístico por la edificación de construcciones ilegales.

Primordialmente se va a incidir en una de las citadas potestades asociadas al objeto de estudio, esto es, la potestad de restauración del orden urbanístico vulnerado y de la realidad física indebidamente transformada, por dichas construcciones; en el resto de potestades se incurrirá de una manera u otra en cuanto contribuyen al análisis de esta concreta potestad.

Por otro lado, también se tendrá en cuenta que el resultado final del ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad, si se dan determinadas condiciones, hay que encuadrarlo dentro de la genérica potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos que ostentan las Administraciones Públicas, en base al reconocimiento del privilegio de autotutela administrativa.

De todo este planteamiento se podría apreciar que las normas autonómicas que establecen diversos plazos de prescripción de la acción de la Administración de restauración del orden urbanístico vulnerado imposibilitan la aplicación del principio de igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales asociados al suelo y el cumplimiento del objetivo perseguido por la CE, cuando reservó la competencia legislativa en materia de valoraciones al Estado, con la finalidad de salvaguardar el referido principio.

6.- Metodología. El punto de partida de la investigación ha sido la detección de un problema jurídico, fruto de una perspectiva práctica, del acercamiento a la realidad de la aplicación de la normativa urbanística, que me ha proporcionado la experiencia profesional. Puesto que los conceptos urbanísticos se hacen verdaderamente inteligibles cuando se aplican a la realidad sobre la que se proyectan: el suelo. Del estudio exhaustivo de las instituciones que, de una forma u otra, inciden en espacio urbano y territorial, así como de las figuras jurídicas conectadas con él, he podido extraer ideas y consideraciones para clarificar el problema.

Por tratarse de un estudio de investigación de carácter jurídico, el método de investigación ha sido el análisis de la normativa, de la doctrina científica y de la jurisprudencia, producida en relación con el derecho de propiedad privada del suelo. El estudio comparado de los plazos para ejercitar la acción de restauración de la legalidad en la legislación de las CCAA.

Todas las mencionadas fuentes se han aplicado utilizando un método de comparación entre:

- * Los modos de adquirir el dominio según la doctrina civilista, y
- * Los sistemas de adquisición del contenido urbanístico del derecho de propiedad de las diversas clases de suelo, previstos en la legislación estatal de suelo. Así como de la confrontación del distinto alcance de las consecuencias jurídicas de la inactividad administrativa y de la edificación ilegal en la realidad jurídica antes y después de la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 2007, vinculadas a la valoración jurídica del suelo.

Todo ello aplicado a los objetivos de la investigación, que han sido acreditar la necesidad de una regulación igualitaria para todo el Estado de la actuación de la Administración frente a la ilegalidad edificatoria y que el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad no se sujete a plazo.

Así pues, las materias que se muestran en el presente estudio se han referenciado insertándolas en el marco histórico y social que en cada época

configura los fines u objetivos a satisfacer por ese Poder público, que es la Administración, en el desarrollo de sus funciones.

Esta recopilación de datos, su organización, y el análisis de todos los elementos han permitido observar que, pese al reconocimiento legal del concepto estatutario del derecho de propiedad del suelo, se ha seguido manteniendo una concepción civilista de ese derecho, que, unida a la inactividad de la Administración en orden a restablecer la legalidad urbanística, ha derivado, cuando la Administración ya no podía ejercitar su potestad de restauración de la legalidad urbanística, o bien en la equiparación de las edificaciones ilegales a las legales, o bien, en base a criterios jurisprudenciales, a su asimilación a las edificaciones fuera de ordenación, aplicándoles un régimen análogo a éstas.

Así se ha podido corroborar que las derivaciones que ha supuesto la falta de ejercicio de esa potestad administrativa, han ido más allá de su consideración como mera técnica jurídico-urbanística. Porque el análisis de todas estas instituciones jurídicas ha partido de la constatación de los problemas que su peculiar aplicación ha planteado en el mundo real.

Las fuentes utilizadas han sido principalmente las tradicionales, esto es, la doctrina jurídica, civil y administrativa, y la jurisprudencial. Otro de los recursos de los que me he servido para la recopilación de datos, ha venido constituido por la revisión de expedientes administrativos de planificación y gestión de suelo, a los que he tenido acceso por el desempeño de mi profesión. De forma muy puntual he accedido a información estadística y a documentos publicados en páginas web.

7.- Justificación del estudio. La motivación de todo este estudio ha sido poder demostrar que no está debidamente regulada la materia relativa al establecimiento de plazos para el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística, ni son correctas las consecuencias ligadas a la sucesión de esos plazos. De suerte que se pueda llegar a estimar la necesaria

desvinculación entre valor urbanístico del inmueble, e inactividad administrativa.

La cuestión controvertida ha sido la siguiente: ¿por qué se ha extendido una consecuencia jurídica, concretamente la patrimonialización de la edificación, a un hecho no previsto explícitamente por una norma jurídica?, porque, a lo sumo la norma ha hablado de imposibilidad de demoler la edificación ilegal.

Todo lo argumentado ha ido dirigido a hallar una cohesión bien trabada por un lado, entre las normas que rigen la valoración legal de los bienes y el poder administrativo de restablecer la legalidad urbanística, y por otro, entre las regulaciones normativas y la doctrina jurisprudencial en estas materias.

Por tanto, una vez introducidos múltiples componentes en este razonamiento, mi pretensión ha sido poner de manifiesto que, la unión lógica y consecuente del concepto estatutario de la propiedad del suelo, con los principios establecidos en torno al ejercicio de potestades administrativas y a la distribución competencial legislativa, sólo puede establecerse, según mi opinión, si la prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística no se considera una causa para la asignación de un valor urbanístico a la edificación ilegal, perpetuando la ilegalidad.

El propósito ha sido por tanto, profundizar en las cualidades extrínsecas que va adquiriendo el suelo, en un proceso legal de transformación, física y jurídica, para que, lo que se pueda construir sobre él, llegue a formar parte del conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales del propietario del terreno. Argumentando que no se puede adquirir el aprovechamiento urbanístico, cuando se materializa la construcción contraviniendo la legislación de suelo, a pesar de que lo prevea el planeamiento y caduque la acción administrativa de restauración de la legalidad.

En síntesis, se han tratado de esclarecer las consecuencias que dimanar del incumplimiento de la legalidad urbanística, al levantar un edificio,

principalmente la que revela que el valor urbanístico de lo edificado, contraviniendo la normativa estatal, no puede ser adquirido por el propietario del suelo, en que radica la edificación ilegal, aunque prescriba o caduque el plazo para el ejercicio de la potestad de la Administración pública de restablecer dicha legalidad. Esta solución viene impuesta por los criterios de valoración recogidos en el RDL 2/2008, de 20 de junio⁴, al considerar que, con independencia de las circunstancias indicadas respecto de la acción de restauración de la legalidad, a la edificación ilegal no se puede asignar ningún valor económico-urbanístico.

Como colofón, indicar, que definitivamente se trata de encajar lo que se ha considerado propiedad civil inmobiliaria, con el régimen urbanístico de la propiedad de los distintos tipos de suelo y averiguar si la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística ha sido, durante la vigencia de leyes urbanísticas anteriores a la actual Ley de Suelo, una simple técnica urbanística, o ha podido constituir algo más, la posibilidad fáctica de dotar de un valor urbanístico a la edificación ilegal, valor que debía ser reconocido tanto por los particulares, como por la propia Administración.

La proposición que mantengo es que el establecimiento de configuraciones singularizadas y de diferentes plazos para ejercitar la acción de restauración de la legalidad urbanística por los poderes legislativos de las CCAA, contraviene el principio constitucional de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo y que la falta de actuación de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística ya no puede constituir un modo, o circunstancia, en virtud del cual el propietario del suelo pueda patrimonializar el valor urbanístico de una edificación ilegal.

La hipótesis, que paso a desarrollar en esta tesis, se basa en la indolencia de la Administración y su falta de aplicación en el cumplimiento del deber de protección de la legalidad frente a una edificación ilegal.

⁴ En el BOE de 31/10, se ha publicado el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que en el Título V regula las valoraciones reproduciendo los artículos 21 y ss. Del TRLS/2008.

II.-DE LA NOCIÓN CIVIL DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA DE UN TERRENO, A LA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.

Una vez introducida la cuestión que suscita esta investigación, en torno a cómo la permanencia de la edificación ilegal, por inactividad de la Administración, permite que aquella sea objeto de relaciones jurídicas, de modo sintético, cabe hacer constar que en el comienzo del aludido proceso evolutivo, la propiedad inmobiliaria se concibió como un poder absoluto que contenía en sí mismo, innatamente, todas las facultades, incluida la de edificar. Es este un tema bien conocido por la doctrina civil⁵.

No obstante, por Ley, se comenzaron a fijar las fronteras o a indicar los extremos a los que no alcanzaba ese poder. Ahora bien, se trataba de límites extrínsecos del *dominium*, y éstos eran muy escasos, por el carácter liberal que siempre ha envuelto a ese derecho.

Un hito importante en ese proceso, fue la asunción de la concepción estatutaria de la propiedad del suelo⁶, la cual implicó la consideración de que es la Ley y la ordenación urbanística la que define, en cada momento, el contenido del derecho de propiedad privada del suelo (que comporta facultades, deberes y cargas), por medio de la categorización de dicho suelo, al vincularlo a concretos destinos urbanísticos. Como se observa de la

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Segundo, Derecho de Cosas, volumen primero, Ed. REUS, S.A., Madrid 1992, pág 87 y ss.

MONTÉS PENADÉS, V.L., "Comentario al artículo 348" en *Comentarios del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 950 y ss.

⁶ La concepción estatutaria es asumida por buena parte de la doctrina, siendo algunos trabajos de referencia los que a continuación se relacionan: GARCIA DE ENTERRÍA, E. "La Ley del Suelo y el Futuro del urbanismo", *Anuario de Derecho Civil*, vol.11, nº 2 (1958); MARTÍN MATEO, R. "El estatuto de la propiedad inmobiliaria", *Revista de Administración Pública (RAP)* nº 52, 1967; BASOLS COMA, M. y GOMEZ-FERRER MORANT, R. "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos", 1976 IEAL, Madrid; MUÑOZ MACHADO, S. "El planeamiento urbanístico", en *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, CIVITAS Madrid 1988, pág.1.728 y ss.; BARNÉS VÁZQUEZ, J.: "La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza" *RAP* nº 119, 1989, "El derecho a la propiedad en la Constitución española de 1978" en el libro *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, CIVITAS, Madrid, 1995, "La propiedad Constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", CIVITAS, Madrid, 1988; PAREJO ALFONSO, L., "La propiedad urbana" en el libro *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, CIVITAS, Madrid, 1995; AGUDO GONZÁLEZ, J. "Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria" *RAP*, nº 185, Madrid, 2011.

nota a pie de página de este párrafo, fueron los administrativistas los que modularon en este sentido la institución, apartándola de la regulación establecida por el Derecho común civil.

De este modo, la determinación y asignación de concretos usos e intensidades de los mismos, en que consiste el aprovechamiento urbanístico, configura, junto con el resto de facultades y obligaciones, el concreto estatuto del derecho de propiedad inmobiliaria, con que la Ley y el planeamiento dotan a cada tipo de suelo⁷.

En aplicación de la concepción estatutaria, dentro de la ordenación jurídica que lleva a cabo el Estado en torno al derecho de propiedad privada del suelo, están regulados los criterios legales de valoración y el sistema de adquisición del aprovechamiento urbanístico en todas sus vertientes. Como se analizará, en esa categoría genuinamente administrativa, que es el aprovechamiento urbanístico, se pueden considerar diversos aspectos, como son su previsión en el planeamiento, su adquisición, su separación del dominio dando origen a un derecho subjetivo nuevo, o su materialización.

Desde esta fase del estudio cabe recalcar, que el encuadre de investigación del específico estatuto del derecho de propiedad de un suelo concreto, es producto de la intervención pública, tanto desde la normativa abstracta del marco legislativo urbanístico, como desde la óptica físico-concreta de la planificación territorial.

⁷ El carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria ha sido recogido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS de 3 de abril de 2009, rec. casación 11221/2004; STS 8 de noviembre de 2011, Sección 5 rec. casación 1053/2008 (FD 10º); STS de 20 de septiembre de 2013, Sección 5, rec. casación 4925/2010, (FD 3º) y 4º, este último se remite a la STC 164/2001 y principalmente el (FD 6º); STS de 6 de marzo de 2015, rec. casación 344/2013, (FD 5º); SSTs de 18 de marzo de 2015, Sección 5ª re. Casación 27/11/2013 FD 2º y rec. casación 3304/2012.

2.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROPIEDAD DEL SUELO. CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO Y SU VINCULACIÓN A LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA.

A los efectos del presente trabajo, cuyo núcleo es el estudio de la edificación ilegal, bastarán unas consideraciones sobre la evolución⁸ sustantiva que ha sufrido la propiedad privada del suelo, e indagar cuál sea el contenido esencial de ese derecho, con el fin de que, una de las facultades, que se puede integrar en el contenido de esta institución jurídica, concretamente la de edificar, se erija en elemento estructural del mismo.

La facultad de referencia se puede abordar desde la perspectiva estrictamente civilista, pero no hay que olvidar que está estrechamente vinculada al aprovechamiento urbanístico, en todas sus vertientes, principalmente las de su previsión en el planeamiento, adquisición, materialización o traducción efectiva en un volumen edificado y a los criterios legales de valoración del mismo. Además, habrá que tener siempre presente que todos estos aspectos están supeditados a las clases de suelo que prevén los instrumentos de ordenación urbanística.

Por tanto, previamente, se incide en el desarrollo del régimen jurídico, civil y urbanístico, del derecho de propiedad del suelo, como soporte de la edificación.

2.1.1.- LA ESCASA PRESENCIA DE LA EDIFICACIÓN ILEGAL EN EL DERECHO PRIVADO.

Dentro del Derecho privado, originariamente, los autores clásicos acostumbraban a definir el derecho de propiedad enumerando las facultades que integraban su contenido.

La propiedad fue definida como el más amplio poder de dominación que el ordenamiento jurídico permitía tener sobre las cosas. Desde esta perspectiva

⁸ Por la extensión de su bibliografía cabe citar el artículo de M^a JOSE CALVO SAN JOSÉ, *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística* Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Vitor 58, 2000, pág 384 y ss.

civilista, y a lo que aquí concierne, la propiedad implicaba un señorío pleno, un poder unitario sobre un bien inmueble, consistente en poder someterlo a la voluntad del titular en todos sus aspectos y obtener de dicho bien toda la utilidad que pudiera prestar en cualquiera de ellos⁹.

Del concepto "absoluto" del derecho de propiedad del suelo, deriva que dicho derecho contenga todas las facultades, entre ellas la inseparable facultad de edificar, la cual se ha llegado a presentar como un derecho en si mismo.

No obstante, incluso en las definiciones más antiguas, como la que recogió Las Partidas, que interpretan el concepto romano del dominio, se alude a un poder de hacer lo que el propietario quiere sobre la cosa, según fuero.

Pero el hecho cierto es que, hasta la promulgación de la Ley de Suelo de 1956, el derecho de propiedad del suelo se concibe como poder absoluto, sin un contenido positivamente configurado por Ley.

Por otro lado, derivado de la falta de consagración de un interés público en la actividad urbanística de forma global, se implantó la conciencia de que la regla general era que sobre las cosas, concretamente y por lo que atañe a este estudio, el suelo, recayeran intereses privados (posibilidad de edificar

⁹ Como es bien sabido, las configuraciones de la propiedad de la tierra han sido heterogéneas. Tras la concepción romana, e incluso después de ordenamientos primitivos de inspiración germánica, en los que aparece como titular del derecho de propiedad del suelo el grupo social, constituyéndose la propiedad colectiva de dicho bien, en la Edad Media surge la equiparación de propiedad y soberanía. Después, tras la época feudal, se produjo la separación de los mencionados conceptos, hecho este que resultó ser trascendental en la historia del Derecho y en el proceso de formación dogmática del derecho de propiedad. Durante el periodo de las codificaciones, se recoge de nuevo la concepción del derecho de propiedad como derecho absoluto, derecho subjetivo individual exclusivo, que dejó de estar sujeto a los intereses de un grupo o estirpe. La economía pasa a sustentarse en el valor en cambio de las cosas, en contraposición a la anterior sociedad feudal fundada en el valor en uso. Con posterioridad, vinculado a la dicotomía en las ideologías de la propiedad privada: concepción liberal individualista/concepción socializante, se han producido dos tendencias o sistemas económicos, que a la vez son políticos y sociales, el sistema capitalista y el sistema socialista, en todas sus vertientes.

sobre ese suelo al amparo del principio de autonomía de la voluntad) y sólo excepcionalmente intereses públicos¹⁰.

E incluso durante la vigencia de la LS/56 se llegó a sostener la tesis de que la legalización era una vía arbitrada por el texto legal, puesta en las discretionales manos de la Administración para corregir la situación ilegal de las obras y que, por tanto, la alternativa legalización-demolición no estaba estrictamente ligada a la de conformidad-disconformidad con la ordenación urbanística¹¹.

Respecto de la conversión que se ha producido en torno a la propiedad del suelo, en la Introducción del libro del Profesor SUSTAETA, *Propiedad y Urbanismo*, se vierte la prevención ante un movimiento tendente a evaporar el derecho de propiedad, tras aludir al acta de defunción como derecho subjetivo del derecho de propiedad del suelo, que pasa a ser tan sólo una función social, debido a la progresiva limitación, disminución y vaciado de su contenido, mediante ataduras, cargas, obligaciones o deberes, que han dejado convertido ese derecho en algo simbólico, sin contenido, en un puro "*nomen juris*", epitafio de algo que existió, pero que ha dejado de existir y pasa al mausoleo de las instituciones jurídicas.

Siguiendo esta orientación, no deja de ser significativo, que la definición de *urbanismo* del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que recoge Ángel SUSTAETA ELUSTIZA¹² en su libro sea: el "*conjunto de*

¹⁰ Los puntuales intereses públicos, impulsados por la necesidad de reforma interior de las ciudades y el saneamiento de la mismas, se gestionaban mediante la técnica de la expropiación forzosa – Leyes de Ensanche de 1864, 1876 y 1882 - y del establecimiento de límites externos al derecho de propiedad, límites que velaban por la construcción ordenada en el espacio urbano.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y APAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Editorial CIVITAS, Madrid, año 1981, Capítulo XV, Pág. 813.

¹² En el prólogo del libro de Ángel SUSTAETA, "*Propiedad y Urbanismo*" Editorial MONTECORVO, S.A., 1978, el Catedrático de Derecho Civil MANUEL GITRAMA alude, tras destacar que pocos sectores de la vida jurídica se hallan tan sometidos al masivo intervencionismo de la Administración como el de la propiedad urbana, a que *las limitaciones urbanísticas de la propiedad privada constituyen así medios que coactivamente se hacen actuar para el logro de finalidades públicas*. Y, cuestionándose si se trata de meros límites, plantea que *cabe efectivamente pensar*

en la quiebra de la idea misma de límite para pasar a configurar un nuevo tipo de propiedad en el que, si todavía no se llega a la absoluta negación de la libre iniciativa privada –realizando aquella taumáturgica conversión del derecho subjetivo en función social- al menos queda un tanto desnaturalizada por la inmensa merma de su contenido. La idea de menoscabo o mengua destaca en el citado preámbulo, al expresar que, tras ser liberado el derecho de propiedad de las estructuras feudales, el movimiento socializador producido en nuestro tiempo implica que el propietario no pueda negar a la sociedad, por manera de contraprestación, el soportar unas mermas, entonces insospechadas por su cuantía y entidad, en la intensidad y en la extensión de sus atribuciones dominicales.

Y he aquí como, por camino tal, parece retornarse a un nuevo trabar ciertas propiedades, sobre todo la urbana, al punto de que ante la renovada sujeción a que se las somete, no sería descabellado pensar en un renacimiento de la propiedad vinculada, siquiera lo sea por nuevas motivaciones; en un insólito retorno al feudalismo en cuanto vuelven a difuminarse las fronteras entre imperium y dominium –entre Derecho Público y Derecho Privado- al punto que los propietarios, más que tales, en ocasiones prácticamente parecen concesionarios de la Administración. De una Administración que interpreta bajo su óptica particular la propiedad privada y que se siente consciente de que el suelo urbano, a diferencia del rústico, constituye en alguna medida, jurídica y aún materialmente, producto de ella misma, de la Administración que urbaniza, que zonifica y que, abstracción hecha de los deseos y de las expectativas de cada propietario, permite o prohíbe incrementar las densidades, reduce unas superficies a la condición de inedificables, mientras asigna generosos volúmenes a otras.

En la Pág. 338 del citado libro su autor identifica el "límite" (*lindero*) por cuanto hace referencia al contorno o perímetro de algo material, el suelo y el espacio y respecto del término "limitación" afirma que más bien ha de interpretarse como sujeción o reducción de facultades. Así, en un principio se llegó a considerar como límite del derecho de propiedad todo lo que impide en cualquier sentido el ejercicio de facultades, que por Ley puedan corresponder al propietario.

Sigue el profesor SUSTAETA haciendo mención, así mismo, a que GARCÍA DE ENTERRÍA ya dejó sentado que no se trataba de restricciones o limitaciones de la propiedad, sino de delimitación de la propiedad en su contenido normal; de que no se trataba de una ablación de algo positivo y plenario, sino de un límite de extensión, de un confín, que según el artículo 70,1 L.S., define el contenido normal de la propiedad. Igualmente alude a que DIEZ PICAZO se cuestionó ¿cuál era el contenido normal del derecho de propiedad del suelo?, puesto que en función de que se fijara éste de manera positiva (mediante la enumeración de las facultades que encierra) o de forma negativa (señalando aquello a lo que no alcanza) se podía establecer la distinción entre límites y limitaciones o quedar ésta desdibujada completamente. La distinción sólo sería posible si un contenido previo del derecho estuviera fijado positivamente. En tal caso, cualquier reducción de dicho previo contenido sería una limitación.

Y en torno a la normalidad del derecho de propiedad, de la "plenitud" o "integración" de su contenido, de la amputación de las facultades tradicionales de la propiedad del suelo, de las limitaciones y deberes legales que configuran el derecho de propiedad del suelo, ha precisado la doctrina que la limitación afecta al Derecho, actuando en forma de poda y restricción de facultades en orden al ejercicio del derecho de propiedad; las obligaciones vinculan, atan al propietario para que actúe en determinado sentido, incidiendo sobre el propietario e indirectamente sobre la propiedad. De este modo se conforman como carga real,

conocimientos que se refieren al estudio de la creación, desarrollo, reforma y progreso de la vida humana”, revelando esta acepción un marcado concepto individualista. Mientras que la actual descripción, ya no hace referencia a la “vida humana”, sino al conjunto de conocimientos relativos a la planificación, desarrollo, reforma y ampliación de los edificios y espacios de las ciudades.

También es significativa respecto de esta orientación, que se va apartando de la creencia de que toda propiedad de suelo lleva implícita la facultad de edificar, la redacción de determinados artículos del TRLS/76 por la estela que dejan de la originaria conceptualización del derecho de propiedad del suelo. Entre éstos, el artículo 74: *“Mientras no exista Plan o Norma urbanística que lo autorice no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas medidas en cada punto del terreno, sin perjuicio de las demás limitaciones que sean aplicables. Cuando se trate de solares enclavados en núcleos o manzanas edificados en más de sus dos terceras partes, los Ayuntamientos podrán autorizar alturas que alcancen la media de los edificios ya construidos. En suelo no urbanizable se estará a lo dispuesto en el número uno del artículo ochenta y seis”*; también el art. 62.4: *“La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para resolver el contrato, en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado”*, puesto en relación con los artículos 1.483 y 1.301 del Código Civil.

Igualmente, el artículo 62.4 TRLS/76, que recoge la facultad de resolver el contrato de compraventa al ser el suelo inedificable, dando a entender que

obligación ob rem, carga urbanística, pág 287. Se afirma que de un concepto natural de solar, de la posibilidad material de edificar, se ha pasado a otro de aptitud del terreno para construir en razón de que cuenta con los servicios indispensables para ello, pág 318.

En la Pág. 342 se reitera que el *“ius aedificandi”*, derecho o facultad que tiene el propietario para realizar construcciones en terreno propio, es a modo de elemento esencial de la propiedad urbanística y su desconocimiento supone la conversión de ésta en pura entelequia, bien que sin perjuicio de que tal derecho a edificar sea susceptible de ser más o menos limitado en orden a su ejercicio. La Ley del suelo no olvida el reconocimiento del *ius aedificandi* incluso con carácter previo a la existencia del Plan, siendo una facultad que se puede efectuar aunque no exista Plan. La facultad de edificar esta condicionada, vinculada al cumplimiento de unos deberes, como el de urbanizar, pero es la Ley la que establece facultades mínimas, que se pueden ejercitar indudablemente aunque no exista Plan Pág. 345.

el fundamento de dicha disposición no es contractual, sino que su fuente está en la propia Ley.

Estos preceptos del TRLS/76 constituyen, por tanto, claros reflejos de la concepción civilista de la facultad de edificar como perteneciente en origen al derecho de propiedad del suelo.

En la evolución que ha sufrido la conceptualización de la propiedad, se puso de manifiesto, conforme fue avanzando el siglo XX, que expresar que el derecho subjetivo de propiedad fuera un poder pleno o absoluto, no significaba que careciera de límites y limitaciones¹³. Precisamente, la doctrina hizo una triple diferenciación entre: los límites institucionales (abuso de derecho, actos de emulación), los límites en interés privado (relaciones de vecindad, tanteo y retracto legales) y en interés público, entre los que se incluían los que tenían su razón en el urbanismo.

Respecto de éstos últimos, se hablaba de los de carácter positivo, como el deber de edificar, arreglo de fachadas, etc. y los de carácter negativo, límites en la altura de edificios, en la alineación, en el vuelo de salientes.

La mención a las limitaciones¹⁴ también tiene su relevancia a efectos de este trabajo, por la doctrina emanada de determinadas sentencias, las cuales han ido matizado lo que posteriormente se generalizará, que la fe pública registral protege al tercero adquirente de las limitaciones voluntarias, no así

¹³ Límites, entendidos en el sentido del régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder del dueño. Respecto de éstos se distinguió entre los que eran establecidos por disposición legal expresa y los intrínsecos, derivados de la propia naturaleza de la propiedad, que se reconocían sin disposición legal.

¹⁴ En lo concerniente a las limitaciones, éstas se vienen considerando como una reducción, en casos singulares, del poder que normalmente (dentro de los límites) tiene el dueño sobre la cosa (cargas y gravámenes de la legislación civil, tales como derechos reales, prohibiciones de disponer, etc), impuesta por su propia voluntad. En este punto se suele destacar el carácter de elasticidad, que permite reducir el derecho de propiedad a la más mínima expresión, pero que cuando desaparecen las limitaciones recuperará su carácter pleno, en el ámbito que le permita el Derecho público y privado.

de las instituidas por Ley, deduciendo que dicho principio no tiene aplicación en el derecho urbanístico.

Hay que hacer hincapié, por tanto, a que, en un principio, la ordenación urbanística se concibe como un límite extrínseco del derecho de propiedad del suelo, cuyo contenido estaba predeterminado, fijado de forma precedente a esa ordenación. En pocas palabras, inherente a la concepción civilística de su propiedad, el suelo tiene una cualidad intrínseca, propia e innata, por la que a su titular le corresponde, en esencia, el derecho a edificarlo.

Consecuentemente, la licencia urbanística surgió como una técnica que condicionaba el ejercicio del *ius aedificandi* del propietario privado, como una limitación al ejercicio de un derecho a edificar, implícito o incluido, en origen, en la titularidad dominical, no como una comprobación de sujeción a la normativa del ejercicio de una facultad. Además, la licencia se reservó para zonas urbanas sujetas a planes de nuevas alineaciones, los cuales eran elaborados con el único propósito de proteger el dominio público.

Insistiendo en las peculiaridades de la regulación civil del derecho de propiedad del suelo, se observa que el artículo 348 del Código Civil define la propiedad mediante el sistema de enumeración de las facultades que comprende y recoge el término "limitaciones" en su redacción. Las facultades de ese poder unitario o señorío global, como lo ha definido la doctrina civilista, se resumen en facultades jurídicas y materiales o de libre aprovechamiento, entre las que se encuentra la de utilizar en exclusiva la cosa, obtener sus utilidades, que en el caso del suelo, se extienden al vuelo y subsuelo (art. 350 CC). Esta facultad tiene dos límites: el límite hasta el que permita la normativa vigente y el límite al que alcance el interés del propietario.

Quizás por eso, el Código Civil no incluyó la accesión por incorporación o accesión continua en el artículo 609, como un modo de adquirir la propiedad que recae sobre la cosa unida o incorporada, sino que la trata como una derivación de la propiedad o un derecho o facultad.

Sin embargo, la doctrina civilista claramente se pronunció en el sentido de considerar que la accesión continua implica la adquisición de un nuevo derecho de propiedad sobre el todo, resultante de la unión de dos cosas inseparables, de forma que el dominio inicial sobre el suelo, ve aumentado su primitivo objeto, con la edificación¹⁵.

En este sentido, cabe recordar que, entre las clases de accesión continua se encuentra la inmobiliaria vertical, la cual se ha regulado por una detallista normativa civil, sustentada en principios como los recogidos en el artículo 359 y el de *superficies solo cedit* del artículo 358 del CC.

La Exposición de Motivos del TRLS/2008, al referirse en el apartado IV a los estatutos subjetivos básicos, establece que *si bien la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad -de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto-, por lo que puede asimismo ser considerada como una facultad del correspondiente derecho, la urbanización es un servicio público...*

Para poder concordar los artículos 358 y 359 del CC con la concepción estatutaria de la propiedad del suelo, habría que considerar que los mismos entran en juego cuando se ha obtenido el aprovechamiento urbanístico conforme a la legislación estatal de suelo y en base a ella se ha conformado jurídicamente un solar. Porque, tanto si se entiende que es un modo de adquirir la propiedad, como si se considera una facultad del derecho de propiedad, la regulación de la adquisición del aprovechamiento urbanístico corresponde a la legislación estatal de suelo.

Esta afirmación vendría respaldada por el hecho de que a esa concepción histórica había que agregar el acervo jurisprudencial reflejado ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1925. Como determinó esa

¹⁵ En la institución de la accesión, el propietario de la cosa principal, el suelo, lo es también de lo que a ésta se une o incorpora, en este caso artificialmente, la edificación (art. 353 CC). Dada la multiplicidad de fenómenos que se agrupan en esta figura, la doctrina no da un concepto unitario de accesión, así, la considera una facultad o derecho, un modo de adquirir la propiedad, o un supuesto de modificación del derecho de propiedad.

resolución judicial, para dar nacimiento al derecho de accesión debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, siendo ineficaces para producirla aquellas construcciones o actos que se realicen contraviniendo a las leyes y rebasando las limitaciones impuestas al derecho de propiedad, ya se proceda con buena fe, o con mala fe¹⁶.

Luego la accesión continua industrial, clasificada entre los modos de adquirir, es en definitiva una de las manifestaciones del dominio, y como la propiedad, se caracteriza por el goce y disposición sobre las cosas, sin otras limitaciones que las que imponen las Leyes, de lo que deduce que no se producirá la accesión cuando se ha construido por el dueño del suelo infringiendo la legalidad urbanística, porque por leyes, no sólo hay que entender el Código Civil, sino también la Ley de Suelo del Estado.

Si adaptamos ese razonamiento a la concepción estatutaria del suelo y a la legislación estatal de suelo, no se producirá el nacimiento del derecho de accesión respecto de una edificación ilegal si se han incumplido la ley. Luego, si no se ejercita la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, ¿en qué situación queda la edificación ilegal? Quizás se podría entender que, si hay una posesión de la edificación ilegal, en su caso pudiera llegar a convertirse en derecho de propiedad mediante el instituto de la usucapión extraordinaria.

En definitiva, si únicamente se reparara en la conceptualización civilista apuntada, ante el supuesto de que no se ejercitara la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, habría que deducir que el derecho de propiedad del suelo podría hacer suyo todo aquello que quedaba unido a los terrenos, en este caso la edificación ilegal, acreciendo a ese suelo, bajo el principio de *superficie solo cedit*.

Volviendo a ese progreso conceptual del derecho de propiedad del suelo, diligentemente la doctrina comenzó a vislumbrar que la importancia y proliferación de esos límites extrínsecos hacía que la legislación urbanística

¹⁶ CASTAN TOBEÑAS, Xavier, Op. Cit. Pág 364.

determinara verdaderamente el contenido del derecho de propiedad urbana¹⁷.

En el RD de 9 de abril de 1976 no se definió la propiedad, sino que se hizo referencia a su contenido (art. 76), aunque se continuó interpretando que la Ley encuadraba este contenido desde un punto de vista negativo, esto es, su titular ostentaría las facultades siempre y cuando no se rebasen los límites, considerando la propiedad del suelo y su contenido dentro de los límites que señalaba la propia legislación urbanística.

Igualmente, incluso después de haberse introducido, en ese proceso evolutivo, la concepción estatutaria del derecho de propiedad inmobiliaria y la noción de función social, se seguía hablando, cuando se introducen determinaciones provenientes de la ordenación urbanística, de límites externos al derecho de propiedad del suelo. Y se continuaba haciendo patente, que se estaba produciendo una sustracción del poder al particular por parte del legislativo y la Administración, hablado de reducción del ámbito de señorío, ablación, sacrificio, debilitamiento o condicionamiento del derecho dominical¹⁸, en definitiva, de restricción de un poder ilimitado, absoluto sobre un bien inmueble.

¹⁷ Como indica Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ al comentar el libro de Fernando REY MARTINEZ en el artículo *La propiedad privada en la Constitución española*, de la Colección Estudios Constitucionales, 1994, pág 462, los cultivadores del Derecho Privado viven en su mayoría, en la convicción de la indiferencia básica del esquema jurídico público para el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre particulares.

¹⁸ STS 7 de febrero de 1986, que confirma la de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 28/12/1983, que consideró que el artículo 60 del TRLS/1976, *representa un auténtico sacrificio para el derecho de propiedad urbana* (antecedente de hecho quinto de la STS).

2.1.2.- LA INCIDENCIA DE LA FUNCIÓN SOCIAL EN LA EDIFICACIÓN ILEGAL.

Tal y como se ha apuntado, la postura individualista se ha superado con la inserción de la vertiente objetiva del derecho, que se ha ido asentado de modo paralelo a la idea de que el estatuto de la propiedad del suelo, su contenido, ha de ser, en cada momento, el que derive de la ordenación urbanística, siendo los planes los que lo concreten y prefijen su alcance, definiéndolo de forma pormenorizada, al amparo del principio que determina que urbanizar es una función pública.

Si se tiene presente la consideración subjetiva del derecho de propiedad privada del suelo, es factible que no se entienda que la edificación ilegal se tenga que demoler, y que, finalmente, todo se deba reconducir a una mera infracción administrativa.

Cosa distinta es que el contenido de la propiedad inmobiliaria no se pueda deducir atendiendo, exclusivamente, a lo que dispone el Código Civil. De manera que frente al supuesto carácter absoluto del derecho subjetivo de propiedad del suelo, que comprende desde su constitución la facultad de edificar, exponente máximo de la autosatisfacción del interés particular, se fuera mostrado una nueva noción de la propiedad como función social¹⁹.

¹⁹ Concesión de poderes para que, mediante su adecuado uso, se desempeñe dicha función en beneficio de la comunidad, para la satisfacción de deberes frente a la sociedad e intereses colectivos. LEÓN DUGUIT, en esta línea, concedió a la propiedad la naturaleza de función social y no de derecho subjetivo, puesto que, en sentido parecido a la teoría negativa que mantuvo KELSEN sobre la naturaleza del derecho subjetivo, que le llevó a afirmar que éste era la misma norma, la individualización de la norma a favor de un sujeto, DUGUIT consideró que la persona no tiene derechos subjetivos, sino que en todo caso está obligada a cumplir la norma jurídica.

DUGUIT niega la procedencia del derecho subjetivo en coherencia con su doctrina realista, objetiva y positiva, según la cual la propiedad es una función dentro del contexto de lo colectivo, que se explica y existe como realidad verificada en su propia consideración y no como un derecho subjetivo. En nuestro Derecho la propiedad se ha configurado como un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos, dignos de protección jurídica, pero también ha estado presente la necesidad de combinar esa satisfacción de intereses privados con la función social, con las conveniencias de la comunidad. En cierta medida las aportaciones de la teoría de DUGUIT podrían emplearse para argumentar que respecto de la propiedad antiestatutaria debe prevalecer el punto de vista colectivo, la ética de la solidaridad, en definitiva, la afirmación de que sólo en relación con la sociedad puede predicarse de él derechos, frente a postulados propiamente individualistas, porque sólo en el caso de la propiedad estatutaria se

La función social del derecho de propiedad sobre el suelo hace evidente que nadie puede construir donde desee, cuando quiera y como quiera, sino que ha de someterse a las exigencias urbanísticas y medioambientales, que afectan a la colectividad.

Precisamente, la función social define, de forma inescindible con la utilidad individual, el contenido de cada estatuto dominical²⁰, y, como veremos en el apartado 2.2.1, está presente ya en la determinación del contenido esencial de derecho de propiedad del suelo.

Ahora bien, la función social no puede llegar a tener un alcance tal que anule la utilidad meramente individual del derecho de propiedad, la dimensión institucional, por tanto, ha de coexistir con la individual del derecho subjetivo.

Acorde con lo expuesto se comprende que el núcleo básico de la propiedad esté vinculado a la función social que cumplen los bienes objeto de dicho derecho, que su uso y aprovechamiento deba cumplir determinadas finalidades sociales o intereses de la colectividad y, en definitiva, que la función social de los bienes se traduzca en la previsión legal de intervenciones públicas no expropiatorias en la esfera de las facultades abstractas del derecho de propiedad privada del suelo.

No se trata por tanto, del interés social al que refiere el articulado de la Ley de Expropiación Forzosa, como causa de la privación del bien; la función social está presente en la delimitación o conformación del propio derecho de propiedad privada, y es, tras la constatación de su existencia, cuando

debe accionar el principio de proporcionalidad entre intereses generales e individuales. Si el hombre tiene derechos lo es simplemente en cuanto a ser sociable.

²⁰ REY MARTINEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada” *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 3, mayo-agosto 1994, pág. 195.

podrá entrar en juego una intervención mediante la expropiación forzosa del bien.

De hecho, la propia CE afirma en su artículo 33.2 con carácter general que la función social no es un límite externo, sino que delimita intrínsecamente el contenido del derecho de propiedad.

La función social de la propiedad forma parte del contenido esencial de la misma²¹, de cada estatuto dominical.

Por otro lado, cabe subrayar, como se ha anunciado, que el proceso de definición de la propiedad urbana ha ido unido al avance que se produce en la consideración de la ordenación urbanística como organización integral del territorio y, del urbanismo, como función pública. De modo que la propiedad del suelo ya no satisface exclusivamente intereses individuales y la transformación de los terrenos deja de ser un asunto privado.

Puesto que crear y ejecutar infraestructuras y servicios de uso y dominio público, que acondicionen los espacios en los que materializar el aprovechamiento lucrativo, es una función pública, que requiere de una programación, tanto si se ejercita de forma directa por la propia Administración, como si esa actividad es cedida, de manera análoga a la gestión de cualquier otro servicio público, a los agentes privados, de acuerdo con los principios básicos del Derecho Público y previo ejercicio de la potestad pública de planeamiento, la cual no debe ser susceptible de transacción.

También en la actualidad, resulta fácilmente constatable la superación de la concepción de las potestades administrativas, en el campo del urbanismo, como simples potestades de policía municipal, en base a las cuales se permitía todo aprovechamiento no prohibido de forma específica.

²¹ STC 37/1987, (FJ 2) y STC 149/1991, (FJ 8).

Sólo cuando se trata de la acción de edificación concreta, ajustada a Derecho, se puede hablar de que se está desarrollando una facultad privada, derivada del contenido del derecho de propiedad del suelo.

Sentencias del Tribunal Constitucional, como la 37/1981 de 16 de noviembre y 37/1987 de 26 de marzo, se pronunciaron en unos términos reveladores de cuanto aquí se está exponiendo y que es inevitable reproducir²². Es necesario recalcar que no es una cuestión de subordinación del interés individual a la función social, ni de limitación de las facultades del propietario como consecuencia de una coordinación de intereses contrapuestos.

En definitiva, lo que emana de esta doctrina es la estimación de que no se trata del sacrificio o menoscabo del contenido del derecho subjetivo de propiedad, sino de la definición o fijación por ley y planeamiento del mismo, impersonalmente y en cumplimiento de los intereses generales de la colectividad, siempre desde el axioma de la existencia de la propiedad privada del suelo. De ahí, que la actuación del poder de protección de la legalidad urbanística no pueda concebirse tampoco como la destrucción de un valor que pertenecía a un particular, porque no lo había patrimonializado.

²² STC 37/1987 FJ 2º: *"la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva de derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.*

.....la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido."

A lo largo de la evolución descrita, se puede ultimar que la propiedad del suelo queda unida de forma inescindible a la ordenación urbanística, llegándose a afirmar, que la propiedad inmobiliaria ha pasado a ser un bien privado de interés público²³. De esta suerte, la propiedad privada del suelo y el subsuelo alcanzará hasta donde el planeamiento señale (Art 8.2 TRLS/2008).

2.1.3.- EL GERMEN DE LA PROLIFERACIÓN DE EDIFICACIONES ILEGALES.

Como afirma el profesor TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ al Derecho urbanístico español le ha ocurrido lo peor que podía sucederle: ha sido elegido por los políticos como campo de batalla para dirimir sus diferencias²⁴. A lo largo de este trabajo se traslucen algunos de los resultados generados en ese escenario.

La implantación en la Ley de Suelo de 2007 de la figura del agente urbanizador, prácticamente como único sistema de ejecución de los planes, ya venía siendo aplicada en las legislaciones autonómicas, de la que fue pionera la Ley Urbanística Valenciana de 1994 (LRAU). No obstante, la situación social y económica en la que se iba a desenvolver la figura del agente urbanizador, no era la misma que la que surgió tras la guerra civil, que propició la introducción del urbanismo concertado por la Ley de Suelo de 1956.

Debemos reparar en el hecho de que la composición originaria de la figura del agente urbanizador en la legislación autonómica Valenciana, fue elaborada por un gobierno social-demócrata, que propició la introducción en el proceso de transformación del suelo de un tercer agente, que actúa por cuenta de la Administración y siempre bajo el prisma de una intervención pública incuestionable, esto es, la asunción pública de la dirección del proceso urbanizador.

²³ SANTOS DIEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J. *Derecho Urbanístico Manual para juristas y Técnicos*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2005.

²⁴ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., "El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación –RUE-ARANZADI* 16/2007.

Precisamente, la concepción de la figura del agente urbanizador se cimentó en la revisión del papel excesivamente central que el propietario de suelo y la propiedad misma han jugado históricamente en nuestro sistema urbanístico. El agente urbanizador podía intervenir en el proceso de transformación urbanística del suelo rústico sin necesidad de ser titular de terrenos incluidos en el ámbito objeto de alteración jurídica y física, desbancando al promotor propietario de esos suelos. Socialmente, para el propietario de suelo, fue difícil admitir que éste se desmaterializara y que sobre su suelo originario pudiera construir otro particular.

Este incipiente sistema fue acogido por un grupo político contrario que lo hizo suyo, utilizándolo como mecanismo para erradicar el problema de la escasez y encarecimiento de suelo, el cual se achacaba a dos factores, a la falta de aptitud técnica del propietario para urbanizar y al control que sobre el suelo ejercitaba la Administración, al fijar en cada momento cuánto suelo se podía urbanizar²⁵. Así se potenció, en gran medida, el sector de la construcción.

Ahora bien, la práctica urbanística ha puesto en evidencia que se ha ignorado el principio fundamental de que la ordenación, que primeramente ha de plasmarse a nivel territorial y luego urbanístico, ha de ser siempre una función pública, no susceptible de negociación, cayendo de lleno en la praxis de aprobaciones masivas de modificaciones de planeamiento de iniciativa particular.

Indiscutiblemente, este dislate jurídico se produjo al aplicar una normativa, como la contenida en la LRAU, pensada para desarrollar suelo urbanizable previsto en el planeamiento, con el fin de urbanizar suelo no urbanizable, bajo la persistencia de una débil Administración Pública, que ha venido utilizando

²⁵ El Tribunal de Defensa de la Competencia en 1994 aludía también a los efectos negativos del intervencionismo extremo de las Administraciones, intentando justificar que originaba fuertes desajustes entre la oferta y la demanda, que derivan en el encarecimiento del precio de la vivienda. La desregularización que propugnó del mercado del suelo, para aumentar la oferta de dicho bien, no ha derivado en las previsiones que auguraba.

el convenio urbanístico como medio propicio a la desviación de poder.²⁶ Esto, unido al hecho de que se ha desatendido, de manera alarmante, la

²⁶. Noticia Periódico el Levante de 12 de mayo de 2014: *Casi 30.000 viviendas ilegales entre el Turia y la Calderona. Tras décadas de permisividad urbanística, la Universitat de Valencia contabilizó en 1992 unas 28.000 viviendas ilegales en el Camp de Túria y Los Serranos, comarcas que por su proximidad a la ciudad de Valencia han sido históricamente el lugar preferido de muchos valencianos para su segunda residencia. Llíria era el municipio con más chalés ilegales, unos 8.000 de los 9.000 con los que contaba, seguido por Riba-roja (5.000 de 7.000), Nàquera, (4.000 de 8.000) y Vilamarxant (3.360 de 3.500). Fue a partir de 2005, cuando la capital del Camp de Túria tomó la decisión de declarar urbanizables las 18 urbanizaciones situadas en suelo rústico. En Los Serranos, destaca el caso de Pedralba. Un municipio con menos de 3.000 vecinos y más de 2.000 viviendas ilegales. El consistorio diseñó un nuevo plan general para regularizar la situación de los núcleos residenciales.*

Sólo 3 de las 12 urbanizaciones de Montserrat tienen todos los servicios La Safor Oliva ordena derribar casetas en el parque natural del marjal El problema de las viviendas ilegales ha afectado en la comarca de la Safor tanto a las áreas e interior como a las de costa. En toda la franja de playa, hay casas fuera de ordenación en Tavernes de la Vallidigna, Xeraco y Oliva. En zonas de interior, las construcciones han proliferado en medio de áreas agrícolas y forestales protegidas. Por citar los casos más importantes, Gandia, Ròtova y Palma de Gandia disponen de cientos de casas ilegales en la partida de Marxuquera. En el Real de Gandia, la urbanización Monterrey sigue sin alcantarillado, igual que la Llacuna o la Reprimala de Villalonga. Justo al lado, en la Font d'en Carròs, el ayuntamiento reconoce cientos de viviendas que se levantaron sin control en los huertos y laderas de los montes más próximos al casco urbano, pero, como en el resto de municipios, siguen sin proyectos para urbanizar. En Almiserà se construyó sin licencia en zonas de montaña, como en los espacios de la Puigmola y l'Avenc de la Donzella, situados en el término de Barx. En Simat de la Vallidigna las casas diseminadas se cuentan por decenas en todo el término, pero destaca el área de les Foies, en pleno macizo del Mondúber. En Oliva, al margen de la franja litoral, las obras ilegales proliferaron en las montañas y áreas agrícolas en todas direcciones, incluyendo el suelo protegido del parque natural del marjal

La Marina Llíber: 300 familias esperan desde hace 11 años una solución Trescientas familias, sobre todo de residentes británicos, esperan desde hace al menos 11 años a que se legalicen las viviendas que compraron en Llíber convencidos de que tenían todos los permisos en regla. Los chalés eran ilegales y todavía hoy reciben en precario la luz y el agua. El alcalde, José Juan Reus, del PP, les prometió en 2011 que regularía el suministro. Nada. También les dijo que el ayuntamiento aprobaría un PGOU que daría cobertura legal a sus casas. Pero esa solución tampoco ha llegado. La mayoría de los vecinos están personados en la causa por estafa y delito contra la ordenación del territorio por la que están imputados, entre otros, el exalcalde popular José Mas Avellá, el exaparejador municipal Amador Signes y el promotor Miguel Muntaner. Entre 1999 y 2003, se construyeron y vendieron todos esos chalés ilegales. Llíber era un agujero negro en el urbanismo valenciano. Se construyó sin control en suelo no urbanizable. Los compradores, en su mayoría británicos, no advirtieron de la estafa, ya que todo estaba muy bien atado.

El Camp de Morvedre Gilet se enfrenta a una multa de un millón de euros La presencia de viviendas sin legalizar se concentra en dos municipios: Albalat dels Tarongers y Sagunt. En ambos, la construcción se disparó durante los 70 hasta que en los últimos años la presión municipal impidió nuevas edificaciones en terrenos no urbanizables, lo que generó órdenes de derribo. Aún así, hay cientos de inmuebles sin alcantarillado y por lo que el ayuntamiento se ha enfrentado a una multa de un millón de euros. Sólo en Albalat se calcula que hay unas 3.000 casas ilegales. Mil de

renovación y rehabilitación de los centros históricos, ha producido la desmedida creación de nuevos espacios urbanos amorfos, inconexos e infradotados.

En la Comunidad Valenciana se ha producido, hasta hace aproximadamente tres años, una planificación urbanística residencial sobredimensionada²⁷, debido a que no se ha puesto límites efectivos a las numerosas propuestas municipales, ni a las de gestión directa autonómica de programas de actuación urbanística y tampoco a las promovidos por empresas mixtas²⁸.

El sustrato que facilitó este desatino fue la indebida cesión de potestades públicas por parte de las Administraciones a favor del agente urbanizador, que es quien en definitiva, en muchos casos, ha decidido e impuesto las condiciones para la transformación del suelo, así como la falta de ejercicio por la Administración del poder de protección de la legalidad urbanística.

El resultado de este neoliberalismo a ultranza ha generado desarrollos periféricos urbanos disfuncionales: en España, según informe de mayo de

ellas están en núcleos consolidados cercanos a Náquera o a Sagunt. En Sagunt, el problema se concentra en zonas de monte como Romeu, Monte Caruana, La Pinada, Bonilles, el Plà del Bou o el Plà de l' Aljub. Por su zona de playa, las urbanizaciones han ido creciendo en los últimos años, mientras siguen las viviendas sin legalizar y construidas por caminos agrícolas en zonas de marjal. En Xàtiva, la Associació de Veïns de Bixquert denuncia la falta de alcantarillado y las malas condiciones de algunos viales que no están asfaltados. También piden contenedores de basura en zonas de Bixquert que carecen de los mismos.

²⁷ BURRIEL DE ORUETA, Eugenio, "Los límites del planeamiento urbanístico municipal. El ejemplo valenciano", Doc. Anál. Geografía, 54, 2009, pág 33 a 54.

²⁸ Como las que se relacionan a continuación: CABANYAL 2010, S.A.; HORIZONTE CASTELLÓN 3000,S.L.; DESARROLLOS URBANOS PARA VIVIENDAS PROTEGIDAS, S.L.; GESTIÓN MIXTA DE VIVIENDAS SOCIALES PARA ALBORAYA; INICIATIVAS Y PROMOCIONES DE VIVIENDAS VALENCIANAS, S.L.; SERVICIOS URBANÍSTICOS Y VIVIENDAS DE BURRIANA, SL; TAREA PROMOTORA VALENCIANA DE VIVIENDAS, SL; MONTEAZUL MEDITERRÁNEA SL; SOL Y VIVENDES VALENCIANES, SA; SOL Y VIVENDES DEL MEDITERRANI, SA; NUEVAS VIVIENDAS VALENCIANA, SA; CAMVIPRO, SL; VIVIENDAS PROTEGIDAS MOLINET, SL.. En estas empresas figuraba el Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. como socio de empresas mercantiles (URBANA DUCAT, S.L, GESTURBE, S.L, LLANERA, S.L ORTIZ DESARROLLOS URBANÍSTICOS, S.L, ASTROC, BANCAJA HABITAT, CAM, CAJA RURAL); según datos del Informe de 2010 de fiscalización de la Cuenta General de la Generalitat Valenciana del ejercicio 2009 de la Sindicatura de Cuentas, pág 398 y ss.; igualmente en suplemento El MUNDO, de 24-02-2006, nº 432.

2010 del Ministerio de Fomento, existían más de 1.200.000 viviendas desocupadas, algunas en construcción, otras paradas. La Comunidad Autónoma Valenciana acumulaba el mayor porcentaje (17,4%) del total del stock de viviendas nuevas terminadas sin vender.

La implantación de tesis liberales, frente a las intervencionistas, mediante leyes como la 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la denominada "*Ley Omnibus*" de 22-12-2009, de modificación de diversas normas para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se produjeron sin advertir, por ejemplo, que la Directiva 2006/123/CE se gestó en un momento anterior al de la producción y conocimiento de las consecuencias negativas de la exacerbación del liberalismo en la economía, que ha producido el hundimiento del sistema financiero, mostrando dramáticamente hasta dónde nos puede llevar un mercado desregulado, en el que no exista un claro marco jurídico, donde se puedan desenvolver sectores de primordial relevancia económica.

La práctica ha demostrado, que se debe plantear una intervención en el territorio a nivel global. Las leyes siguen insistiendo en el control, sirva de ejemplo, la Exposición de motivos del TRLS/2008, que incide en que los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanísticas tienen una trascendencia capital, que desborda con mucho el plano estrictamente sectorial y, por supuesto, el individual, por su incidencia en el crecimiento económico, en la protección del medio ambiente y en la calidad de vida. Por ello, la Ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal, y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente.

La efectividad de estos estándares exige que las actuaciones urbanizadoras de mayor envergadura e impacto, que producen una mutación radical del modelo territorial, se sometan a un nuevo ejercicio pleno de potestad de ordenación. Además, la Ley hace un tratamiento innovador de este proceso

de evaluación y seguimiento, con el objeto de integrar en él la consideración de los recursos e infraestructuras más importantes. Esta integración favorecerá, a un tiempo, la utilidad de los procesos de que se trata y la celeridad de los procedimientos en los que se insertan.

Como fruto de toda esta complejidad se puede apreciar, qué lejos han quedado las primeras configuraciones que el Derecho privado llevó a cabo en torno al derecho de propiedad del suelo y ha puesto en evidencia la necesidad de un acoplamiento efectivo de las potestades de planeamiento y protección de la legalidad urbanística.

2.2.- CONSIDERACIÓN OBJETIVA DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.

No cabe duda de que, en el momento actual, la propiedad inmueble es concebida como un derecho de configuración legal, con un contenido esencial garantizado por la Constitución.

Como afirma el profesor BAÑO LEÓN de los postulados de la Constitución Española y del alcance de la jurisprudencia, que la completa y desarrolla, se extrae que es la Ley la que fija el contenido de la propiedad y no la Ley la que limita el contenido natural de la propiedad. No existe un contenido del derecho de propiedad del suelo precedente al establecido por la Ley y el planeamiento, más allá del contenido esencial que reconoce la mencionada norma fundamental.

Habría que decir también, que no se puede hablar de un derecho de propiedad inmueble como institución unitaria, sujeta a idéntica normativa, porque su configuración legal es profusa, en función del periodo histórico, del objeto sobre el que recae, y de la normativa sectorial que pueda incidir sobre ella. No obstante, es necesario profundizar en las razones que han guiado su configuración en general.

Y no sólo hay que tener presentes razones coyunturales, sino otras de gran calado, como la caracterización de la vivienda como base para el disfrute

por los ciudadanos de un conjunto de dotaciones, equipamientos, e infraestructuras públicas.

Como hemos visto, frente a los postulados que reconocieron un contenido natural sustantivo del derecho de propiedad, según los cuales este derecho tenía un núcleo de facultades irreductible, entre las que se encontraba el derecho a edificar, surgió la concepción estatutaria de la propiedad del suelo.

Esta última postura está más en concordancia con la Constitución Española (artículo 33), pues si bien ésta proclama el derecho de propiedad privada desde una vertiente subjetiva-individual, instituye también una consideración objetiva o institucional de la propiedad del suelo, en cuanto que es la perspectiva de la ciudadanía y de la función social de la propiedad de los bienes la que coexiste con el plano individual de la propiedad.

De forma que es la regulación legal principalmente, junto con la autonomía de la voluntad, la que modela su contenido real. Ambas vertientes deben integrarse en cada derecho particular, de modo que no es posible la erradicación total de alguna de ellas.

No se trata de hablar de derecho de propiedad individual y de derecho de propiedad colectivo, porque cuanto aquí se pone de relieve es en relación al derecho de propiedad privada del suelo, y de cómo se integra legalmente la facultad de edificar en su contenido, partiendo de las premisas de que la Constitución reconoce tanto la vertiente subjetiva, como la objetiva del derecho y de que ha especificado un contenido esencial, que se define tanto en base a la utilidad individual a favor del propietario, como en base a la función social de ese contenido sustantivo fundamental y todo ello, insisto, dependiendo de la clase, tipo o situación en que se encuentre el suelo.

Consecuentemente con esa proposición y desde la perspectiva objetiva del derecho, la Constitución introduce, en sus artículos 45 y 47, el principio de recuperación por la comunidad de las plusvalías que genere la acción

urbanística de los poderes públicos, como medio de rescatar, la Administración, parte de lo que ella ha creado y destinarlo a un fin taxativamente fijado por Ley.

Como los terrenos sobre los que recae el derecho de propiedad privada tienen diversa naturaleza, suelo rústico, suelo urbanizado, suelo sujeto a un proceso de transformación urbanística, existen también estatutos jurídicos diversos. Esto hay que tenerlo presente para no ver en toda intervención legislativa un vaciamiento subjetivo-sustancial del derecho de propiedad privada, que en muchas ocasiones es producto de una percepción social de la propiedad como derecho pleno, completo en origen para todo tipo de suelo objeto de apropiación²⁹.

En la práctica veremos cómo en la sucesión de hechos jurídicos, que concatenados consuman la integración del valor legal urbanístico de un edificio en el patrimonio del titular del suelo, se suceden diversos estadios en los que se va concretando esa propiedad, finalmente conformada.

En este sentido la hipótesis que se maneja en esta tesis es la siguiente: la norma fundamental dota de un contenido esencial al derecho de propiedad privada y deja para las leyes estatales la delimitación de su contenido abstracto, general o básico y para la legislación de las Comunidades Autónomas el establecimiento de un contenido preciso, concreto, que particularizarán los instrumentos de planeamiento.

Como se puede apreciar, la Constitución no ha señalado o fijado de una vez por todas un contenido concreto del derecho de propiedad privada para todo tipo o clase de suelo, pero sí ha garantizado la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, y ello por medio de varios

²⁹ FERNANDEZ RODRIGUEZ en su Manual de Derecho Urbanístico (1991), página 113 afirma que la *Ley parte de una situación basada en la realidad estricta, en la mera naturaleza, y que considera esa realidad natural como el único contenido inicial de la propiedad. De ese único contenido inicial que la naturaleza misma pone, la LS no quita nada y, como no quita, tampoco reconoce indemnización alguna, ya que la función de ésta es compensar justamente lo que se arrebata.*

preceptos, que se deberán asociar para justificar las conclusiones de este estudio.

Así resulta que la dimensión subjetiva o individual del contenido del derecho de propiedad del suelo se producirá una vez está configurado objetivamente ese específico contenido (que engloba los tres niveles de definición aludidos) y es en aquella órbita donde se ejercita el poder conferido a la persona para la satisfacción de sus intereses, el señorío de su voluntad, el ámbito donde actúa la autonomía de la voluntad del particular³⁰.

Si se siguiera manteniendo la existencia de un contenido natural irreductible en el derecho de propiedad del suelo, de manera que, de ese señorío ilimitado, se dedujera un derecho de edificar cualquier clase de suelo, anterior a la Ley e inherente al derecho de propiedad del suelo, se podría seguir dando cabida a la práctica que ha favorecido que, si no se dictaba la

³⁰ BAÑO LEÓN, José María. *La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía institucional en la Constitución Española*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, nº 24, Septiembre-Diciembre 1988, pág 155 y ss. Según este autor, partiendo de la inexistencia de una cisura entre ambas categorías jurídicas, y de que su configuración constitucional no permite esa contraposición, incide en el papel reservado al legislador y a la Administración en el desarrollo de los derechos fundamentales. Dejan atrás la concepción clásica de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, ámbitos de libertad, excluidos de la intervención o inmisión estatal, en el sentido estrictamente liberal-individual, porque considera que ésta no es la única perspectiva para abordar los derechos fundamentales. También tienen un aspecto objetivo, por cuanto que la CE *construye los derechos fundamentales tanto con derechos subjetivos, como con las garantías de ciertas instituciones o con la fijación de mandatos al legislador que éste ha de concretar*. La categorización del derecho fundamental de la propiedad privada hace que este supraconcepto comprenda tanto el derecho subjetivo, como la garantía institucional. No todos los derechos fundamentales tienen un significado unitario, ni se satisfacen con la mera abstención estatal. En cuanto al papel activo del legislador, especifica que éste se despliega no sólo para asegurar el contenido y el disfrute de los derechos fundamentales, sino también en la regulación de su ejercicio, regulación que está dentro del ámbito de la reserva de ley del art. 53.1 CE. Las manifestaciones vertidas por el profesor BAÑO sobre la acción del legislador para hacer efectivos los derechos y materializar las determinaciones constitucionales encajan a la perfección en lo que concierne a la propiedad privada del suelo, sobre la que inciden los múltiples factores que se analizan en este estudio y que concatenados precisan el contenido propio del derecho de propiedad de cada porción de terreno. El contenido del derecho de propiedad privada no está especificado en la CE, pero como institución garantizada por ésta, ha de ser respetada por el legislador cuando determine su contenido.

medida de demolición de la edificación ilegal por la Administración, el valor urbanístico de la misma se incorporaba al patrimonio del propietario de suelo.

Unido a esa presencia institucional y subjetiva en el derecho de propiedad del suelo, no hay que perder de vista que el Estado tiene títulos competenciales (ejm. arts. 45, 149.1, apartados 1, 8, 18, 22 y 23 CE) que inciden (aún cuando sea sectorialmente) sobre el territorio y por tanto directa o indirectamente sobre el contenido del derecho de propiedad del suelo³¹, como los que le permiten legislar sobre el régimen urbanístico de la propiedad del suelo (principio de equidistribución equitativa de beneficios y cargas, tipología básica de la clasificación del suelo, régimen de cesiones, dotaciones y estándares en cuanto a su cuantificación mínima, expropiación forzosa, criterios de valoraciones de suelo, algunas cuestiones sobre el régimen procedimental en el ámbito de aprobación de los planes urbanísticos, fijación de los criterios básicos para el ejercicio del derecho de propiedad del suelo, régimen jurídico urbanístico con trascendencia económica general), el procedimiento administrativo común y la protección del medio ambiente.

La razón de ser de la conformación de dichos títulos estriba en la necesidad de que la regulación del estatuto jurídico de la propiedad del suelo, la concepción básica de la propiedad, se haga de forma general, para asegurar a todos los españoles la igualdad en cuanto al ejercicio del mencionado derecho. De esta forma se da cumplimiento al principio constitucional de homogeneidad básica del régimen de los derechos y deberes fundamentales³².

³¹ No obstante, en caso de enfrentamiento entre la competencia de ordenación urbanística de las CCAA y de las entidades locales y la específica del Estado, cuando la cooperación no ha dado resultado, la decisión última del conflicto corresponde al Tribunal Constitucional.

³² Así se refleja en el artículo 1 del TRLS/2008 que establece el objeto de la misma: *Esta Ley regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal. Asimismo, establece las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia.*

Por tanto, el Estado es competente para regular lo concerniente a la adquisición del contenido urbanístico, abstracto, general o básico del derecho de propiedad del suelo susceptible de apropiación privada y en esa regulación no se hace mención a la falta de ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística. Contenido, que insistimos, sirve para unificar la entidad del derecho en si mismo, pese a la existencia de las diferentes fuentes normativas que pueden incidir en esta materia.

2.2.1.- CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

El derecho fundamental de propiedad privada tiene un contenido esencial, de reconocimiento institucional, que se impone específicamente al legislador estatal y autonómico. ¿Está concebida en ese contenido esencial la facultad de edificar todo tipo de suelo? Evidentemente no, luego hay que analizar cuándo es posible levantar un edificio y profundizar en la ilegalidad edificatoria.

Como se ha indicado, el contenido esencial, o los rasgos esenciales del derecho de propiedad privada, ha de extraerse de los preceptos y principios constitucionales, del valor normativo íntegro de la Constitución, así como de la jurisprudencia contenida en las sentencias y autos del Tribunal Constitucional³³.

³³ Doctrina que posee un fuerte carácter creativo, puesto que no es simplemente interpretación de la CE, sino que en cierta forma es parte de la Constitución misma, a la que ha completado y desarrollado en muchos de sus extremos, aflorando el acervo de pensamientos jurídicos estructurados en torno a las principales instituciones que rigen la organización social. También se extraen del Derecho Comunitario (art. 17, 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) no en vano, uno de los cimientos sobre el que se asienta el orden comunitario es la propiedad privada. Entre la jurisprudencia constitucional se relacionan las siguientes resoluciones: SSTC de 3 julio 1984; 56/1986; 37/1987, de 26 de marzo (FD 2); 227/1988 (FD 7); 170/1989, de 19 de octubre (FJ 8,b);149/1991; 36/94; 89/1994, de 17 de marzo (FJ 4); 149/1998; 15/98; 110/98; 193/98; 204/2004, de 18 de noviembre (FD 5); 112/2006, de 5 de abril (FD10). A estas sentencias se remiten resoluciones del Tribunal Supremo como las SSTS de 9 julio 1991; 25-02-2000.

La ley no puede desvirtuar el contenido esencial o reducto indisponible del derecho fundamental³⁴ cuando, a partir del mismo, de esa consideración institucional abstracta y genérica de los distintos objetos apropiables, vaya perfilando el contenido conciso de cada derecho de propiedad de un suelo individualizado. El legislador no puede alterar el núcleo básico de la propiedad privada, por ser una institución cuya existencia garantiza la Constitución.

Ahora bien, si la función social forma parte del contenido esencial del derecho y siendo el legislador el que delimita o configura el contenido del derecho con base en la función social, se puede deducir que la intervención del legislador incide también en el contenido esencial, puesto que está fundada en fijar dicha función social.

Por tanto, no sólo la Constitución reconoce el contenido fundamental del derecho de propiedad privada, si no que también es la Ley la que lo dota de esa existencia real y sustantiva, siempre respetando la configuración constitucional de derecho, esto es, partiendo de la misma. En este sentido el legislador de suelo estatal lleva a cabo la tarea fundamental de describir el contenido sustantivo fundamental básico del derecho de propiedad privada.

La *STC 37/1987, de 26 de marzo*, al hilo de plantear como cuestión nuclear la vulneración del contenido esencial o mínimo del derecho de propiedad privada³⁵, determinó cuál era dicho contenido esencial y lo definió como

³⁴ La expresión, que surge en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 17, son la versión formal y constitucional de los derechos humanos. Tras la denuncia a los excesos individualistas de la propiedad, desde la perspectiva del interés general de la sociedad la nueva concepción de la función social de la propiedad se plasmó constitucionalmente por primera vez en 1919, en el artículo 153.3 de la Constitución de Weimar: “ *La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente al servicio del bien común*”.

³⁵ Tras la doctrina plasmada en esta relevante sentencia, que rechazó la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hicieran irreconocible el derecho de propiedad considerado en este proceso judicial como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, se puso en primera línea la idea de “propiedad activa”, respecto de la cual la función social supondría la consecución de los fines económicos propios de cada tipo de propiedad, de forma que la inactividad de la propiedad legitimara la privación

reconoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable.

Como la referencia a esta Sentencia va a repetirse en varias ocasiones a lo largo de este estudio, es conveniente tener presente que el objeto material de su enjuiciamiento es un suelo rústico en unas circunstancias concretas, para no ver, en la particularización por razón del objeto de dominio, una relativización del contenido fundamental del derecho de propiedad en genérico, o la omisión por parte de la Constitución de una concepción aprehensible del contenido del derecho³⁶. Porque lo que está claro es que, en muchos casos, la utilidad privada de un "patatal", en palabras de GERARDO ROGER, es sembrar patatas.

El contenido esencial es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la

parcial de facultades de uso en el caso de tierras incultas sin que eso implicara una privación total del dominio.

³⁶ AGUDO GONZALEZ, J. *"Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada"* RAP nº 185, pág 11. Este autor sostiene que el TC, en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales ha manejado una tesis tendencialmente relativizadora, apoyada en la irremisible necesidad de injerencia del legislador en el desarrollo y limitación de esos derechos constitucionalmente consagrados como forma de asegurar su operatividad.

Quizás este apoyo no pueda considerarse una intromisión en asuntos ajenos del legislador, ni la máxima relativización de la garantía del contenido esencial prevista en el art. 53.1 CE, sino la gradual sustantivización de los contenidos de la propiedad de los distintos suelos bajo las determinaciones normativas de la CE, encabezadas con el reconocimiento del derecho a la propiedad privada, como interés jurídico protegido por la legalidad, que ha de configurarlo como un derecho real y efectivo.

Tanto el profesor BAÑO LEÓN como este autor han tratado las consecuencias de la confusión de dos límites constitucionales distintos, el marcado en el artículo 33.3 CE y el del art. 53, las implicaciones surgidas de la equiparación del contenido esencial del derecho a la garantía expropiatoria, los criterios de distinción entre definición por Ley del contenido del derecho de propiedad en los supuestos de reducción máxima de facultades básicas y la expropiación como auténtica privación del dominio; todo ello en el marco de la confrontación entre las teorías absoluta de la garantía constitucional del contenido esencial del derecho de propiedad privada y la relativa.

satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga, atendiendo al principio de proporcionalidad, como justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad, particularmente presente en el urbanismo, y los intereses individuales.

Pero, en determinadas circunstancias y con específicos bienes el contenido esencial puede también fundarse, no en la rentabilidad real deducible del uso, disfrute o aprovechamiento del bien, si no en el mantenimiento de una situación jurídica que entrañe una utilidad económica rentable para su propietario, si este va a disponer del bien o fuere expropiado (rentabilidad *in genere*-rentabilidad potencial).

En coherencia con lo mantenido en este estudio, habrá que entender que las limitaciones a que hace referencia la STC 37/1987 son los límites intrínsecos del propio derecho, y que la normativa que vaya delimitando el contenido del derecho de propiedad deberá respetar en todo caso el contenido esencial derivado del Derecho constitucional.

Por tanto, siguiendo la orientación que defiende este estudio, no cabe hablar de límites extrínsecos al contenido del derecho en sí mismo considerado, sino de límite en cuanto al establecimiento o delimitación legal de dicho contenido, con el sentido que le ha dado la jurisprudencia constitucional. De esta suerte, la ley y el reglamento podrán concebir y concretar paulatinamente el contenido del derecho de propiedad del suelo, delimitarlo, pero no podrán restringir el contenido esencial de la propiedad³⁷.

En los términos apuntados, es la ley la que delimita o fija, con mayor o menor precisión, los límites intrínsecos del derecho de propiedad y por tanto define su contenido, marcando la extensión del mismo, pero siempre partiendo de

³⁷ Como señala PARDO FALCÓN, en su artículo "El tribunal Constitucional y la Propiedad" en el volumen colectivo *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y comparado* coordinado por Javier BARNÉS VAZQUEZ, TÉCNOS, Madrid 1996: el contenido esencial se erige en límite infranqueable de cualquier regulación o delimitación general de los derechos de naturaleza patrimonial.

que es un derecho fundamental constitucional e integrante de los principios generales del derecho comunitario europeo.

Las limitaciones o límites extrínsecos pueden proceder de la concurrencia de otros derechos reales sobre el suelo, cuya constitución puede ser tanto por ley, como por la autonomía de la voluntad.

Al hilo de las SSTC 37/1987 y 186/1993 y de las sentencias derivadas de la expropiación del grupo de empresas RUMASA³⁸, la doctrina detectó en dicha jurisprudencia constitucional, que no había estimado en ningún caso que se hubiera violado el derecho de propiedad, un intenso signo devaluador de la garantía constitucional dominical³⁹, como puso de manifiesto FERNANDO REY MARTINEZ⁴⁰.

La causa general de tal jurisprudencia, según esta doctrina, se centró en la concepción de la propiedad urbana como un derecho de exclusiva configuración legislativa, ante el que la Constitución poco o nada tendría que decir, salvo en lo que se refiere a la última y casi única barrera de protección, la garantía expropiatoria. Según esta interpretación, el derecho de propiedad del art. 33 de la CE no sería en rigor un derecho fundamental, sino, a lo sumo, una simple especificación en el ámbito del derecho patrimonial del principio de legalidad de la actividad administrativa, pues su reconocimiento constitucional no tendría más efecto que el de una remisión al legislador ordinario para que éste determine por entero el estatuto jurídico correspondiente a cada tipo de bien, con atención preferente a su utilidad

³⁸ SSTC 11/1983; 166/1986; 67/1988 Y 6/1991; SSTS de 22 de febrero de 1992 (RJ 1992,26) y de 4 de julio de 1995 (RJ 1995,5522) que recogen la doctrina aplicativa de la Ley de Carreteras.

³⁹ A esa tendencia desvalorizadora alude José E. GOMÁ SALCEDO, en su obra *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo I, Parte General y Derechos Reales, Ed. BOSCH, Barcelona, 2004, pág 565. En referencia a la ley de Suelo estatal de 1998 afirma que la misma tuvo el propósito de abandonar dicha tendencia desvalorizadora del derecho de propiedad privada, cuyo fracaso era imposible ignorar, según puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la referida ley.

⁴⁰ REY MARTINEZ, F. *El devaluado derecho de propiedad privada*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra. Rev. Persona y Derecho, 55 (2006): pág 962.

social, y, desde luego, no tendría apenas contenido ex *Constitutione* oponible frente a los poderes públicos.

Junto a esto, en la doctrina española siguen existiendo partidarios del modelo clásico o privado de propiedad derivado del Código Civil, que coinciden con los anteriores en la afirmación de la carencia de un contenido constitucional garantizado de la propiedad, salvo un también cada vez más evaluado instituto expropiatorio, que se concibe más como potestad de la Administración, que como garantía de los administrados.

Ahora bien, tanto el autor citado, como posteriores resoluciones judiciales, entre las que cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional 48/2005, de 3 de marzo, consideran que el derecho de propiedad es un derecho fundamental en sentido estricto, por varias razones⁴¹. Principalmente porque la Constitución dota a la propiedad de un contenido esencial que vincula también al legislador (garantía institucional ex art. 53.1 CE) y porque del artículo 33 se derivan directamente derechos subjetivos exigibles judicialmente.

El derecho de propiedad privada está reconocido por la Constitución, de manera intrínsecamente ligada a la libertad y al Estado de Derecho.

Lo dicho hasta aquí supone que el contenido esencial de cada categoría o tipo de propiedad sobre los distintos bienes, ha de incorporar tanto la utilidad privada o interés individual, como la función social o interés colectivo, sin contraponer la dimensión individual y la social, objetiva o institucional del

⁴¹ PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G. "Comentarios a la Ley del Suelo (Texto conforme a la Ley 8/2013 y la STC 141/2014)", TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2014, pág 154. Estos autores afirman que el tratamiento del derecho de la propiedad en la constitución es de derecho constitucional no fundamental. En esta misma postura GALLEGO ANABITARTE, quien en su artículo "Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales", Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente nº 225, de 2006, pág. 138, sostiene que el derecho fundamental a la propiedad recogido en el artículo 33 de la CE desaparece con la concepción estatutaria, que no es más que la concepción legalista y reglamentaria de la propiedad urbanística.

derecho de propiedad, entendiendo que las mismas son complementarias a la hora de definir el contenido del derecho de propiedad.

Con esto es factible afirmar que las intervenciones expropiatorias pueden llegar a ser aplicables, una vez se ha configurado y constituido el derecho de propiedad inmueble y es, tras concluir el proceso gradual de concreción de su contenido preciso, cuando debe entrar en juego el principio de intervención pública mínima mediante la expropiación, cuando necesariamente deban prevalecer los intereses de la comunidad frente a los del propietario, que ya ostenta un derecho subjetivo de propiedad del suelo y de la edificación.

En otro sentido, se observa que las resoluciones judiciales han vinculado las previsiones del artículo 33.2 con las del artículo 53.1 de la CE. Este artículo determina que el ejercicio del derecho de propiedad sólo podrá regularse por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial⁴². Como se verá a continuación, serán leyes estatales las que regulen las condiciones básicas que garanticen la igualdad de ese ejercicio.

De este modo hay que reparar en que, si bien la propiedad es un derecho de configuración legal, la libertad del legislador para componerlo tiene que respetar el contenido esencial del derecho, el cual se manifiesta en la imposibilidad de que la regulación legal alcance tal intensidad que vacíe el derecho o suponga una carga desproporcionada para el propietario⁴³.

⁴² STC 11/1981, de 8 de abril FD 8; STC 149/1991, sobre la Ley de Costas y 89/1994 que incide en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

⁴³ BAÑO LEÓN, José María. *Derecho Urbanístico Común*. Editorial IUSTEL. 2009. Ya en la introducción de este manual destaca que uno de los ejes del profundo cambio en el que está inmerso el Derecho urbanístico español (en el que juega un importante papel el nuevo paradigma ambiental) es la reconsideración de la eficacia del sistema desde una triple perspectiva: la Administración protectora de la legalidad urbanística; el juego de la jurisdicción contenciosa-administrativa; la prevención general del Derecho penal. Igualmente destaca la existencia en España de un Derecho urbanístico común, de un sistema jurídico heterogéneo, pese a las apariencias derivadas de 17 ordenamientos urbanísticos, a los que vertebra y al que contribuye en gran medida la uniformidad interpretativa que impone la jurisprudencia.

Algunos autores como E. GARCIA DE ENTERRIA y J.M. BAÑO LEÓN, han puesto de manifiesto la necesidad de una revalorización constitucional del derecho fundamental de propiedad privada en su dimensión individual o titularidad subjetiva, con apoyo también en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin dejar de lado el fundamental avance dogmático que supone.

En definitiva, no puede existir, respecto de esta particular propiedad inmueble, un contenido totalmente preestablecido de forma unívoca u homogénea, ni existe un contenido dominical previo a la Ley y al plan urbanístico concreto, más allá del contenido esencial que reconoce la Constitución.

Por consiguiente, la norma que, cuando aborde la creación misma del derecho, vulnere el contenido esencial, será inconstitucional.

2.2.2.- CONTENIDO ABSTRACTO, GENERAL O BÁSICO: LEYES ESTATALES.

Pasamos ahora al segundo escalón de esta sustantivación jalonada del contenido del derecho de propiedad del suelo, imprescindible para configurar este derecho fundamental y la realidad de la diversificación de su régimen legal. La razón estriba en que es el régimen legal de cada tipo de suelo el que desvela si existe, o no, la facultad de edificar sobre un suelo determinado.

La conformación legal de la propiedad implica dotar al derecho de una utilidad privada o aprovechamiento, que de valor legal y económico al dominio, de conformidad con la naturaleza física del objeto de dicho dominio.

Ya se ha anticipado que al Estado le compete regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los propietarios españoles de suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad, es decir, como se infiere de

los fundamentos de la *STC 61/97 (FJ 8)*⁴⁴, el contenido primario del derecho ha de asegurar la igualdad básica en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen jurídico de la propiedad del suelo, lo que se traducirá naturalmente en un ejercicio igualitario del derecho en todo el territorio español. Y esto, como se viene recalcando, siempre vinculado a la existencia de distintos estatutos jurídicos de la propiedad de cada tipo de suelo a nivel legal.

Al Estado le incumbe, por tanto, dictar una Ley en la que se recojan los principios generales del estatuto de la propiedad inmobiliaria y propiciar así la igualdad a la que alude la norma fundamental del ordenamiento jurídico, en su artículo 149.1.1.

Por otro lado, cabe indicar que en este sucesivo estadio se pueden analizar los criterios sentados por la jurisprudencia en torno a la distinción entre la expropiación forzosa del art. 33.3 de la CE y la delimitación normativa general del contenido de la propiedad no indemnizable del artículo 33.2⁴⁵.

En el tema que nos ocupa, el deber de igualar en lo esencial el régimen jurídico de la propiedad lo puede llevar a cabo el Estado, mediante el título competencial sobre valoraciones, que ostenta en exclusiva, determinando que la edificación ilegal, sea cual fuere el territorio en que se halle, no tendrá valor urbanístico alguno y esto, con independencia de que se ejercite, o no, la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

44 FJ 8º *STC 61/97* "De este modo las «condiciones básicas», y por lo que hace al caso planteado, una primera interpretación literal del art. 149.1.1.o C.E. en relación con los preceptos enjuiciados permite entender que al Estado le compete regular las «condiciones básicas» que garanticen la «igualdad» de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la «igualdad básica» en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo".

45 *SSTC 227/1988* y *170/1989*; *SSTS* de 6 de junio de 1998 (RJ 1998,5614), 31 de marzo de 1998 (RJ 1998, 3298); *STC* nº 154 de 9 de julio de 2015, (FJ 4º).

CARRILLO DONAIRE Juan A. *Las servidumbres administrativas: delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*. Editorial LEX NOVA, 2003, pág 72 a 98.

Pero, ¿puede el Estado prescribir que a las edificaciones ilegales no se les asignará valor urbanístico alguno? Si admitimos que la consideración jurídica de ilegalidad de lo edificado la determina la legislación estatal (artículos 3.1, 7.1 y 22.3 TRLS/2008) y que es dicha consideración la que comporta la no realización de valoración alguna de la edificación ilegal, está claro que el Estado puede determinar que si la edificación preexistente es ilegal, no se considere, o asigne, valor alguno de la misma, de forma que el valor de ese suelo sea igual que el que corresponde a un suelo urbanizado no edificado.

De esta forma se rehúye el problema surgido de la aplicación, mediante las legislaciones autonómicas, de diferentes plazos de prescripción para ejercitar la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística en supuestos de edificaciones ilegales. Porque este hecho implicaba consecuencias diferentes para los propietarios de suelo según la Comunidad Autónoma en la que radique el suelo, ya que, aunque la falta de ejercicio de la acción no producía la legalización del inmueble, si propiciaba su sometimiento al régimen de las edificaciones en situación de fuera de ordenación, y, consecuentemente, la estimación de un valor urbanístico a las que no fueron derribadas en los diferentes plazos, que pueden preverse por las legislaciones de las CCAA, para el ejercicio de la acción.

Hasta la promulgación de la Ley de Suelo de 2007, si no se restablecía la legalidad urbanística, este valor urbanístico hacía posible el establecimiento de múltiples relaciones jurídicas patrimoniales, cuyo objeto era la edificación ilegal.

En consecuencia, es primordial tener presente que la competencia exclusiva del Estado, derivada del art. 149.1.1 CE, en su aplicación específica a la propiedad urbana, incluye, según el Tribunal constitucional, la regulación de la adquisición del contenido urbanístico susceptible de apropiación privada y su valoración.

2.2.3.- CONTENIDO PRECISO O CONCRETO: LEGISLACIÓN DE LA CCAA.

En este apartado nos adentramos, un grado más, en la pormenorización del contenido del derecho de propiedad del suelo, que regulan ahora las CCAA, al establecer las determinaciones urbanísticas y de ordenación del territorio relativas a clasificación, calificación, forma de gestión del suelo, mediante los instrumentos de planeamiento.

Así, continuando con la gradación en la concreción del particular contenido del derecho de propiedad de un suelo determinado, este último escalón tiene cabida constitucional debido a que la reserva de ley ordinaria a la que alude el artículo 53.1 CE, según el TC, debe entenderse de un modo relativo, lo que significa que es posible que las leyes que regulen el derecho de propiedad contengan remisiones a las normas reglamentarias, en este caso, los tipos de planes urbanísticos, debiendo tener éstas últimas un carácter subordinado a la Ley y no implicar una regulación independiente.

La legislación autonómica puede regular lo que el Tribunal Constitucional ha calificado de estatuto especial de derechos y obligaciones, respetando siempre el estatuto básico, en el supuesto, por ejemplo, de titularidad de una vivienda protegida. E incluso variar o modificar el contenido estatutario que tenía el derecho de propiedad de conformidad con una anterior legislación autonómica. El legislador de las CCAA está autorizado a restringir el derecho de propiedad para ajustar sus contenidos a los más variados intereses colectivos, con la consiguiente generación de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos (FJ 4º STC 154/2015⁴⁶), ajustándose

⁴⁶ FJ 4. *Para resolver la impugnación, empezaremos por constatar lo evidente: los preceptos señalados limitan derechos, que en Andalucía atribuía el ordenamiento jurídico a los titulares de vivienda protegida para transmitir estas sin que la Administración pudiera adquirirlas forzosamente con preferencia sobre otros. La nueva regulación ha delimitado de este modo, restringiéndola, la libertad con que contaban estos titulares de viviendas protegidas para elegir comprador o adquirente, gravándoles, además, con nuevas obligaciones de comunicación destinadas a asegurar que la Junta de Andalucía pueda ejercer sus derechos de adquisición preferente. Dicho de otro modo, el legislador andaluz ha cambiado la posición jurídica de una serie de titulares de vivienda protegida al variar el contenido estatutario de su derecho de propiedad.*

El derecho restringido en este caso es el que había previamente atribuido la propia Administración en el marco de una política social que aseguró a su titular un régimen privilegiado de acceso a una vivienda. No por ello este derecho queda desprovisto de las garantías reconocidas en el art. 33 CE, sin perjuicio de lo que después se dirá. Conforme a las SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2, y 65/1987, de 21 de febrero, FFJJ 12 y 15, la garantía constitucional del derecho de propiedad cubre también los derechos reconocidos a través de acciones de protección social. La primera Sentencia analizó la nueva configuración de los derechos atribuidos frente a una mutualidad de previsión social a la luz de los arts. 33 y 9.3 CE, concluyendo que se ajustaba a estos imperativos constitucionales. La segunda concluyó del mismo modo que una reducción del régimen de beneficios fiscales del propietario de vivienda protegida no vulneraba los arts. 33 y 9.3 CE, no porque estas previsiones constitucionales no fueran aplicables, sino porque la regulación cuestionada se ajustaba a ellas.

Sentado lo anterior, es también claro que en el marco del Estado social (art. 1.1 CE), el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general –con los límites que impone el art. 33.3 CE– o, sin llegar hasta este extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE) con la consiguiente generación de «diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, y 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5); la Constitución reconoce el derecho a la propiedad como un «haz de facultades individuales», pero también como «un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5). El legislador puede de este modo articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado previamente a través, por ejemplo, de prohibiciones de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar (art. 25 de la Ley de costas; STC 149/1991, de 4 de julio, FFJ 2 y 8)], extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5) o destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8).

En este caso, el sometimiento del titular de viviendas protegidas a derechos de adquisición preferente responde claramente a una finalidad de interés general: el acceso a una vivienda digna por parte de personas necesitadas. La limitación coadyuva a este objetivo porque sirve a la evitación del fraude en las transacciones (el cobro de sobrepuestos en «negro») y a la generación de bolsas de vivienda protegida de titularidad pública. La limitación señalada se ampara de este modo en razones que, por lo demás, son particularmente poderosas al entroncar con un pilar constitucional: el compromiso de los poderes públicos por la promoción de las condiciones que aseguren la efectividad de la integración en la vida social (art. 9.2 CE), en general, y el acceso a una vivienda digna (art. 47 CE), en particular. Conecta igualmente con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE).

La restricción indicada tiene un limitado alcance. El sometimiento al ejercicio del derecho de tanteo y retracto no afecta a la facultad en sí de transmitir; incide sólo sobre la de elegir adquirente. A su vez, tal limitación afecta sólo a las transmisiones inter vivos, no a las mortis causa. Además, las transmisiones inter vivos a las que se refiere son las segundas y sucesivas y únicamente durante el periodo de vigencia del régimen legal de protección. Por otra parte, estos derechos de adquisición preferente, cuando se ejercen para evitar conductas fraudulentas, funcionan como mecanismo de control de la regularidad de las transmisiones por lo que el titular incumplidor está obligado a soportar los perjuicios consecuentes; perjuicios que en modo alguno pueden reputarse sacrificios a los efectos de la indemnización prevista en el art. 33.3 CE. En tal caso, la limitación funciona como instrumental de otras que ya estaban previstas y, en particular, de la consubstancial a todo régimen de transmisión de vivienda con precio administrativo: la prohibición de cobrar cantidades adicionales a los precios o rentas fijados como máximos por la Administración.

En todo caso, el ejercicio de estos derechos, aunque responda a fines distintos, no asociados a comportamientos antijurídicos de los beneficiarios de viviendas protegidas, no produce en abstracto perjuicios de relevancia desde la perspectiva del control constitucional de las

todo ello perfectamente al régimen constitucional del derecho de propiedad privada.

La técnica urbanística de atribución a la propiedad del suelo de un contenido urbanístico preciso, por medio de la aprobación de planes urbanísticos, es desigual, en el sentido de que se produce, no de un modo abstracto y general, sino concreto y particular, en relación con el específico territorio ordenado.

De ahí que la técnica de asignación de usos individualizados por el planeamiento deba corregirse, con base en los principios de igualdad y de justicia, mediante el derecho a la distribución equitativa de beneficios y cargas del planeamiento⁴⁷. Por tanto, la observancia de este principio es fundamental en cualquier proceso de transformación urbanística de terrenos, que de soporte legal a la edificación.

Conviene subrayar que las observaciones vertidas en torno a la existencia de una graduación para llegar a establecer un determinado contenido al derecho de propiedad de un suelo concreto, derivan en la consideración de que su régimen jurídico será la suma de las previsiones de la Ley estatal, más las de la Ley autonómica, a las que se añadirán las del correspondiente planeamiento urbanístico.

exigencias derivadas del art. 33 CE: es habitual que al vendedor le sea indiferente quien sea el comprador. En consecuencia, únicamente podría resultar perjudicado el propietario que tenga interés en que el adquirente sea una persona determinada y sólo si la Administración opta por ejercer efectivamente sus derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, incluso en este caso, al menos desde la perspectiva de control abstracto que aquí corresponde, ese perjuicio carece de significación porque no puede reputarse sorpresivo ni inesperado en el marco de un sector del ordenamiento necesariamente expuesto a una fuerte intervención pública y a cambios normativos; ese sector es el que permitió en su momento al transmisor acceder a una vivienda en condiciones privilegiadas (mejores de las que ofrece el mercado) a cambio de un régimen de uso y disposición (más restringido que el ordinario del Derecho privado) que ya entonces era especial y estaba fuertemente intervenido.

Consecuentemente, la sujeción del titular de viviendas protegidas al ejercicio de derechos de tanteo y retracto por parte de la Administración de la Junta de Andalucía se ajusta al régimen constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE).

⁴⁷ Artículos 8.1,c) y 9.3 del TRLS/2008. STS de 16 de julio de 2008, Rec. Casación 5186/2004.

Finalmente todas estas determinaciones se convertirán en una realidad, a través de los instrumentos de gestión urbanística (reparcelación, expropiación, ocupación directa, reservas de aprovechamiento...) realidad que ya no estará plasmada a nivel de norma jurídica, ni de documento gráfico, sino física e individualizadamente. Lógicamente, para que la edificación sea legal ha de ajustarse a todas estas determinaciones, que van adquiriendo apariencia aprehensible paulatinamente.

Para ultimar este subapartado, como se ha señalado, la apropiación del aprovechamiento urbanístico, ha de ser conceptuada como la posibilidad de obtener un lucro privado resultante de las edificabilidades y usos exactos o determinados, permitidos por el planeamiento en un suelo concreto.

Esa contingencia es a la que hace referencia el artículo 7 TRLS/2008, cuando habla de la previsión de edificabilidad, cuya incorporación a la propiedad del suelo se produce con la ejecución efectiva de las determinaciones vaticinadas en el planeamiento, previo cumplimiento de los deberes y cargas legalmente asociados a la patrimonialización de la correspondiente edificabilidad.

Por consiguiente, estos sucesivos componentes implican una subrogación real que permite la desmaterialización del derecho de dominio, para sustituir su objeto primitivo, por un aprovechamiento equivalente, surgido del proceso urbanizador.

III.- DERECHO URBANÍSTICO DE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUELO.

3.1.- CLASIFICACIÓN DEL SUELO COMO PREMISA PARA LA EDIFICACIÓN.

En relación con el objeto de la investigación, se analiza a continuación de qué manera un suelo va adquiriendo las cualidades extrínsecas que habilitarán a su propietario para realizar sobre el mismo una construcción acorde con la legalidad urbanística y el planeamiento. El desglose metódico de este proceso es relevante a los efectos de poder observar su reverso, en otras palabras, poder describir cómo una construcción incurre en la ilegalidad.

Tanto en el Preámbulo de la Ley de Suelo 8/2007, como en el del RDL 2/2008, de 20 de junio, se resalta que no son leyes urbanísticas, sino Leyes referidas al régimen urbanístico del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados. Luego es el régimen jurídico del suelo y su clasificación el que sirve de punto partida para constatar la legalidad de una edificación.

En lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley estatal opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso. En cuanto a lo primero, define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo, según sea su situación actual -rural o urbana-, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso, asimismo actual, del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste.

En cuanto a lo segundo, sienta el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución y van a propiciar la posibilidad de edificarlo. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de dicha participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia en que se inserte, aspecto éste que hasta ahora no era tenido en cuenta.

Sólo en el suelo en situación de urbanizado se integrará, en el contenido del derecho de propiedad del suelo, la facultad de edificar sobre el mismo (art.

8.5 TRLS/2008). Las facultades genéricamente recogidas en las normas urbanísticas del planeamiento, que se conectan con el régimen básico urbanístico del suelo urbanizado, se ejercitaran en la realidad con la obra edificatoria sobre un solar.

Así pues, de forma congruente con las directrices constitucionales del marco en que ha de inscribirse el derecho de propiedad privada del suelo, la definición legal de las situaciones básicas del suelo produce la vinculación de las superficies de terrenos, que respondan a las características legales de esas situaciones, con los regimenes básicos de utilización del suelo y con el contenido general del derecho de propiedad del suelo. Esta es la concepción adecuada para garantizar la igualdad de las condiciones básicas en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo y el cumplimiento de los deberes asociados a cada tipo de suelo, en la totalidad del suelo nacional.

3.1.1.- DELIMITACIÓN DE UN ÁMBITO DE ACTUACIÓN INTEGRADA O SISTEMÁTICA.

En origen, el suelo rústico, para llegar a ser soporte de la edificación, ha de sufrir una transformación, física y jurídica, hasta convertirse en un solar y reunir las condiciones mínimas para que se ejercite la facultad de edificar.

Esto implica que una superficie de terreno se deba acotar para la ejecución de las determinaciones contenidas en los instrumentos de planeamiento y programas de actuación sobre el mismo, a fin de permitir la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados de dicha individualizada ejecución.

También puede propiciar la configuración de un suelo como solar, el desarrollo de una actuación aislada o asistemática, cuyo ámbito físico

siempre será un suelo urbanizado y cuyo supuesto más generalizado es precisamente la solicitud de licencia de edificación⁴⁸.

⁴⁸ La STS de 30 de mayo de 2014, rec. N° 2362/2013, sección 2ª, Sala 3ª, recurso de casación en interés de ley, establece la doctrina uniforme sobre la materia que se desvela a continuación, que no está regulada por una normativa autonómica o local, sino que se refiere a la interpretación del art. 7.2 b) TRLCI, normativa rectora de la institución catastral. Esta sentencia se reproduce en cuanto que sirve de apoyo a la postura que se viene manteniendo entorno a la adquisición del contenido del derecho de propiedad del suelo y a las conclusiones de esta tesis, por lo siguiente.

Según el RDL 1/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el TR de la Ley de Catastro inmobiliario, concretamente su art. 7.2., se consideran, a efectos catastrales, como urbanos: a) los terrenos clasificados por el PGOU como urbanizables; b) los incluidos en sectores o ámbitos espaciales delimitados, sin planeamiento de desarrollo aprobado o sin ordenación pormenorizada desde el PGOU. b) los incluidos en sectores, con planeamiento pormenorizado o detallado aprobado

Pero el legislador estatal, como es sabido, no precisa lo que entiende por suelo urbanizable, ni por suelo sectorizado.

Tras la STC 61/1997, que declara la inconstitucionalidad de gran parte de los preceptos del TRLS/1992, fundamentándose principalmente en la imposibilidad de que el Estado dicte normas supletorias en materias de competencia exclusiva de las CCAA, como es el urbanismo, el problema no se resolvió puesto que las leyes autonómicas designan los terrenos urbanizables con denominaciones diversas.

Según la STSJ que se impugna en casación, sólo pueden considerarse bienes urbanos, a efectos catastrales los inmuebles considerados por el PGOU como urbanizables cuando el desarrollo de su actividad de ejecución no dependa de la previa aprobación del instrumento urbanístico que los tenga que ordenar detalladamente, porque el PGOU establece su ordenación pormenorizada, sin necesidad de Plan Parcial, o la halla establecido algún instrumento de desarrollo de dicho PGOU. Exige por tanto esta resolución judicial, que esté aprobada definitivamente la ordenación detallada del terreno urbanizable.

En el FD SEXTO de la STS, textualmente se contiene: *Ante esta realidad, hay que interpretar que el legislador estatal, en el artículo 7.2.b) controvertido ha utilizado una amplia fórmula para recoger todos los supuestos posibles que con independencia de la concreta terminología urbanística pueda englobar a esta clase de inmuebles.*

Ahora bien, no cabe sostener, como mantiene el Abogado del Estado, que todo el suelo urbanizable sectorizado o delimitado por el planeamiento general tiene per se la consideración catastral de suelo urbano, sin distinguir si se encuentra ordenado o no ordenado, y que el artículo 7 sólo excluye de tal consideración al urbanizable no sectorizado sin instrumento urbanístico aprobado que establezca las determinaciones para su desarrollo.

Antes, por el contrario, hay que entender que el legislador catastral quiso diferenciar entre suelo de expansión inmediata donde el plan delimita y programa actuaciones sin necesidad de posteriores tramites de ordenación, de aquel otro que, que aunque sectorizado carece de tal programación y cuyo desarrollo urbanístico queda pospuesto para el futuro, por lo que a efectos catastrales sólo pueden considerarse suelos de naturaleza urbana el suelo urbanizable sectorizado ordenad, así como el suelo sectorizado no ordenado a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo. Antes de ese momento el suelo tendrá, como dice la sentencia recurrida, el carácter de rústico.

Si no se aceptara esta interpretación, perdería sentido el último inciso del precepto, cuando dice que << los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento

urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo>>, porque este momento no puede ser el momento de sectorización o delimitación del terreno urbanizable, si éste se disocia del momento de aprobación del instrumento urbanístico de desarrollo.

No podemos olvidar que el propio TRLCI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, afirma en su Exposición de Motivos que el Catastro es un órgano de naturaleza tributaria, siendo su razón de ser la de servir para la gestión de diversas figuras tributarias de los tres niveles territoriales de la Hacienda Pública, y así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional en su sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, en la que refleja que la organización del Catastro, justamente por tratarse de una institución común e indispensable para la gestión de los impuestos estatales más relevantes, es una competencia que ha de encardinarse, sin lugar a dudas, en la de Hacienda General del artículo 149.1.14 de la Constitución, y que la información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria de asignación equitativa de los recursos públicos.

Por ello, no puede desconocerse que el régimen jurídico del derecho de propiedad configurado por la norma urbanística incide sobre la regulación tributaria y, en concreto, en la formación del Catastro y en cómo se determina el valor catastral de cada una de las parcelas que se incluyen en ese registro.

De esta interrelación deriva la necesidad de que, por un lado, la descripción catastral atienda, entre otras cosas, a las características físicas, económicas y jurídicas de los bienes, a su uso o destino, a la clase de cultivo o su aprovechamiento (art. 3 del TRLCI) y, por otro lado, que la determinación del valor catastral tenga en cuenta, entre otros criterios, la localización del inmueble o las circunstancias urbanísticas que afectan al suelo (art. 23 del mismo texto), proclamando, por su parte, el art. 11 la obligatoriedad de incorporar los bienes inmuebles en el Catastro, así como las alteraciones de sus características con el designio de que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad.

FD SÉPTIMO.- Es cierto que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, supuso un cambio en la configuración del derecho de propiedad, al reconocer lo que ella denomina dos situaciones básicas, el suelo rural y el suelo urbanizado, terminando así la diferenciación establecida por la Ley 6/1998, de 13 de abril, que distinguía entre suelo urbanizable o no urbanizable, urbano y el suelo de los municipios donde no existía planeamiento, y que los efectos de este cambio se circunscriben a las valoraciones a efectos de expropiación forzosa, venta o sustitución forzosa y responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, si se desconectan completamente ambas normativas nos podemos encontrar con valores muy diferentes, consecuencia de métodos de valoración distintos, de suerte que un mismo bien inmueble tenga un valor sustancialmente distinto según el sector normativo de que se trate, fiscal o urbanístico, no siendo fácil justificar que a efectos fiscales se otorgue al inmueble un valor muy superior al que deriva del TRLS, obligando al contribuyente a soportar en diversos tributos una carga fiscal superior, mientras que resulta comparativamente infravalorado a efectos reparcelatorios, expropiatorios y de responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, como para calcular el valor catastral se debe tomar como referencia el valor de mercado, sin que en ningún caso aquel pueda superar a este último (art. 23.2 del TRLCI) si las ponencias de valores no reconocen la realidad urbanística, podríamos encontrarnos con inmuebles urbanizables sectorizados no ordenados con valor catastral superior al del mercado, con posible vulneración del principio de capacidad económica, que no permite valorar tributariamente un inmueble por encima de su valor de mercado, porque se estaría gravando una riqueza ficticia o inexistente.

En consecuencia, teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas pueden precisar la noción de suelo urbanizable en sus respectivos ámbitos territoriales, y que los Ayuntamientos son competentes para acometer aquellas recalificaciones que estimen necesarias, la homogeneidad en la hermenéutica de los designios del artículo 7 del TRLCI exige acudir, en caso de duda, a los criterios dimanantes del TRLS, evitando las incoherencias generadas por la concurrencia de dos regulaciones tan distintas sobre una misma realidad fáctica.

Como expuso el Tribunal Constitucional, primero en su sentencia 61/1997 de 20 de marzo, con ocasión de la inconstitucionalidad planteada respecto al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y después en su sentencia 164/2001 de 11 de Julio, con ocasión de la

3.1.2.- SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA URBANIZACIÓN.

En el plano de la realidad física de los terrenos, que es el que se aborda en este punto, hay que señalar que, a nivel legislativo, han existido diversas normas que han recogido dos categorías de suelo urbano, el suelo urbano

inconstitucionalidad planteada frente a la Ley 6/1998 de 13 de abril, del Régimen del Suelo y de Valoraciones, el derecho fundamental de propiedad reconocido en el artículo 33 de la Constitución se conforma por su régimen jurídico y el régimen de valoración del suelo, y que tales condiciones son las reguladas en la Ley del suelo estatal, ejerciendo dicha norma una vinculación respecto del resto de normas que inciden, de uno u otro modo, en ciertos aspectos de la propiedad del suelo.

Frente a lo expuesto, de indiscutible alcance general, no cabe invocar el art. 30.2 c) del TRLCI, que admite, dentro del procedimiento simplificado de valoración colectiva un mecanismo específico de valoración en los casos de cambiar el suelo de naturaleza por modificación del planeamiento al incluirlos en ámbitos delimitados, cuando en este caso ni siquiera se trataba de un procedimiento simplificado de valoración colectiva, sino de una valoración colectiva de carácter parcial.

FD OCTAVO.- Todo lo anterior, nos lleva a la desestimación del recurso interpuesto, al no poder aceptarse la doctrina que postula el Abogado del Estado, sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las costas, dada la naturaleza y finalidad del recurso de casación en interés de la ley.

La citada Sentencia adquiere extrema relevancia porque viene a establecer que a efectos catastrales y, por ende, a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de cara a calificar el suelo como rústico o urbano, habrá que atender a las características del terreno, y no a la normativa sectorial que lo califique como urbanizable, puesto que como indica el Tribunal Supremo, no puede clasificarse como urbano aquel suelo clasificado como urbanizable, si todavía no se han realizado actuaciones de urbanización y, por tanto, la valoración a efectos catastrales habrá de ajustarse a su naturaleza rústica. Esto supone un importante avance en la coordinación registral y catastral con las especificaciones urbanísticas.

Ello implica que a efectos de tributación, en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la valoración catastral del terreno habrá de ajustarse a su consideración como rústico, y no como urbano, a diferencia de lo que había establecido la Gerencia del Catastro en la notificación individual del valor catastral recurrido.

Si bien este pronunciamiento se refiere a un terreno situado en Badajoz, a efectos de aplicación de dicha doctrina a otros supuestos localizados en distintos territorios, habrá que atender a la normativa autonómica y local. Sin embargo, al tratarse de un recurso de casación en interés de Ley, este goza de especial trascendencia, y analizando casuísticamente cada caso, puede conllevar la anulación de múltiples ponencias de valores, sobre todo, atendiendo a las muchas ponencias de valores realizadas en los últimos años por las respectivas Gerencias del Catastro incrementando el valor catastral de los bienes, además del considerable incremento de tipos impositivos aplicado por los respectivos Ayuntamientos, en la tributación por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

consolidado y el no consolidado por la urbanización, que a su vez puede estar edificado o no⁴⁹.

Se puede observar también, que se han dictado disposiciones autonómicas que han formulado un concepto de suelo urbano netamente distinto al que ha articulado la legislación estatal⁵⁰. E incluso que, en algunas CCAA, no se llegó a definir el concepto legal de suelo urbano consolidado, siendo que estas Administraciones territoriales son las competentes para determinar qué es un suelo urbano consolidado y cuál es el concepto de suelo urbano no consolidado, circunstancia esta de gran relevancia en la estimación de la ilegalidad edificatoria.

Ahora bien, lo que quedó claramente asentado fue que estos conceptos no podían ser desnaturalizados, para no privar de sentido a la diferenciación contenida en normas básicas estatales, como las reflejadas en la LS de 1998, que definían el contenido del derecho de propiedad del suelo.

Porque la LS/1998, en su artículo 14, diferenció entre los derechos y deberes de los propietarios en suelo urbano consolidado y en el no consolidado. Pero no se ocupó de definir este par de conceptos, sino que el suelo urbano consolidado se entendió como una categoría singular cuya definición, o cuyos criterios de distinción, debían ser establecidos por la legislación autonómica, dando cabida, por otra vía, a la desigualdad de criterios que, a la larga, pueden llegar a producir un ejercicio diferente del derecho de propiedad según en qué CCAA se ubique el suelo.

⁴⁹ Son las CCAA las que pueden o no prever la aplicación de la técnica clasificatoria de suelo y establecer las clases de suelo que consideren convenientes. STC 164/2001, de 11 de junio (FJ 20. 2º párrafo); STC 54/2002, 27 de febrero; STC 178/2004; SSTS 7-06-1999 (RJ 5529); 27-04-2004 (RJ 3196); 23-12-2004 (Jur 2005 38491); 22-03-2005 (RJ 3302); 13-04-2005 (RJ 5117); 27-12-2007 (RJ 2008/1501); 20-02-2008 (RJ 1746); 28-05-2008 (RJ 2027); STSJCV dictada en el recurso 1/722/1999, de 28 de noviembre de 2003; STSJCV N° 301/08, 14 de mayo de 2008, P.O. 357/2005; STSJCV de 15 de mayo de 2009.

⁵⁰ Como es el caso de la LRAU y LS 6/1998, de 13 de abril, puesto de manifiesto en la STSJCV Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Primera de 31 de octubre 2006 recurso casación para unificación de doctrina 2/2005.

Por lo que, a nivel teórico, concierne al suelo urbano, cabe decir que sí que ha existido una definición concisa del mismo, en clara referencia al suelo urbano consolidado por la urbanización. Así, tal y como han perfilando artículos, como el 78 TRLS/1976, 10 del TRLS/1992, 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril y 21.a) del RPU, aprobado por RD 2159/1978, de 23 de junio, es el suelo que, de conformidad con la ordenación pormenorizada establecida por el planeamiento, es transformado (Art. 8 b) LS/1998), tanto física como jurídicamente, por medio del pertinente instrumento de gestión y del proyecto de urbanización.

La ejecución de las prescripciones contenidas en dichos documentos de gestión dotarán al suelo, como mínimo, de acceso rodado, encintado de aceras, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, teniendo estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista, o sean suficientes para la que se haya de construir.

Además, este ámbito, tras la implantación de todos esos servicios, ha de estar inserto en la malla urbana, mediante su conexión a la red urbanizadora básica o general existente en el municipio concreto, es decir, por su situación, ha de estar enlazado al entramado urbanístico ya existente. Y únicamente en este tipo de suelo puede surgir la necesidad de que se deban ejecutar simples obras para completar la urbanización pública, y ser apto para la edificación.

Igualmente, ha venido siendo considerado suelo urbano consolidado por la urbanización el que de facto reúne todas las características anteriormente referidas (Art 8 a) LS/1998).

De este modo, el principio de distribución de beneficios y cargas y la existencia del mínimo de dotaciones pública, que exige la ley, se hace efectivo tras la concurrencia de todas estas circunstancias, que conducen a la categorización del suelo como urbano consolidado por la urbanización pública, ahora ya a nivel de realidad física existente.

Según la vigente legislación de suelo, en el suelo en situación de urbanizado, cuando además sea una unidad apta, porque esté en disposición de todos los servicios y conexiones al entorno inmediato, las facultades del derecho de propiedad del suelo incluyen, entre otras, la de edificar, en los plazos establecidos en la normativa aplicable, y realizar las actuaciones necesarias para mantener la edificación, en todo momento, en un buen estado de conservación⁵¹.

Finalmente, cabe advertir que es importante que, en esta categoría de suelo, coincida la categorización del suelo, llevada a cabo por la ordenación urbanística, con la realidad fáctica de los terrenos. Consecuentemente, quedarán aquí prácticamente vedadas las facultades discrecionales, que como regla general se reconoce al planificador para clasificar el suelo en la forma que estime más conveniente para su posterior desarrollo y la elección, en su caso, del sistema de ejecución⁵².

Porque el suelo urbano, según doctrina legal, es una realidad física, sustraída de la esfera voluntarista o de las facultades discrecionales de la Administración, de modo que si reúne los caracteres fijados normativamente, ha de considerarse urbano, aunque el plan no lo incluya como tal en sus determinaciones⁵³.

⁵¹ Artículo 8 TRLS/2008, según redacción dada por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. La nueva dicción del artículo relaciona las facultades enmarcándolas en las siguientes situaciones en que puede estar el terreno: 1.- el suelo en situación rural; 2.- el suelo en situación rural para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado; 3.- el suelo en situación de urbanizado y 4.- el suelo en situación de urbanizado que constituya unidad apta para edificar.

⁵² STS de 27 de enero de 2015, RC 265/2013, (FJ 6º), tras incidir en recientes sentencias que han analizado las circunstancias urbanísticas necesarias para poder clasificar una parcela como suelo urbano consolidado, estima que la mera inclusión de la misma en un convenio urbanístico, anterior a la aprobación definitiva de un PGOU, como suelo urbano, no es por sí sola suficiente para merecer esa misma clasificación en dicho planeamiento general.

⁵³ STS 13 de noviembre de 1997 (ar. 8.107); STS de 23 de noviembre de 2004; STSJ de la Comunidad Valenciana nº 1677/2003, Sala de lo Contencioso, Sección 1, de 27 de diciembre de 2003, rec. 2787/1998.

3.1.3.- SUELO URBANO NO CONSOLIDADO.

También ha venido siendo clasificado como suelo urbano, el que está consolidado por la edificación, pero que está pendiente de ser urbanizado. La consolidación edificatoria, ha sido requisito indispensable del suelo urbano, pero diferenciado del consolidado por la urbanización, puesto que en la mayoría de los casos, en aquel no se han cumplido los deberes de cesión, equidistribución y adecuada urbanización, a que aludían, en su momento, artículos como el 14.2 de la LS/1998.

De ahí que, habitualmente, esta clase de suelo se tuviera que someter, una vez ejecutadas las construcciones, a operaciones integrales de urbanización, puesto que frecuentemente, las edificaciones surgían en un suelo no urbanizable común, que necesitaba transformarse mediante un proceso de ejecución de obra pública integral.

Por tanto, el criterio material asumido por el planeamiento para establecer dicha clasificación estaba en función de la edificación existente y del escaso grado de urbanización real de los indicados terrenos. Normalmente, al no existir una ordenación pormenorizada preexistente a la ejecución indebida de las construcciones, sus titulares debían sujetarse al mismo régimen de deberes preceptuados en el artículo 18 de la LS/1998 para los propietarios de suelo urbanizable.

De nuevo y en lo que a este estudio respecta, sobresale la idea de que este tipo de suelo se ha podido clasificar como urbano, porque la consolidación de la edificación ha sido posible debido a que la Administración no ha impuesto medidas de restauración del orden urbanístico infringido, habiendo transcurrido los plazos para ejercitar la acción de restauración de la legalidad urbanística. Las secuelas de la inactividad administrativa en el ejercicio del poder de protección de la legalidad urbanística y medioambiental y la falta

de control judicial de la misma se pueden apreciar a lo largo de este estudio⁵⁴.

En origen han supuesto parcelaciones y construcciones ilegales en suelo no urbanizable, que las posteriores revisiones de los PGOU regularizaron, clasificando el suelo como urbano, dado el alto grado de consolidación de la edificación ilegal.

Ahora bien, la relación entre la situación del edificio ilegal en origen y la clasificación del suelo como urbano posteriormente por el planeamiento, no puede ya deducirse de la dicción literal del Art. 12.3 TRLS/2008, ni de su nueva redacción mediante *Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas* («B.O.E.» 27 junio).

Puesto que, dicha norma, considera que esta clase de terrenos está en la situación básica de suelo rural, al no reunir los requisitos legales exigidos para hallarse en la situación de suelo urbanizado, esto es dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística, o que pueda llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.

Lo relevante en el texto legal vigente es que el suelo en situación o estado de urbanizado, físicamente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propias del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, se haya completado legalmente.

Y esto es una realidad cotejable técnicamente, sobre la que la planificación urbanística ha de proyectar sus determinaciones, siempre en concordancia con el marco jurídico establecido por las normas legales sobre el régimen urbanístico estatutario del suelo y las de ordenación territorial y urbanística.

⁵⁴ Como consta en el Fundamento Jurídico Cuarto de la STS, Sala de lo Penal, de 24 de noviembre de 2014, recurso 698/2014, *el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del medio orientada a los intereses generales* (arts. 45 y 47 CE, es un bien jurídico que se halla muy necesitado del amparo punitivo, dado el menoscabo que sufre debido tanto a las conductas ofensivas de los promotores particulares, como de los particulares, a las que cabría añadir la pasividad de la Administración frente a la ilegalidad edificatoria.

Entre las condiciones que implanta el apartado tercero del artículo 12 del TRLS/2008, cuando establece:

“Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla alguna de las siguientes condiciones...”, se distinguen las siguientes:

a) Haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación.

b) Tener instaladas y operativas, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y los servicios necesarios, mediante su conexión en red, para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión con las instalaciones preexistentes. El hecho de que el suelo sea colindante con carreteras de circunvalación o con vías de comunicación interurbanas no comportará, por sí mismo, su consideración como suelo urbanizado.

c) Estar ocupado por la edificación, en el porcentaje de los espacios aptos para ella que determine la legislación de ordenación territorial o urbanística, según la ordenación propuesta por el instrumento de planificación correspondiente.

El terreno que está en situación básica de suelo rural será aquel en el que no se cumple el dato objetivo y evidente de estar legalmente urbanizado y poseer las características o requisitos legales que señala la Ley de Suelo del Estado, aunque sobre el mismo se haya edificado de forma ilegal.

Si la situación básica de suelo urbanizado resulta del reconocimiento de la pertenencia, real y efectiva, al medio ya urbano y junto a éste sólo existe el medio rural, toda otra superficie pertenece a este último y, por tanto, está en situación básica de suelo rural⁵⁵.

En definitiva, a lo que a este estudio interesa, es suelo urbanizado el que está legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas (art. 17.1, b) TRLS/2008) y, además, esta

⁵⁵ PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNANDEZ, G. “Comentarios a la Ley de Suelo”, TIRANT LO BLANNCH, Valencia 2014, pág 257.

ocupado por la edificación, en el porcentaje de los espacios aptos para ella que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística, según la ordenación propuesta por el instrumento de planificación correspondiente. La integración en la red o malla urbana ha de haberse producido de forma legal.

Por consiguiente, las edificaciones existentes han de estar sobre un suelo legalmente urbanizado, integrado en una malla urbana, conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, y coincidir con los espacios que en los planos de ordenación pormenorizada se dibujen como residenciales, por el instrumento de planificación vigente. De lo que se infiere que, con arreglo a lo que prescribe la actual ley de suelo, no se puede clasificar en el plan, como suelo urbano, un terreno no urbanizado, por el solo hecho de que sobre el mismo se haya edificado, hecho que antes si era posible.

Conviene así mismo observar, que la nueva Ley de Suelo no incorpora la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado, ni precisa los derechos y deberes del propietario en uno y otro caso. ¿Significa esto que la vigente Ley altera el estatuto jurídico del propietario de este suelo? Según TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ RODRIGUEZ, no⁵⁶.

Pero entiendo que este autor, al pronunciarse en este sentido, lo hace comparando las situaciones del suelo en la Ley de 2007, con las clases de suelo fijadas en la Ley de 1998, pero desde la perspectiva exclusiva de los deberes del propietario, no desde la óptica de las valoraciones de suelo y construcciones, siendo en este campo en el que surgen los cambios notables, que aquí se analizan para sustentar las conclusiones de este estudio, como pasamos a ver.

⁵⁶ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Ed. CIVITAS, Navarra, 2014, pág 116.

3.1.4.- CONCEPTO DE SOLAR.

En esa cadena de condicionamientos físicos y jurídicos que van envolviendo los terrenos rústicos, en los postreros eslabones se halla el solar, soporte físico aledaño a la edificación.

Se entiende por solar, el terreno que integra una unidad apta para edificar, o materializar el aprovechamiento establecido en el concreto planeamiento que le afecta, porque ese suelo reúne las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente para ello.

A nivel operativo, en defecto de delimitación por el plan general de áreas de reparto pluriparcelarias, se ha venido considerando que el área de reparto está conformada por cada solar, o en su caso, cada parcela con destino privado, junto con el suelo dotacional colindante que le confiere la condición de solar.⁵⁷

La legislación autonómica regula las actuaciones aislada sobre este tipo de superficies y así, por ejemplo, el artículo 177 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en adelante LOTUP, establece que la misma siempre tendrá lugar en suelo urbanizado, incluso si, como se ha indicado, es necesaria la urbanización de la parcela para dotarla de la condición de solar, porque en este caso se trata únicamente de la conexión con las infraestructuras de urbanización completa preexistentes, lo que necesariamente determina su consideración legal como suelo urbanizado.

Por tanto, cabe la posibilidad de que se deba completar la urbanización en cuanto a los elementos que faltan para adquirir la condición de solar, en supuestos de realización de obras de mejora puntuales de los servicios urbanísticos, siempre que se trate de mejoras y no de la implantación de los servicios, ante la inexistencia de los mismos.

⁵⁷ PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F. *Derecho Urbanístico Valenciano*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pág 299.

Consiguientemente, con la existencia del solar, tendremos la base física concreta sobre la que proyectar la edificabilidad que prefigure el planeamiento.

3.2.- PREVISIÓN DE EDIFICABILIDAD EN EL PLANEAMIENTO.

Como se ha apuntado el aprovechamiento urbanístico o edificabilidad, que consiste en la determinación y asignación de concretos usos, e intensidades de los mismos, llevada a cabo por los instrumentos de planeamiento, modela, junto con el resto de facultades y obligaciones preestablecidas legalmente, el concreto estatuto del derecho de propiedad inmobiliaria, con que la Ley y el planeamiento dotan a cada tipo de suelo.

Para poder llegar a comprender los razonamientos realizados en este trabajo, inevitablemente hay que tener presente que la edificabilidad la crea el planeamiento, anticipando la posibilidad de edificar, al proceso que concluirá con la materialización, de esa edificabilidad ideada por el plan, en un concreto edificio.

3.2.1.- REGULACIÓN ACTUAL.

En la actual regulación del suelo, se ha consagrado un principio general, sobre el que pivotan el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y el de las valoraciones. Es el principio anunciado en el artículo 7 del RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, según el cual la previsión de edificabilidad (aprovechamiento urbanístico susceptible de patrimonializar por el propietario de suelo con los requisitos legales) no queda integrada en el contenido del derecho de propiedad del suelo por el solo hecho de que la prevea la ordenación territorial y urbanística y el planeamiento ⁵⁸.

⁵⁸ El destino del suelo, es el parámetro fundamental de la zonificación, conformando, con las peculiaridades que se han marcado en los apartados precedentes, el detallado estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria. Por tanto, existe un importante nexo entre la configuración finalmente particularizada del derecho de propiedad del suelo y la clasificación y calificación de ese suelo. La calificación urbanística o zonificación consiste en fijar de la forma más pormenorizada posible un uso, intensidad de uso y tipología edificatoria. Respecto de esta técnica instrumental se puede seguir lo expuesto por ROMERO ALOY, y ROMERO SAURA, F. en su artículo "La zonificación urbanística", La Ley, 2013.

En términos generales, del referido principio y de la sistemática que impera en la ley, primordialmente en lo referente a los criterios de valoración, se infiere que el aprovechamiento urbanístico, se patrimonializará únicamente con el cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

La adquisición del aprovechamiento urbanístico en toda su dimensión, desde su previsión hasta su efectiva materialización, se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los artículos 7, 8.5,a); 9.5, 6 y 7; 16 todos ellos del TRLS/2008.

Particularmente, el aprovechamiento urbanístico puede ser susceptible de considerarse una facultad del derecho de propiedad del suelo, pero también puede llegar a separarse del dominio del suelo, mediante la denominada transferencia urbanística.

Los artículos 39, 77, así como en todo el Capítulo V del RD 1093/1997, por el que se aprueban 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, prevén la inscripción registral del aprovechamiento urbanístico, permitiendo su acceso al Registro de la propiedad. Su titularidad podrá constar por medio de nota al margen de la inscripción de la finca ordinaria de referencia, o en folio registral separado, como finca independiente disgregada del suelo; en este último supuesto, cuando se desvincula de la finca a la que estaba atribuido, por haber sido transferido a la Administración, o a un agente urbanístico, transmisión que deberá constar en escritura pública.

Cuando el aprovechamiento urbanístico conste en folio independiente puede ser objeto de hipoteca, o de otros derechos reales limitados, porque en este supuesto es susceptible también de tráfico jurídico independiente, debido a que no es considerado como una facultad del dominio.

Pero lo relevante es que el aprovechamiento urbanístico únicamente será susceptible de tráfico jurídico patrimonial tras el cumplimiento de los deberes legales, que especifica la legislación estatal de suelo.

En síntesis, como facultad, el término patrimonialización de la edificabilidad hay que entenderlo como integración del aprovechamiento urbanístico previsto en un planeamiento en el contenido del derecho de propiedad del suelo, facultando a su titular para construir sobre el mismo. Esto derivará en la adquisición o incorporación de la edificación al patrimonio del titular del suelo.

Consecuentemente, la integración de lo edificado en el patrimonio del titular del suelo se producirá, tras ese proceso escalonado o sucesivo, con su materialización efectiva, previa autorización administrativa o legalización a posteriori, cuando sea conforme con la ordenación urbanística, tal y como establece el artículo 8 TRLS/2008. Todo lo que no se ajuste a esto, desencadenará la existencia de una edificación ilegal.

3.2.2.- LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA COMO FUENTE ATRIBUTIVA DIRECTA DEL CONTENIDO URBANÍSTICO CONCRETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA LEY DE SUELO DE 2007.

Una vez analizada la cuestión del nuevo enfoque que la Ley de suelo configura en torno a la previsión de edificabilidad que hacen los planes urbanísticos y al hecho de que ésta no pertenezca de forma inmediata al titular del suelo, se expone a continuación el tratamiento que este tema ha tenido con anterioridad, y el peso que ha representado en las valoraciones de las construcciones ilegales.

Actualmente está suficientemente asentada la idea de que el planeamiento es la base necesaria y fundamental de la ordenación urbana racional de las ciudades. En él se engloban aspectos técnicos, económicos, sociales y ambientales. Prefigura la ordenación y usos legales del suelo, entre los que se

encuentra el residencial, por lo que, lógicamente, sus determinaciones se deben anticipar al resultado final, que es la obra de edificación ejecutada.

Ahora bien, la construcción se puede llevar a cabo cumpliendo todas las especificaciones del plan, o desobedeciéndolas. Sólo en el primer supuesto la edificación se incorporará al patrimonio del titular del suelo, entendida dicha integración, desde una perspectiva público-administrativa, como la asignación legal de un valor urbanístico a la construcción.

Veamos ahora el alcance, que conforme a anteriores legislaciones de suelo, ha tenido la designación en el planeamiento de un determinado aprovechamiento urbanístico.

En un principio, los planes urbanísticos se equiparon a proyectos de obras públicas, de modo que las normas urbanísticas, que eran las que limitaban los derechos de los propietarios al fijar las alineaciones y distancia entre las construcciones, no formaban parte del plan y se hallaban contenidas en los reglamentos y ordenanzas municipales.

En lo atinente a su naturaleza y a los efectos que pueda producir la contravención de sus determinaciones, por una parte, la doctrina ha venido considerado que se trataba de actos administrativos generales, no normativos, mientras que algunos autores han defendido su configuración como reglamentos o normas jurídicas. Dimanante del carácter normativo que le atribuye esta última postura, el instrumento de planeamiento, que constituye una disposición general, se integrará en el ordenamiento jurídico.

La tesis normativa fue apoyada, entre otros, por DIEZ PICAZO, mientras que GARCIA ENTERRIA calificó los planes a modo de "*tertius genus*", entre norma y acto.

La jurisprudencia por su parte, ha venido incidiendo así mismo en la naturaleza compleja de los planes de urbanismo, considerando que la misma

estaba integrada por elementos normativos incorporados o insertados (normas urbanísticas de planeamiento) a un acto administrativo.

La más reciente doctrina jurisprudencial ha afianzado la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo como disposiciones administrativas de carácter general y de rango reglamentario⁵⁹. La citada línea jurisprudencial incide en aspectos como la publicación de su aprobación definitiva y de las normas urbanísticas de los planes, o en el principio de jerarquía normativa, que aunque está atemperado por el principio de especialidad, no desluce el hecho de que su rango, por ser inferior a la ley, impone que se tenga que sujetar a ésta.

Por su parte, el Consejo de Estado, a través de su doctrina legal, plasmada en Dictámenes como el 45.997 de 23 de febrero de 1984, distinguió el acto de aprobación del planeamiento, de los posibles contenidos normativos del mismo

Como se ha dicho, la existencia de una graduación para llegar a establecer un determinado contenido al derecho de propiedad de un suelo concreto, conlleva la consideración de que su régimen jurídico será la suma de las previsiones de la Ley estatal, más las de la Ley autonómica, a las que hay que sumar las del correspondiente planeamiento urbanístico, producto de la potestad normativa de la Administración, aunque de nivel meramente reglamentario.

Tal y como se avanzó, la clasificación urbanística del suelo, llevada a cabo por los planes, se convirtió en la clave para la determinación del régimen jurídico aplicable a los terrenos. De este modo, el plan realizaba la calificación jurídica del suelo, produciéndose como resultado la delimitación o definición puntual del contenido del derecho de propiedad de cada tipo de terreno.

⁵⁹ STS de 6 de mayo de 2002 (RJ 2002, 9952); STS de 26 de junio de 2009, recurso de casación 1079/2005, (FJ 4º).

Ahora bien, con anterioridad a la vigente legislación de suelo se llegó a afirmar que la transformación del contenido del derecho de propiedad del suelo, no la transformación física del terreno, resultante de la categorización urbanística que hace el plan, conllevaba que el planeamiento, en si mismo, modificaba no solo la naturaleza, sino también el valor económico-urbanístico del suelo.

Consecuentemente, la atonía administrativa en el cumplimiento del plan podía rescatar la libre disponibilidad de las facultades dominicales del propietario, tal como sostiene el profesor SUSTAETA ELUSTIZA⁶⁰, surgiendo de este modo el derecho de reversión y el derecho de recobro de facultades dominicales.⁶¹

En otro orden de cosas, la equiparación de los planes de urbanismo a una disposición general tiene trascendencia también en el campo de la inactividad administrativa susceptible de recurso contencioso administrativo, por incumplir la Administración normativa urbanística, cuando no ejecuta las previsiones del plan.

De ahí que ello autorice a concluir, que la Administración puede ser obligada judicialmente a dar cumplimiento a lo preceptuado en el plan, y el grado de determinación de las obligaciones legales contenidas en los planes, hará posible que cuanto mayor sea dicha determinación, mediante el establecimiento de la ordenación pormenorizada, serán mayores las

⁶⁰ pág 258 obra citada anteriormente.

⁶¹ El recobro y rescate libre del ejercicio de las facultades dominicales se incorporó en el art. 56 LS 56: *"La expropiación e imposición de servidumbres sobre terrenos que no resultaren edificables por sus propietarios particulares habrán de llevarse a efecto dentro del plazo máximo de diez años a contar de la fecha de entrada en vigor del Plan que las motivare.*

2. *Si no se hubiere procedido a la expropiación o imposición de servidumbre en el plazo indicado, el propietario podrá requerir a la Administración para que lo efectúe en el de los tres meses siguientes y, si no la llevare a cabo, recobrará el libre ejercicio de sus facultades dominicales".* De este modo se puso de relieve que el transcurso del tiempo podía modificar sustancialmente un plan de ordenación urbana convirtiendo en edificable un terreno destinado a vial por ejemplo.

posibilidades para exigir una conducta específica de la Administración en sede judicial.

3.3.- LOS PROGRAMAS DE ACTUACIÓN INTEGRADA COMO MEDIO DE DELIMITAR EL CONTENIDO URBANÍSTICO CONCRETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.

La posibilidad de promover la transformación del suelo urbanizable, a través de instrumentos de planeamiento formulados por la iniciativa privada, fue ampliamente acrecentada al amparo de Leyes como la 6/1998, de 13 de abril y otras disposiciones normativas, como el Decreto Ley 4/2000, de 23 de junio, que instauró las llamadas medidas liberalizadoras de suelo, (en el recurso 5023/2000, por Sentencia 137/2011, de 14 de septiembre, se declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio).

Consiguientemente, bajo la decisión de aumentar la existencia de suelo urbanizable, mediante la eliminación del suelo no urbanizable común, se sentaron las bases para la conversión del suelo en urbano por la iniciativa privada. Esto se fundamentó en la introducción, al margen del PGOU, de la figura del proyecto de delimitación del ámbito a transformar y las condiciones para su desarrollo; en la incorporación a la alternativa técnica de los programas del planeamiento que establecía la ordenación pormenorizada, formulado por los particulares; así como, la aprobación definitiva por silencio administrativo positivo de los planes de desarrollo redactados y promovidos por los particulares, transcurridos seis meses desde que se presentó.

De este modo, todo propietario de suelo no urbanizable, que no fuera de especial protección, e incluso sin ser propietario de terrenos, tenía derecho a urbanizar y a edificar, sin esperar a la adaptación del PGOU a las referidas normativas, al formular homologaciones sectoriales modificativas.

3.3.1.- LA POTESTAD DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA. NATURALEZA JURÍDICA DE CARÁCTER REGLAMENTARIO DE DETERMINADOS PROGRAMAS DE ACTUACIÓN INTEGRADA.

Tras indagar en el papel que ejercen los planes en la configuración del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, procede en este apartado extender el análisis a otra de las piezas importantes para conformar dicho contenido, los programas de actuación urbanística, por cuanto se aduce a continuación.

Los Programas han venido siendo considerados un instrumento de ordenación dinámica, temporal o programática, cuya vigencia no es indefinida, que despliega la función de pieza de engarce entre el planeamiento estático del territorio, contenido en los planes, y la gestión y ejecución de las determinaciones del plan. En relación con ello se ha distinguido dos formas de gestión.

a) La Gestión Directa, que es llevada a cabo por un único sujeto, la Administración, existiendo una actividad directa, mediata o inmediata (cuando la desarrolla mediante empresa de capital íntegramente público). En este supuesto, la totalidad de las obras e inversiones son financiadas –no sufragadas- con fondos públicos⁶².

b) La Gestión Indirecta, que implica que la Administración se vale de un tercero para conseguir el cumplimiento de las determinaciones del planeamiento, entendiéndose que esto implica la asunción de la gestión de un proceso urbanizador integral o completo por parte de ese tercero⁶³.

⁶² Sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana nº 513/2010, de 6 de mayo de 2010, Fundamento de Derecho Segundo; STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 573/2009, de 19 de mayo de 2009 (JUR 2009\331867); STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1705/2009, de 18 de diciembre de 2009 (JUR 2010\116532), Fundamento de Derecho Séptimo.

⁶³ BUESO GUIRAO, E. Y PARRIZAS COLLADO, P. “*La gestión directa en la normativa urbanística valenciana*”, en el Libro Homenaje a José Luis Lorente Tallada, Urbanismo en la Comunidad Valenciana, coordinado por Jorge Lorente Pinazo, TIRANT LO BLANC, Valencia, 2008, pág 927.

Por otro lado, cuando la iniciativa de programación es pública se puede llevar a cabo mediante varios instrumentos de gestión, entre los que se encuentra la expropiación forzosa. Por tanto es razonable reparar en que las mismas garantías constitucionales que concurren en la institución de la expropiación forzosa, deberían aplicarse a la gestión directa mediante el instrumento reparcelatorio, por cuanto constituye una vía de obtención de suelo por la Administración, una transmisión imperativa de ese suelo, que requiere una causa que la legitime. ¿Habría que aplicarlas también cuando el agente urbanizador no es público? Parece razonable que debería ser así, cuando no medie el acuerdo unánime de todos los propietarios afectados por la actuación urbanística.

De este modo, con la ejecución del Programa, se puede advertir cómo van concatenándose todos los elementos que atribuyen valor urbanístico a una edificación, entendido ese valor como cualidad adquirida del bien.

En anteriores exposiciones hemos visto que un ejemplo de mala praxis urbanística ha sido la configuración final de un planeamiento en base exclusivamente a las directrices provenientes de una realidad edificatoria en origen ilegal, derivado de la confusión entre las materias de disciplina, gestión y planificación urbanísticas, unidas a la incorrecta manipulación de los efectos que dimanaban de las mismas. Esto ha propiciado resultados nefastos.

Llama la atención el hecho de que la normativa Valenciana haya atribuido a determinados instrumentos de gestión un marcado carácter planificador.

En este sentido, numerosas sentencias, que han analizado la naturaleza jurídica de los programas de actuación integrada, han concluido que éstos pueden tener carácter normativo, o rango reglamentario, si el Programa, en este último caso, modifica la ordenación estructural preexistente⁶⁴.

⁶⁴ Sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana (STSJCV) número 1.582/2008, de 24 de octubre, recaída en el rollo de Apelación nº 01/01141/007; Sentencia TSJCV, Sección 2ª, nº 48/2004, de 23 de enero de 2004, Rec.1.850/2001; STS de 22 de noviembre de 2006, recurso casación 3.961/2003; STS 27 de febrero de 2008, recurso de casación 6.745/2005 (RJ 2008\1.436); STSJCV, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera nº 537/03, de 9 de abril de 2003, rollo apelación nº 92/03.

Por tanto, al permitir la legislación que el Programa incorpore, en su alternativa técnica, documentos de planeamiento, modificaciones puntuales de planeamiento y homologaciones sectoriales modificativas, la jurisprudencia los ha asimilado a los instrumentos de planeamiento, con lo que esto comporta en la determinación del derecho de propiedad del suelo, ahora incluso por sujetos privados, como pueda ser el agente urbanizador.

Vemos así, que entre las derivaciones de la categorización de los Programas como verdaderas normas jurídicas, se encuentra, fundamentalmente, su aptitud para establecer el contenido concreto del derecho de propiedad de cada tipo de suelo.

Igualmente, se deduce de esta categorización la posibilidad de impugnar indirectamente los acuerdos de aprobación de este tipo de Programas, impugnación indirecta, que, como es sabido, está contemplada expresamente en el artículo 26 de la Ley 29/1998 LJCA y la de ejercitar la acción pública en defensa de la legalidad urbanística⁶⁵.

Por otro lado, la elección de la forma de actuación en desarrollo del programa es de competencia municipal (art. 19 TRLS76), pero cuando compele al ejercicio de competencias sectoriales de la Administración no municipal, es la Administración autonómica, por sí misma o a través de sus organismos y entidades, la que tiene la iniciativa para promover Programas, Planes Parciales, de Reforma Interior, Estudios de Detalle y Proyectos de Urbanización, así como el instrumento de gestión correspondiente. La Administración dispone, en este campo, de un importante margen de discrecionalidad. En el fondo, este tema está íntimamente ligado al de la subsidiariedad o preponderancia de la intervención pública, a resolver en sede constitucional.

Todo esto deja entrever también, las posibilidades que han tenido los particulares para conformar en definitiva el contenido particular del derecho

⁶⁵ STSJCV nº 953, de 24 de septiembre de 2013 (FD 3).

de propiedad de determinados terrenos, puesto que, a pesar de que en último término aprobaba el planeamiento la Administración, eran aquellos los que ideaban ese contenido, a través de las determinaciones de los documentos de planificación y gestión que elaboraban y promovían, junto con los programas de actuación integrada.

Si bien es cierto que esto ha sido posible dado que, ni los instrumentos de planeamiento, ni los programas, cuando se conciben como normas reglamentarias, vulneran lo dispuesto en el artículo 53.1 de la CE, (en cuanto a la reserva de Ley, siempre que contengan en sí mismo las determinaciones legales que concretan), porque la reserva de ley de los artículos 33.2 y 53.1 de la CE no es absoluta, no deja de ser significativo comprobar que la Administración no sólo ha de ser diligente en la restauración de la legalidad, sino también en la determinación misma de dicha legalidad.

Nuevamente, la STC 37/1987 sirve también de apoyo para legitimar el producto de este nivel de planeamiento urbanístico al afirmar que el artículo 33.2 CE *no establece la obligación de que la regulación de la función social de la propiedad se haga mediante Leyes, sino tan sólo «de acuerdo con» las Leyes y que la reserva establecida en el artículo 33.2 de la Constitución excluye el reglamento independiente, pero no el reglamento ejecutivo o previa habilitación legal.*

De este modo, como señala Fernando REY MARTINEZ⁶⁶, este artículo introduce una “reserva de ley flexibilizada”, dado que la remisión a la función social que efectúa autoriza su realización no sólo por el legislador, sino también por la Administración “de acuerdo con las leyes” cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquella.

⁶⁶ REY MARTINEZ, F. *El devaluado derecho de propiedad privada*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra. Rev. Persona y Derecho, 55 (2006): 959-995.

3.3.2.- LA FACULTAD DE URBANIZAR.

La transformación urbanística del suelo debe abordarse desde una perspectiva global e integradora de todas las acciones con incidencia en el territorio, de forma que las múltiples facetas del urbanismo hacen que, esta organización espacial de la sociedad, no pueda ser producto de un proceso espontáneo, tendente a la realización exclusiva de intereses particulares, sino el resultado de una acción pública, de marcado carácter técnico.

La ejecución de esa función pública ya no se percibe como una característica inmanente a la propiedad del suelo rural, sino que dicha actividad pública está disociada del derecho subjetivo de propiedad del suelo. Tampoco es una mera carga condicionante de la acción de edificar. En cualquier caso, lo que resulta innegable es que se trata de una acción necesaria para la obtención de solares edificables.

Lo bien cierto es que el estatuto de la propiedad del suelo es concebido como combinación de facultades y deberes, entre los que ya no se encuentra, para el propietario del terreno rústico, el de urbanizar, aunque sí el de participar en la actuación urbanizadora de iniciativa privada, llevada a cabo por quien no ostenta la propiedad del suelo, en un régimen de distribución equitativa de beneficios y cargas. Consecuentemente, la Ley habla ahora de deberes de la promoción (art. 16 TRLS/2008) y no ya de deberes del propietario de suelo.

La facultad concreta de urbanizar no forma parte del derecho subjetivo de propiedad del suelo rural, porque excede tanto lógicamente, como físicamente, y también jurídicamente, de los límites propios o intrínsecos del derecho de propiedad del suelo rural, por la complejidad técnica y jurídica que conlleva.

De lo que se deduce que, tratándose de una acción integral de urbanización, hay que hablar del deber legal de la promoción de la actuación urbanística. Así resulta que, lo que pudo considerarse una facultad inherente a la titularidad del suelo rural, ahora se concibe como un deber del promotor de una actuación urbanística, restando al propietario de suelo la

facultad de participar en la ejecución de actuaciones de transformación urbanística (art.8 LS 2008)

Por ello, en todo el proceso de conversión de los terrenos en solares, es conveniente clarificar y distinguir entre la esfera de las actividades, y el mundo de los bienes, para posicionar en cada una de ellas a los sujetos que intervienen en cada actuación urbanística. El artículo 6 TRLS/2008 se ocupa de la iniciativa pública y privada en la fase de urbanización y de edificación.

A) En el ámbito de las actividades, la iniciativa pública urbanizadora es la actuación pública urbanística de transformación del suelo, que tiene dos formas de ejecutarse, la gestión directa y el ejercicio indirecto de la actividad mediante agentes privados no titulares de suelo. En todo caso, la dirección del proceso de transformación de los terrenos corresponde a los entes públicos.

La eliminación, en el estatuto de la propiedad del suelo que diseña el TRLS/2008, de la facultad de urbanizar, resultante de la calificación de la urbanización como servicio público, es una medida que muchos autores han considerado desproporcionada e inconstitucional, como TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, puesto que no garantiza la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de la propiedad del suelo, debido a que el art. 6.a) LS/2007 preveía, en su redacción original, que la legislación autonómica pudiera seguir, en ciertos casos, reservando a la propiedad la iniciativa de la urbanización.

En este caso, la cuestión a profundizar sería indagar en la determinación de los supuestos específicos en base a los cuales se impida la ejecución de la urbanización a la iniciativa privada. La nueva dicción del artículo 6 se limita a expresar, sin más, que la iniciativa privada podrá ejercerse, en las condiciones dispuestas por la Ley aplicable, por los propietarios.

B) La iniciativa privada urbanizadora podrá ejercerse por los propietarios de suelo afectado por la actuación en las condiciones dispuestas por la Ley aplicable. Ahora bien, en función de la envergadura de la obra

pública, éstos se habrán de constituir en agrupaciones de interés urbanístico, juntas de compensación o como las denomine la legislación autonómica, y solicitar la adjudicación de los Programas para desarrollar un ámbito concreto del territorio. Lo que en definitiva hace que su actuación se reconduzca a la gestión indirecta de los Programas.

Y también podrán ejecutar obra individualmente. Sólo esta última es una facultad inscrita en el derecho de propiedad. Cuestión distinta es que la Ley de Suelo atribuya la iniciativa urbanizadora a los propietarios de los terrenos.

En supuestos de participación privada, se ha desvelado la fatídica práctica consistente en la suscripción de convenios urbanísticos, que se han caracterizado por ser, en la práctica, el resultado de una negociación de la potestad pública de planeamiento, a cambio de desembolsos económicos. Por lo que la vulneración del ordenamiento jurídico se ha podido producir mucho antes de la construcción del edificio.

3.3.3.- EL PAGO EN TERRENOS, COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD DEL SUELO INCURSO EN UNA ACTUACIÓN DE TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA.

Las razones que me llevan a reflexionar sobre este tema se fraguan en la idea misma de cómo se puede llegar a ser propietario de un suelo, sobre el que se pueda levantar un edificio, en una actuación en la que, en origen, no se es propietario de suelo.

Este representa además, un claro ejemplo de cómo el derecho de propiedad es también configurado por los criterios de valoración, en este caso del suelo, puesto que son éstos los que se aplicarán como medida de cambio para la obtención de suelo, por costear la urbanización. Porque la determinación del coeficiente de canje descansa en el valor de suelo.

No hay que perder de vista, en aras a la solución que plantea esta tesis, que en el Fundamento de Derecho 34 de la STC 164/2001, que a su vez se remite a la STC 61/1997, FJ 19, se afirmó que la fijación (por el Estado) de criterios de valoración del suelo era reconducible tanto al art. 149.1.18 CE, como al art.

149.1.1 CE. Precisamente el tema de la retribución del agente urbanizador constituye un ámbito de incidencia legislativa autonómica que en definitiva, por afectar al ejercicio del derecho de propiedad, ha de acomodarse a los principios que rigen la legislación general del Estado, tendentes a unificar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad.

La determinación del contenido patrimonial cierto del derecho de propiedad del suelo y la justificación de la propiedad privada en el reconocimiento, no sólo del derecho de propiedad, sino también del derecho de toda persona a la propiedad del suelo, que el Estado Social propugna, están unidos a la idea de retribución en especie y de resolución de las cargas de urbanización.

El artículo 9.2 CE determina, de modo general, que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La regulación normativa de esta forma de retribución al agente urbanizador, empresario privado, es una plasmación de dicho principio, puesto que representa un modo de que la propiedad sea accesible a todos y de que su ejercicio sea acorde con la función social que ha de cumplir la vivienda según la CE.

Estamos incidiendo, al tratar este asunto, en la dimensión social del derecho de propiedad, configurado por la Constitución también en la cláusula de accesibilidad a la propiedad, vinculado al principio de igualdad, no respecto de la propiedad ya adquirida, sino en lo que concierne a la adquisición de la misma.

En base a ello, la finalidad de este apartado es mostrar cómo la facultad de edificar puede llegar a recaer en un propietario que, en el origen de todo el proceso de transformación de suelo, no ostentó la propiedad de los terrenos. Como vemos, este hecho ha venido siendo factible, con la adjudicación de

la condición de agente urbanizador, unida a la obtención en terrenos de la retribución del urbanizador.

En definitiva, todo esto nos lleva a verificar como, al margen del derecho privado, se ha configurado un sistema de adquisición del dominio, que permite hacer realidad, en alguna medida, la cláusula de la accesibilidad dominical y por ende el acceso a la participación privada en el ámbito económico. Otra cosa es que, a la vista de los resultados obtenidos, haya sido, o no, un instrumento para la realización práctica de algunos de los fines del Estado social.

En la legislación Valenciana, la posibilidad de imponer el pago de la retribución del urbanizador mediante la transmisión de terrenos en la Ley 6/1994, de 15 de noviembre –LRAU-, venía recogida en su artículo 71.3, en relación con el artículo 42 de la indicada Ley y el artículo 7.2. Dicho artículo, tras establecer que *"el urbanizador será retribuido con parcelas edificables"* disponía que, el propietario disconforme con la proporción de terrenos que le correspondiera ceder como retribución, podía oponerse a ella, solicitando su pago en metálico, excepto cuando el urbanizador asumiera el compromiso de promover viviendas sociales, u otros usos de interés social, sobre el terreno constitutivo de la retribución⁶⁷.

De este modo, el urbanizador público, si asumía el compromiso de promover vivienda protegida sobre el terreno constitutivo de su retribución, podía obtener terrenos que debían ser destinados a la construcción de viviendas protegidas, bien directamente o mediante la venta de los mismos, en cuyo caso, debía procederse a su enajenación por concurso, fijando un preciso valor del suelo, que no podía superar el 15% del valor en venta de las viviendas a edificar en las parcelas. A su vez, el valor en venta de las viviendas venía determinado por los módulos vigentes para las protegidas.

⁶⁷ Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana: nº 493, de 15 de abril de 2003; nº 1.122 de 14 de julio de 2003 (recurso 124/200); nº 1.898, de 1 de diciembre de 2003; nº 25, de 7 de enero de 2004 (recurso 215/200); nº 1.211, de 1 de diciembre de 2006.

También podía hacerlo así el urbanizador privado, comprometiéndose a mantener el destino social de las viviendas.

La finalidad originaria de esta iniciativa era la promoción de una serie de actuaciones administrativas dentro del mercado de suelo, encaminadas fundamentalmente a ofrecer suelo urbanizado a precio tasado⁶⁸.

Este método legal, que fue reputado tan válido a estos efectos como el valor de mercado, implicaba la asignación de un valor máximo legal de dichos terrenos, que permitía determinar su exacta equivalencia con los costes de urbanización, facilitando que la retribución se efectuara mediante la adjudicación al urbanizador público de parcelas edificables y en definitiva, obtener la propiedad de un suelo con aprovechamiento lucrativo, aunque inicialmente no hubiera sido propietario de terrenos.

A nivel general, este proceder se ha sustentado en el artículo 47 de la CE, que vincula la ordenación de los usos del suelo con la efectividad del derecho a la vivienda. El título competencial mediante el cual el legislador estatal puede regular esta materia es el artículo 149.1.13 de la CE, atinente a la legislación básica de la planificación general de la actividad económica. Consecuentemente, las CCAA pueden establecer reservas de viviendas, sujetas a algún régimen de protección, iguales o superiores a las establecidas por el estado⁶⁹.

En el ámbito autonómico Valenciano por ejemplo, se ha apoyado igualmente en la regulación, mediante reserva de Ley, de la vinculación de suelo a la construcción de viviendas de protección oficial, que ha estado prevista en normas como el artículo 10 y la Disposición Transitoria Primera: *Aplicación de la reserva de suelo para vivienda protegida*, del TRLD/2008; la Disposición Adicional 12 de la LRAU, introducida mediante la Ley 16/2003, de 17 de diciembre de la Generalitat; en la Disposición Adicional 6ª LUV

⁶⁸ STS de 14 de septiembre de 2012, recurso de casación 1941/2009.

⁶⁹ Más cuestionable es el hecho de que la legislación autonómica pueda permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados municipios o actuaciones.

(modificada por el artículo 7 del Decreto Ley 1/2008, de 27 de junio del Consell); en la Disposición Transitoria Primera y Quinta de la LUV; en los artículos 36.1.i), 37, 46.4, 65.2 de la LUV; y en la DT 8ª del ROGTU modificada por el Decreto 36/2007.

Por otro lado, también ha contribuido a la implantación de este sistema de obtención de suelo, la técnica urbanística de aplicación de coeficientes correctores de la edificabilidad. Esta técnica ha posibilitado que los derechos de los propietarios no se vieran mermados como consecuencia de actuaciones promovidas para la construcción de viviendas protegidas, al quedar indemne el principio de equidistribución⁷⁰.

Como vemos, a nivel autonómico, es ilustrativa la forma en la que ha resuelto el tema la normativa Valenciana, tras un periodo de aplicación práctica de esta modalidad. Así, la primera redacción del artículo 167 de la LUV, comenzando con la misma dicción que el 71 de la LRAU, en su número 1º reproducía el correlativo del artículo 71 de la LRAU, dando opción al propietario a solicitar el pago en metálico.

El Decreto-Ley 1/2008, de 27 de junio, del Consell, de medidas urgentes para el fomento de la vivienda y el suelo, estableció la retribución obligatoria en suelo, en aquellas actuaciones llevadas a cabo por gestión directa y en lo que atañe exclusivamente a los suelos destinados a vivienda protegida. En su artículo 4 dispuso agregar un nuevo párrafo al artículo 167.1 LUV con el siguiente contenido:

“En las actuaciones integradas desarrolladas por gestión directa en las que el urbanizador asuma la obligación de recibir como retribución el suelo vinculado a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, será obligatoria para los propietarios la cooperación mediante la modalidad de retribución establecida en el Programa en lo que se refiere al suelo con el citado destino, sin que en tal caso quepa, a instancias de ellos, el ejercicio de la opción por el pago en metálico que se regula en el número 3 del presente artículo”.

⁷⁰ Sentencia nº 735/2007 del TSJCV, Sala de lo Contencioso-A. Sección Primera, de 30 de mayo de 2007 (recurso 135/20079).

Desde este momento, se redujo la posibilidad de imposición del pago de la retribución del urbanizador en terrenos a la gestión directa de los programas. En la gestión indirecta, al propietario siempre le asistiría la opción de elegir la modalidad de retribución del agente urbanizador.

De lo que se derivó que, la aprobación de un programa de actuación integrada, cuyo objeto prioritario fuera la obtención de terreno para vivienda protegida, suponía ejercicio de autoridad - art. 3 LUV – y la posibilidad de imponer el pago en terreno, puesto que el interés público tenía, en este caso, intensidad suficiente para justificar esta modalidad de pago, como instrumento eficaz de realización del orden constitucional, definido en el artículo 47 CE y recogido en la LUV (art.4 e)).

Esta posibilidad se vio avalada por lo establecido en artículos como el 165.4 LUV, que determinaba que, cuando el Programa se desarrollara por Gestión Directa de la Administración, ésta podía optar por la expropiación forzosa; el artículo 125.4 LUV, que establecía que no era de aplicación, cuando se actuaba por Gestión Directa, lo dispuesto en los artículos 126,f) e i) y 127.1.a); y el artículo 128 LUV, al concretar que, si el coeficiente de canje no se fijaba en el programa, porque no había concurso al tratarse de gestión directa, y éste se precisaba en el proyecto de reparcelación, no había lugar a la posibilidad de que el propietario eligiera la modalidad de retribución del urbanizador y éste pudiera exigirla en terrenos.

Por tanto, esta prerrogativa hubo que entenderla como una fórmula posible de gestión sólo en los programas de ejecución administrativa directa, similar al sistema de expropiación de la legislación estatal. Siendo ésta una técnica de intervención más incisiva sobre el mercado inmobiliario, resultaba perfectamente lícita la imposición del pago en terrenos cuando se actuaba por gestión directa, por el principio de que quien puede lo más puede lo menos⁷¹.

⁷¹ La obligatoriedad de la modalidad de pago en terrenos es recogida por Santiago GONZALEZ –VARAS IBÁÑEZ y Juan E. SERRANO LÓPEZ, en su libro de *Comentarios a la Legislación Urbanística Valenciana*, THOMSON ARANZADI, Pamplona, 2007, pág 258.

Siguiendo la estela de la LUV, en la LOTUP viene regulado este tema, principalmente en los arts. 143 y 149.

Una cuestión, que suscitaba cierto debate en torno a este asunto, era la que contemplaba el art. 174.2 LUV al determinar que *“En los supuestos de gestión directa para la promoción de suelo con destino a viviendas protegidas, la adjudicación de terrenos correspondientes a la cesión del 10% de aprovechamiento se efectuará gratuitamente a favor de la urbanizadora, vinculado a ese destino”* debido a que el 10% del aprovechamiento tipo estaba destinado a engrosar el patrimonio público de suelo. Del mismo se deducía que ese suelo lo adquiriría el urbanizador público, o designado en gestión directa del PAI, pero si luego lo vendía a promotoras privadas, se podía llegar a eludía el deber legal contenido en el artículo 16.1,b) del TRLS/2008.

Al parecer, el artículo 77 de la LOTUP, así como su artículo 140.3,b), ciñen el destino de ese porcentaje de aprovechamiento tipo únicamente a la Administración actuante, no pudiendo recaer en los entes y organismos del sector público adjudicatarios en su caso de los programas.

3.4.- PATRIMONIALIZACIÓN POR EL PROPIETARIO DE SUELO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO PREVISTO POR EL PLANEAMIENTO. EJERCICIO POR LA ADMINISTRACIÓN DEL IUS VARIANDI.

Tal y como se ha venido afirmando, el contenido urbanístico de la propiedad del suelo está vinculado en gran medida a la potestad de planeamiento, haciéndose hincapié en que la incorporación de la facultad de edificar, tras la obtención del aprovechamiento urbanístico, al contenido de la propiedad del suelo únicamente se produce mediante el cumplimiento completo de las determinaciones de la ordenación urbanística y de los deberes y cargas legales y no porque se prevea en un instrumento de planeamiento.

Consecuentemente será ilegal la edificación que se realice en un suelo que el planeamiento preserve de la transformación urbanística y también la que se ejecute sin cumplir los deberes y cargas legales. De ahí que, respecto de esta cuestión, es preciso clarificar los deberes que corresponden al agente urbanizador y los que corresponden al propietario de suelo y tener presente

cuáles de estos deberes se hacen efectivos a través de los sistemas de actuación (compensación, cooperación, expropiación) y cuales son de exclusivo cumplimiento del propietario de suelo. Esto tiene relevancia en el supuesto de cambios de planeamiento, de los que se pueda derivar el derecho a percibir una indemnización, a fin de poder determinar a quién corresponderá la misma, pero principalmente a la hora de esclarecer quién es responsable de los incumplimientos que puedan producirse.

Actualmente los planes, con la nueva legislación de suelo, no son fuente atributiva directa de derechos de contenido urbanístico, pero con anterioridad, en base al principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos, los planes de ordenación urbana fueron fuente de derechos subjetivos intangibles y de expectativas urbanísticas, aunque no eran límite impeditivo de una posterior ordenación, puesto que el plan podía ser alterado, como lo puede ser toda norma, hasta la de más alto rango. Por eso, la potestad de planeamiento, una vez ejercitada, en ningún momento se ha considerado que sea inamovible.

Tal y como ha reiterado el Tribunal Supremo⁷² la potestad administrativa de planeamiento comprende la de su reforma, porque la naturaleza normativa de los planes y la propia necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes del interés público o general, justifican el "*ius variandi*" reconocido a la Administración, para fijar un cierto modelo territorial con unas concretas determinaciones.

Puesto que la ordenación territorial delimita el derecho de propiedad, esto es, el contenido y modalidades de la propiedad inmobiliaria, que tiene carácter estatutario, tal y como se ha constatado en el título II de esta tesis, y éste carácter implica que su contenido preciso será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, es lícita la modificación justificada de las determinaciones del planeamiento, porque el propietario no se ha apropiado de ellas.

⁷² SSTs de 13 de junio de 2011, rec. 4045/2009, (FD 13); 6 de marzo de 2015, rec. casación 344/2013, (FD 5°).

De modo que la variación o revisión del plan no podrá ser obstaculizada por los propietarios de suelo y, en principio, no debe dar lugar a indemnización, puesto que, como ya se ha dicho, las facultades propias del dominio, son creación del ordenamiento legal y urbanístico, y serán las concretadas en la ordenación urbanística vigente en cada momento, pero es preciso adquirirlas a partir de ahí, de esa mera previsión.

Actualmente, la regla general es que el cambio de una particular ordenación implica, en principio, sólo cambio del Derecho objetivo, frente al que no puede esgrimirse, de modo particular, derecho alguno a su permanencia⁷³.

Se descarta por consiguiente la posibilidad de que se produzca una apropiación privada de la plusvalía originada en el propio hecho de la aprobación de un concreto Plan, es decir, que ese planeamiento, sin más, en suelo urbanizable delimitado, sea el origen de derechos adquiridos.

Es por eso que, en términos generales, únicamente se producirán los supuestos indemnizatorios contenidos en el artículo 35 TRLS/2008, que no tipifican la modificación del plan como hecho que origine indemnización por lesión en bienes y derechos⁷⁴.

Así, por ejemplo, si se ha obtenido licencia de obras, aunque no se haya empezado la obra de edificación, cuando se cambie el planeamiento, se debe reconocer al propietario que la solicitó una indemnización, porque éste ha patrimonializado un aspecto o vertiente de la edificabilidad, tras el cumplimiento de los deberes legales preceptuados en el artículo 8 TRLS/2008, una vez se han consumado los deberes vinculados a la promoción de la actuación.

⁷³ STS de 5 de marzo de 2008 (RJ 2135); STSJCV de 6 de noviembre de 2009; STS 25 de junio 1998 *ius variandi*; STC 37/1987 (FD 3º).

⁷⁴ Mucho menos el origen de una posible indemnización sería la revocación de acuerdos de aprobación inicial y provisional de un PGOU, motivada en modificaciones introducidas por una nueva legislación ambiental y urbanística: STS 30 de diciembre de 2014, rec. casación 3897/2012.

Consiguientemente, si el cambio en las determinaciones del plan implica una modificación o extinción de la eficacia del título administrativo habilitante, se producirá una lesión, porque lo que subyace en este caso es la consideración de que el aprovechamiento urbanístico adquirido hasta ese momento tienen un contenido patrimonial.

Lo que se indemniza, en el supuesto desarrollado en el artículo 35 c), es la adquisición de aprovechamiento urbanístico patrimonializado hasta ese momento, luego esa indemnización tendrá carácter expropiatorio.

Consecuentemente, de los planteamientos formulados se puede colegir que el aprovechamiento urbanístico, si se ha patrimonializado conforme a lo dispuesto por el artículo 16 TRLS/2008, cuando se produzca la circunstancia de que el agente urbanizador sea privado del mismo por cambios en el plan, surgirá el derecho a percibir una indemnización.

De nuevo estamos ante un caso de separación del aprovechamiento urbanístico del derecho de propiedad del suelo, para integrar un derecho subjetivo en sí mismo. En otras palabras, cabe entender que en los supuestos en los que el aprovechamiento se desmiembre del poder en sentido global, que es el derecho de propiedad del suelo, para constituir, no una facultad de las que forman parte de dicho poder, sino una entidad independiente, podrá ser objeto de valoración separada.

Hay que tener en cuenta, que los deberes legales que comportan las actuaciones de urbanización, a que se refiere el art. 16.1 TRLS/2008, se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización o en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción, desde su solicitud, acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras. Esto sin perjuicio, de las obligaciones que puedan derivarse de la liquidación de las cuentas definitivas del proyecto de reparcelación o equivalente.

Hasta aquí, el nuevo diseño de la Ley Estatal de Suelo, sin embargo, como se ha avanzado, se ha llegado a plantear que, si se modificaba el plan, se estaba materialmente expropiando un derecho, el derecho de edificar. Ahora bien, como se viene manteniendo en este estudio, se debe hablar de facultad de edificar, o de aprovechamiento urbanístico adquirido en los supuestos en que es susceptible de ser considerado jurídicamente de forma independiente del derecho de propiedad del suelo, y no de derecho de edificar, por cuanto la facultad es, junto con los deberes, uno de los componentes de un derecho, el de propiedad de suelo.

A pesar de que el tema de las valoraciones se aborda en el título V de esta tesis, se vierten en este momento algunas consideraciones que están a caballo entre el *ius variandi* y las tasaciones de bienes. Porque tanto en la legislación de 1976, concretamente en su artículo 106.1, como en la de 1992 (artículos 56 y 58), y del contenido de artículos como el 146 y 137 del Reglamento de Gestión Urbanística, el valor urbanístico de los inmuebles construidos, se calculaba mediante la adición de un valor de suelo y de otro de la construcción, y en el valor del suelo se incluía, además, el aprovechamiento urbanístico previsto por el planeamiento.

Derivado de esta configuración legislativa, el cambio de las determinaciones concernientes al establecimiento del aprovechamiento urbanístico producido por la modificación de los planes, ha originado diversas posturas doctrinales, enmarcadas principalmente en supuestos expropiatorios. En ellos, el instrumento urbanístico que legitimaba la expropiación determinaba un aprovechamiento, que podía ser inferior o superior al ya consolidado conforme al anterior planeamiento, durante el cual se materializó la edificación objeto de expropiación.

En esta cuestión también es relevante atender a la legislación aplicable a cada procedimiento expropiatorio, en función de la fecha de inicio del mismo.

Analicemos estas dos posiciones.

A) De conformidad con la legislación de suelo de 1976, una vez fijado el contenido del derecho de propiedad del suelo en un plan de desarrollo del planeamiento general, se consideró que el principio de seguridad jurídica demandaba su inalterabilidad relativa, de forma que las fincas urbanas no vieran reducido su aprovechamiento urbanístico originario, ya que éste tenía su causa inmediata en el último nivel de planeamiento, es decir, en los planes parciales, en los planes especiales o en los programas de actuación, que establecían la ordenación pormenorizada. De este modo, una vez aprobados definitivamente dichos instrumentos, nacía un derecho de los propietarios a determinados aprovechamientos. Lo mismo podía aplicarse respecto del plan general que contenía la ordenación pormenorizada de un suelo urbano.

De estas circunstancias, resultaban dos consecuencias, una que, con arreglo a la referida legislación urbanística contenida en el TRLS/1976, era obligatorio respetar los derechos que los particulares tenían como consecuencia de las situaciones de fuera de ordenación originadas por el cambio de planeamiento y otra que, para que hubiera derecho a indemnización, se tenían que dar los dos supuestos específicos contenidos en su artículo 87.2 o era necesario que se encontrara en fase de realización el planeamiento de desarrollo del PGOU, habiendo cumplido el propietario con los requisitos o cargas impuestas por el antiguo plan, sin haber obtenido ningún beneficio, es decir, sin que el propietario hubiera patrimonializado el derecho a la edificación, por la falta de construcción real; o que transcurrieran los plazos previstos para la ejecución de los PP, Programas y ésta no se llevara a efecto por causas imputables a la Administración.

En concordancia con esta postura, se analiza el supuesto de hecho siguiente: Se expropiaba un suelo, en un momento en el que existía un plan parcial aprobado definitivamente, y respecto del cual no habían vencidos todavía los plazos para su ejecución, y el propietario no había edificado, pero entraba en vigor un nuevo plan, que determina un aprovechamiento urbanístico inferior. En tal caso, aunque se tenía que calcular el valor del suelo multiplicando su superficie por el aprovechamiento urbanístico fijado en el

nuevo plan (artículo 105), se originaba el derecho a percibir una indemnización, en base al artículo 87, 2 y 3.

El artículo 87.2 del TRLS/1976 era el procedimiento adecuado para indemnizar al expropiado por el hecho de haber quedado parte de su edificio fuera de ordenación debido a una modificación del planeamiento, pero recordemos que en este caso no se había levantado edificación alguna. Luego, la valoración del suelo expropiado se efectuaba de conformidad con el nuevo planeamiento vigente, aunque éste disminuyera el aprovechamiento permitido por el anterior.

En caso de que se hubiera patrimonializado el aprovechamiento asignado al suelo por el anterior planeamiento, mediante el uso de la facultad de edificar, el propietario tenía su compensación a través del justiprecio de lo edificado, cuando, tras quedar fuera de ordenación y resultar incompatible con el nuevo destino que fijaba al suelo el nuevo planeamiento, se expropiaba lo construido y se incrementaba con su cuantía el valor total del inmueble expropiado.

B) Con posterioridad se produjeron variaciones normativas con la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 1990 y su texto refundido en 1992. Frente a lo dispuesto en el art 87.2 LS/76, el art. 237.2 LS/92 (previsto para supuestos de modificación del plan que conllevaran reducción del aprovechamiento en terrenos urbanizados antes de transcurrir el plazo para solicitar licencia) declaró que las situaciones de fuera de ordenación surgidas por los cambios de planeamiento no eran indemnizables, luego el cambio de planeamiento no generaba perjuicio patrimonial alguno, puesto que no implicaba *per se* el derribo, ni siquiera parcial, del edificio.

Tras la declaración de inconstitucionalidad que efectuó la STC 61/1997, se consideró, de forma unánime, que ésta no alcanzaba a los artículos 58, 237, 238 y 241 del TRLS/92, ni a la Disposición Transitoria Quinta, a excepción del inciso final de su apartado segundo. Tampoco fue declarado inconstitucional el artículo 56.2 TRLS/1992 que determinaba que el valor del suelo en el

momento de concluirse la edificación sería el correspondiente al aprovechamiento urbanístico efectivamente materializado, sin adición o deducción alguna.

De esta manera, si del inicio de expediente de expropiación resultaba que la legislación a aplicar era el TRLS/1992, el aprovechamiento urbanístico tenido en cuenta para el cálculo del valor del suelo era el efectivamente materializado conforme al antiguo plan, que se multiplicaba por la superficie y por el valor de repercusión de suelo. Tal y como se ha expresado anteriormente, si resultaba de aplicación el TRLS/1976, el aprovechamiento era la media de los aprovechamientos urbanísticos que el nuevo planeamiento, causa de la expropiación, recogía para todo su ámbito.

De todo lo expuesto, lo importante es destacar que existía un derecho a un concreto aprovechamiento urbanístico que se adquiría por la simple y exclusiva aprobación del planeamiento de desarrollo del plan general, es decir, el planeamiento, en determinados supuestos, era fuente atributiva directa de derechos para los particulares.

Por tanto, a los efectos de este estudio, se significa que en estas legislaciones, TRLS/1976 y TRLS/1992, se calculaba el valor del suelo introduciendo en la fórmula un aprovechamiento o edificabilidad y al valor resultante de ese suelo se le sumaba el valor de la construcción existente que, en sí misma, representa un aprovechamiento, deduciéndose de este modo el valor total del inmueble.

Con la nueva Ley de Suelo el único aprovechamiento que ingresará en la esfera patrimonial del propietario de suelo que edifique será el que, previsto por el plan, se adquiera legalmente y se materialice.

IV.- EDIFICACIONES.

Tal y como están diseñadas en la normativa actual de suelo, civil y urbanística, entre las facultades que comprende el derecho de propiedad del suelo, concretamente las de uso y disfrute (Art. 348 CC), se puede incluir, para el suelo en situación de urbanizado, la de edificar sobre una unidad apta para ello (artículo 8.5,b) TRLS/2008). Porque la ordenación territorial y urbanística anticipadamente atribuyó aquella edificabilidad para uso o usos determinados y se han cumplido los demás requisitos y condiciones establecidos para levantar una construcción.

Entre estos últimos requisitos se encuentra la previa obtención (expresa o presunta) de la autorización administrativa de las obras, en los términos que lo prevea la legislación autonómica urbanística.

La secuencia concluye con la materialización posterior de la edificabilidad, cumpliendo en plazo los trámites legales, que producirá que se añada lo edificado, al patrimonio del titular del suelo como valor económico/urbanístico legal.

Como se ha apuntado, para fundamentar las conclusiones de este trabajo, será preciso el análisis de la evolución de la normativa reguladora de las edificaciones ilegales e ilegalizables y del ingente volumen de jurisprudencia recaída sobre este tema, el cual revela un considerable cambio en la configuración del derecho urbanístico de propiedad inmobiliaria.

En atención a lo mostrado hasta este momento, resulta ineludible anticipar la existencia de tres regulaciones diferentes en torno a esta materia:

1ª.- Tras la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, en aplicación de la DT 5º TRLS/1992, las edificaciones ilegales erigidas hasta ese momento se equipararon a las legales, cuando la Administración ya no podía ejercitar su potestad de restauración de la legalidad urbanística.

2ª.- Las edificaciones ilegales que se construyeron entre la vigencia de la Ley 8/1990 y la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, cuando caducaba la

acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, se regularon, en base a criterios jurisprudenciales, mediante un régimen análogo al de las edificaciones fuera de ordenación.

3ª.- Pero tras la entrada en vigor de la última legislación de suelo, se razonará, que ya no tiene cabida la jurisprudencia que estableció el criterio de similitud a que se ha hecho referencia.

De la vigente legislación de suelo se puede extraer otra de las claves para la comprensión de este trabajo, que consiste en la regulación que la misma lleva a cabo de la valoración urbanística de la edificación ilegal.

Recordemos que en torno a esto, sobresale el hecho de que el legislador estatal tiene un título competencial muy importante, derivado del artículo 149.1.1ª de la CE, con el que incidir en el contenido del derecho de propiedad inmobiliario, al poder establecer de manera exclusiva el sistema de valoración de los bienes inmuebles y mantener la igualdad de todos los ciudadanos respecto del contenido de su derecho de propiedad inmobiliaria, con independencia de la Administración que despliegue cualquiera de las actividades relacionadas en el artículo 21.1 TRLS/2008.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos, como el de la *STC 37/1987, de 26 de mayo*, al proscribir que los bienes puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional.

Veamos a continuación en qué medida la falta de actuación del poder de protección de la legalidad urbanística ha derivado, a la postre, en la equiparación del régimen urbanístico de las edificaciones ilegales al de las que se hallan en situación de fuera de ordenación.

4.1.- LA ASIMILACIÓN DE LAS EDIFICACIONES ILEGALES AL RÉGIMEN DE LOS EDIFICIOS FUERA DE ORDENACIÓN POR CAMBIOS EN EL PLANEAMIENTO.

Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables – como revela el citado artículo 35 RDLeg. 2/2008 -, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurrida en dicha situación durante su vida útil. En este último supuesto la indemnización tendría un carácter expropiatorio, si se considera que se priva a su propietario del derecho a lo ya edificado de conformidad con el planeamiento y la normativa vigente al momento de levantarse la construcción, o si es una edificación ilegal construida antes de la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 2007.

Este apartado se desarrolla desde el prisma de las valoraciones de construcciones fuera de ordenación, como veremos más adelante, en otro, se significarán los deberes legales, asociados a las mismas, derivados de una concreta actividad urbanística.

Las peculiaridades de las edificaciones que quedaron en situación de fuera de ordenación se aducen en este trabajo debido a que las edificaciones ilegales, conforme a la normativa anterior al TRLS/2007 y según reiterado criterio jurisprudencial, quedaban en una situación análoga o asimilable a los edificios calificados como fuera de ordenación, cuando no se ejercitaba la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística⁷⁵.

4.1.1.- DETERMINACIÓN LEGAL DE EDIFICIO FUERA DE ORDENACIÓN.

En lo concerniente a la calificación de edificio fuera de ordenación, o la desordenación de un edificio, como se ha llegado a denominar, lo primero que cabe señalar es que la misma no implica automáticamente, ni su inmediata desaparición, ni su condena como bien económico social. Los

⁷⁵ STS 8 de marzo de 1986 (RJ 1986\4082); 23 de septiembre de 1986 (RJ 6083).

presupuestos que han ido trazando las sucesivas regulaciones (art. 48 LS/1956, art. 60 TRLS/1976, arts. 137, 237.2 TRLS/1992) de esta situación, pueden resumirse en la exigencia de que la edificación hubiera sido erigida legalmente⁷⁶ y en la existencia de una modificación de un plan urbanístico, que al establecer una nueva ordenación distinta a la anterior, hace incompatible la edificación existente con sus previsiones, siendo la aprobación del mismo la determinante de la referida calificación.

La principal consecuencia que emana de la situación de fuera de ordenación, que nos reconduce ineludiblemente al tema de la valoración de las construcciones, es que la demolición del edificio no se produce a costa del afectado. De ese modo, si la Administración quiere lograr su derribo debe expropiar primero, o debe esperar a que se ejecute la nueva ordenación mediante la reparcelación de los terrenos, la cual conllevará la presencia de estos edificios en el reparto equitativo de beneficios y cargas, a través de la correspondiente indemnización individualizada, que correrá a cargo de todos los propietarios, quienes la deberán sufragar en función de su aprovechamiento objetivo.

En la práctica, las limitaciones en edificios fuera de ordenación han perseguido no incrementar el coste de la expropiación, o de las indemnizaciones por construcciones o usos que deben desaparecer en virtud de otro sistema de gestión urbanística, de ahí la prohibición de ejecutar obras cuya naturaleza sea de consolidación, incremento de volumen, modernización y en definitiva aumento de valor, siendo únicamente autorizables las pequeñas reparaciones que exigiere la higiene, ornato y conservación del edificio, sin que surtiera efecto jurídico alguno una posible renuncia al incremento del valor de la obra efectuada por el solicitante de la licencia, cuando el uso no fuera autorizable.

En otro sentido, cabe indicar que la circunstancia de que un edificio o local se halle fuera de ordenación no es obstáculo para otorgar una licencia de apertura, a fin de establecer en el mismo una actividad, pues una cosa es

⁷⁶ STS 6 de octubre de 1975; STS de 25 de mayo de 2011, Rec. Casación 5136/2007.

que el edificio esté fuera de ordenación y sujeto a limitaciones legales, que no se pueden desconocer⁷⁷ y otra muy diferente, que el inmueble no pueda utilizarse⁷⁸. Ahora bien, no podrá otorgarse la licencia de apertura si la actividad a implantar presupone la necesaria realización de obras de reforma, acondicionamiento o adaptación del local, no susceptibles de autorización por su naturaleza objetiva de obra de consolidación.

4.1.2.- DIFERENCIAS ENTRE EDIFICACIONES ILEGALES Y EDIFICACIONES FUERA DE ORDENACIÓN.

Las construcciones, que nacieron ya en la ilegalidad, sin licencia, e ilegalizables, en aras de determinados principios y del mencionado criterio jurisprudencial, quedaban en una situación similar a la descrita por el artículo 60 TRLS/1976, al no poder ser destruidas por haber transcurrido el plazo durante el cual la Administración pudo ordenar su demolición pero no ejercitó su poder.

Pese a ello, estos edificios –o la parte correspondiente de los mismos que no se ajustaba a la normativa urbanística- no quedaban legalizados por el transcurso del tiempo, las obras continuaban siendo ilegales, no eran susceptibles de legalización, quedando en una situación de persistencia tolerada, pero con los mismos límites del régimen de fuera de ordenación.

No obstante la posible semejanza, con posterioridad, se llegó a la conclusión de que resultaba ilógico que obras ilegales *ab initio* fueran de igual condición que las hechas legalmente, aunque con posterioridad, por modificación del planeamiento, hubieran devenido fuera de ordenación⁷⁹ y esto se tradujo en una aminoración en su tasación.

⁷⁷ STS de 23 de octubre de 1985 (RJ 6290).

⁷⁸ STS de 8 de julio de 1983 (RJ 4026); STSJCV 24 mayo 2005; TS 3 nov. 2005 RJ 7973.

⁷⁹ STS 5 de diciembre de 1987 (Arz. 9365); STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª de fecha 11 de mayo de 2000; STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de abril de 1999 (La Ley 11546/1999); STSJ de Canarias, de 24 de noviembre de 2006 (La Ley 211993/2006).

Por tanto, aquel edificio en situación de fuera de ordenación, que lo estaba por haberse erigido sin licencia y contra el planeamiento y que sólo debía su permanencia a la caducidad de las potestades administrativas de intervención, debía ser valorado en una cantidad inferior⁸⁰.

Incomprensiblemente, todo el problema de la vulneración de la legalidad, se resolvió en este único sentido. Máxime, si tenemos en cuenta, que el eufemismo de que la obra tolerada se asimila a la situación de fuera de ordenación (STS de 6 de febrero de 1991) supone en la práctica su legalización⁸¹.

Retomando el análisis de las múltiples derivaciones jurídicas de las edificaciones ilegales, en otro orden de efectos, hay que apuntar que ha habido resoluciones judiciales, como la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1999 (Art. 6983), que se plantearon que, en el supuesto de que, por pasividad de la Administración, no se pudieran ejercitar sus facultades para reaccionar contra la ilegalidad, el planificador tenía que clasificar el suelo como urbano, aunque con la libertad de dejarlo fuera de ordenación, si convenía dotarlo de una ordenación distinta a la consumada por los hechos, es decir, por el origen ilícito de la urbanización y la obra realizada sin licencia.

Como se desarrollará posteriormente, en el apartado V, de lo consignado se deduce, al poner en relación lo expuesto con el sistema de valoraciones que instaura la Ley de Suelo 8/2007, que en aplicación de la misma, no resulta posible actualmente la asimilación del valor urbanístico de la edificación ilegal, al de la edificación fuera de ordenación, ni equiparar la regulación legal a que ambas deben ajustarse, porque en la nueva Ley de Suelo, cuando se habla de la edificación ilegal, la identifica, a efectos de tasación, con el suelo urbanizado que no está edificado, es decir con el suelo vacante, tal y como establece el artículo 24.1 del RDLeg. 2/2008. De lo que se infiere

⁸⁰ STS 17 de febrero de 2000 (RJ 1951).

⁸¹ BAÑO LEÓN, José M. Derecho Urbanístico Común, pág 522.

que no se puede utilizar ninguna interpretación extensiva, o analógica, de estas diferentes realidades.

Consecuentemente, de la reciente regulación, se colige que la demolición de la construcción ilegal, levantada tras la entrada en vigor de la ley de suelo de 2007, deberá ser siempre a costa de su propietario, no de todo el conjunto de afectados por un concreto sistema de gestión de suelo, y que a los efectos legales, descritos en el art. 21 TRLS/2008, el bien crece de valor económico-urbanístico⁸².

4.2- PARTICIPACIÓN DE LAS EDIFICACIONES, QUE QUEDARON INCORPORADAS AL PATRIMONIO DE SU TITULAR, POR FALTA DE EJERCIO DE LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD, EN UN RÉGIMEN DE EQUITATIVA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS Y CARGAS DERIVADAS DEL PLANEAMIENTO.

Tras haber analizado las edificaciones ilegales desde el prisma de su equiparación, en cuanto a las valoraciones, con los edificios fuera de ordenación, se acomete ahora el tema de la patrimonialización de edificaciones ilegales, desde el punto de vista de los deberes y obligaciones inherentes a la urbanización de los terrenos donde se ubican, entrando a considerar las derivaciones jurídicas, que en orden a la asunción de los mismos se producen para sus propietarios, en función de la clase de suelo en que se sitúen las mencionadas edificaciones.

⁸² Art. 21.1 TRLS/2008 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 esta Ley cuando tengan por objeto: a) La verificación de las operaciones de reparto de beneficios y cargas u otras precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística en las que la valoración determine el contenido patrimonial de facultades o deberes propios del derecho de propiedad, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados. b) La fijación del justiprecio en la expropiación, cualquiera que sea la finalidad de ésta y la legislación que la motive. c) La fijación del precio a pagar al propietario en la venta o sustitución forzosas. d) La determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

El régimen de patrimonialización de las edificaciones ha venido establecido en diversas normas, entre las que cabe citar la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 8/1990, los artículos 23-1-d), 37.1 y la DT 5ª del TRLS/1992.

Los artículos 37 y 38 TRLS/1992 sentaron principios generales, como la no patrimonialización de las edificaciones sin licencia e incompatibles con el planeamiento, levantadas durante su vigencia, y también, la posible legalización de las no amparadas en licencia pero compatibles con el planeamiento.

La Disposición Transitoria Quinta del TRLS/2008, que recogía el régimen de las edificaciones existente, con el carácter de condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales, ha sido derogado por la Ley 8/2013, de 26 de junio.

Pese a que la Disposición Transitoria 5ª del TRLS/92 también se refería a las edificaciones situadas en suelos urbanos y en suelos urbanizables, que fueron realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable cuando se construyeron, en este apartado se va a abordar fundamentalmente el supuesto de las edificaciones respecto de las que ya no era procedente, a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, que hubieran implicado su demolición, ¿tal vez porque se suponía que a partir de esa Ley la Administración adoptaría las medidas?.

También cabe hacer hincapié en que la DT Quinta del TRLS/1992 no se refiere a edificaciones situadas en suelo no urbanizable.

Según la normativa citada, la consecuencia jurídica aplicable al supuesto determinado en párrafos anteriores, era la incorporación de estas edificaciones al patrimonio de su titular.

Ya se ha hecho mención a que el régimen de este tipo de edificaciones que venía regulado en la Disposición Transitoria Quinta, apartado primero, del RDL

1/1992, de 26 de junio⁸³, no fue derogado a la entrada en vigor de la LS 8/2007, ni por leyes anteriores y tampoco lo fue por la Sentencia del TC 61/1997. Las legislaciones autonómicas no habían declarado incompatible la consabida norma, con sus particulares normalizaciones.

Uno de los principales problemas, se planteó a la hora de esclarecer el alcance o interpretación del término “incorporación”, cuando ese suelo se sometía al régimen de actuación integrada o sistemática, debiendo participar en el reparto de beneficios y cargas de la actuación (cesión de suelos dotacionales, cesión de aprovechamiento, deber de costear la urbanización).

Ante la indeterminación de los efectos que debían producirse por la aplicación de la citada norma, la DT 5ª se ha aducido, más allá de su carácter transitorio, para fundamentar que las construcciones dotadas de servicios mínimos para su uso, tras haber transcurrido el plazo legal para su demolición, consolidaban su carácter urbano y por tanto, no estaban sometidas a obligaciones de cesión y abono de gastos de urbanización.

Incluso se ha argüido para defender, en su caso, la improcedencia del pago de una cantidad de dinero por exceso de adjudicación en las cuentas de liquidación de los proyectos de reparcelación forzosa, cuando se mantenía la edificación al ejecutarse un nuevo planeamiento.

De estas posturas, parecía desprenderse la necesidad de que ese suelo tuviera que ser categorizado por parte del planificador como urbano consolidado y las mismas respaldaban la improcedencia de las cesiones obligatorias recogidas, en su día, en el artículo 14.2 de la LS/1998 (deberes de los propietarios de suelo urbano que carezca de urbanización consolidada), que se sustentó en la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la denominada “*fuerza normativa de lo fáctico*”.

⁸³ DT Quinta, 1. *Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular.*

Además este planteamiento estuvo ligado a la posibilidad de completar la urbanización, en cuanto a los elementos que faltaran para adquirir la condición de solar, en clara alusión a lo que, en su momento, dispuso el artículo 13 de la LS/1998.

Fácilmente se puede percibir que la evolución jurisprudencial producida en esta materia, ha venido motivada por la necesidad de instituir un marco legal a una situación de ilegalidad tolerada por la Administración, cuando lo razonable hubiera sido atajar esa pasividad.

En ese marco legal se combinan parámetros tan relevantes como los que a continuación se indican, y se sistematiza las múltiples implicaciones jurídicas resultantes de la aplicación de los mismos.

Dentro de estas variables, presentes en los antecedentes fácticos de las sentencias, se encuentran las siguientes: la de la consolidación de la edificación; la de definición de solar; los supuestos de realización de obras de mejora puntuales de los servicios urbanísticos; los casos de implantación de servicios, ante el escaso o inexistente grado de urbanización real de los terrenos; la existencia o no de ordenación pormenorizada preexistente a la ejecución indebida de construcciones; la implantación de dotaciones; la inserción de la nueva actuación en la malla urbana y por último, el factor del efectivo ejercicio de la potestad de planeamiento.

De manera que, en orden a esta cuestión, del estudio analítico de las resoluciones judiciales, se constata que surgieron dos líneas jurisprudenciales, que han ido definiendo los conceptos de suelo urbano consolidado por la urbanización y suelo urbano no consolidado y concretando el régimen jurídico vinculado a los mismos, desde la perspectiva de considerar hasta qué punto la patrimonialización de la edificación ilegal ha condicionado que el propietario contraiga o no determinados deberes urbanísticos.

A) Así existe, en primer término, un perfil de sentencias que propugnan que los suelos con edificaciones consolidadas, son para siempre suelo urbano y están exentos de cualquier carga.

Se trata de una pléyade de resoluciones judiciales⁸⁴, que hacen referencia y asumen la doctrina sentada en la STS de 10 de mayo de 2000, entre las que destacan las siguientes:

* La STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo nº 481, de 17 de abril de 2003, en la que se plantea la ilegalidad de la delimitación de una unidad de ejecución, no prevista en el PGOU, mediante un Programa de Actuación Integrada. El TSJ estimó la insuficiencia del Programa de Actuación Integrada para delimitar dicho ámbito.

En esta sentencia, se invocó por la parte recurrente la patrimonialización de sus propiedades, que contaban con edificaciones consolidadas y estaban dotadas de todos los servicios urbanísticos. Y en este punto la Sala entendió, que carecía de sentido el hecho de someter solares ya edificados, y respecto de los que se ha patrimonializado -por tanto- el aprovechamiento (conforme a la DT 5ª TRLS/1992), al régimen del Programa de Actuación Integrada, pues el cumplimiento de los objetivos y fines de la institución, no guardan relación con la condición previa de solares edificados. Por tanto no debían participar en las cesiones para la adquisición gratuita por la Administración de los elementos señalados, por ejemplo, en el artículo 30 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre de la Generalidad Valenciana, (aplicable en ese momento).

⁸⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1761/2002, de fecha 30 de diciembre, recaída en el recurso nº 1925/98, que cita, a su vez, la de 2 de febrero de 2001.
STJ de la Comunidad Valenciana núm. 209/2003, de fecha 3 de febrero, que contiene referencias a la de 28 de noviembre de 2002.
STJ de la Comunidad Valenciana, de fecha 3 de marzo de 2003, recurso contencioso administrativo nº 4148/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.
STJ de la Comunidad Valenciana núm. 1253/2004, de fecha 9 de septiembre.

Se mantuvo, que de no considerarse en este sentido, se produciría la incardinación de un terreno, cuya calificación y clasificación ya está predeterminada, en un proceso transformativo que le es ajeno y sin otra finalidad -puesto que no iba a adquirir una condición de solar que ya ostentaba- que la de hacerle participar en mecanismos de equidistribución de cargas y participación pública en las plusvalías urbanísticas, a los que no venía ni legal, ni conceptualmente, obligado, pues había patrimonializado las facultades urbanísticas en su totalidad -con el consecuente aprovechamiento- y no resultaba particularmente beneficiado por una acción urbanística, que no transformaba su terreno en solar.

La aludida resolución judicial incide en la consecuencia de que no es pertinente la inclusión en la unidad de ejecución de las parcelas que no precisan de actuación alguna para convertirse en solares, por no verse afectadas en su consolidación como tales solares por la acción urbanística.

Como se ha indicado antes, aunque el supuesto de hecho no era exactamente el mismo, la sentencia anterior hace referencia a la del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2000, que reconocía la existencia de normativa que permitía actuar sistemáticamente en suelo urbano por unidades de actuación y a cargo de los propietarios, pero que no autorizaba a exigir a éstos, que ya cedieron y costearon la urbanización (se trataba de urbanizaciones terminadas y recepcionadas por el Ayuntamiento, en suelo urbano), mejoras y reformas sucesivas y reiteradas, a modo de "urbanización inacabable", es decir, mediante la imposición de actuaciones de mejora de servicios que no responden a nuevas concepciones globales urbanísticas (v. gr. de reforma interior), sino a cambios y mejoras puntuales de servicios urbanísticos, como los de energía eléctrica, suministro de agua, evacuación de residuales, etc. Y, en este contexto había que entender la referencia al artículo 14.1 Ley 6/1998, de 13 de abril, Régimen del Suelo y Valoraciones, cuando dicha sentencia expresa: *"en el bien entendido de que ese <<alcanzar la condición de solar>> sólo se produce una vez, y que, a partir de entonces, el suelo es ya para siempre suelo urbano consolidado"*

B) En otra línea, se encuentran las sentencias que interpretan, o de las que cabe extraer la consecuencia de que el alcance de la DT 5ª TRLS/1992 se circunscribe estrictamente a efectos de valoraciones. Consecuentemente, la patrimonialización hace referencia únicamente a la necesidad de preservar los derechos de los propietarios a percibir un valor económico por las construcciones. Así por ejemplo, dicho valor debía ser contemplado, en la correspondiente cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación, cuando se establecía este instrumento de gestión, pese a que fueron erigidas vulnerando la legalidad.

* En la sentencia del TS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6464), la impugnación de la sentencia de instancia partía del supuesto fáctico de la existencia de un Plan Especial de Ordenación, que incorporaba al proceso de distribución de beneficios y cargas un aprovechamiento ya patrimonializado u obtenido, unas fincas que ya estaban ordenadas y edificadas, para interesar su exclusión del ámbito de la unidad de actuación. En apoyo de dicha pretensión se invocó que se había infringido el régimen de patrimonialización de las edificaciones, contenido en la DT 5ª, art. 23-1-d) y 37.1 del TRLS/1992 y el art. 167.3 del DL 1/90, de 12 de julio. Subsidiariamente solicitó la recurrente en casación el reconocimiento a ser indemnizada por la restricción de aprovechamiento que se derivó del Plan Especial.

Ya la sentencia de instancia, dictada por el TSJ de Cataluña, dejó sentado el error del que partía el demandante, al considerar que, por el hecho de haber incorporado a su patrimonio los edificios ilegales, puesto que se construyeron sin cumplir los deberes de cesión, equidistribución y urbanización, estaban exentos de toda carga u obligación urbanística, en relación con el sector donde se ubicaban, en cuyo seno era factible conseguir una justa distribución de beneficios y cargas entre los propietarios afectados. Estimó que la DT5ª TRLS/1992 si bien entendía patrimonializadas las edificaciones ya existentes cuando entró en vigor la Ley 8/90, en modo alguno eximía de los deberes legales propios del suelo urbano.

Reconoció el derecho del propietario a que la adjudicación resultante de la reparcelación, se materializara en los mismos terrenos donde se ubicaban las edificaciones, de conformidad con los arts. 89 y 90 del RGU de 1978.

Y en cuanto a la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración, estableció que únicamente procedería en los supuestos en que se impusieran vinculaciones o limitaciones singulares, que comportaran una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo, que no pudiera ser objeto de distribución equitativa entre los interesados.

El Tribunal Supremo, por su parte, desestimó el recurso de casación, al considerar que de la DT 5ª TRLS/1992 no se deducía, en absoluto, que las fincas edificadas no pudieran entrar nunca en una nueva Unidad de Actuación para ejecutar otras previsiones urbanísticas, siendo ello contrario a lo que disponen los arts. 99.3 TRLS/1976 y 89 y 90 del RGU. La lógica de dicha conclusión la extrajo el órgano judicial de la evidencia de que, en otro caso, la existencia de edificaciones impediría hasta lo incomprensible la efectividad de nuevas normas y nuevas previsiones urbanísticas. Así que la DT 5ª no podía entenderse tal y como lo hizo la parte recurrente. Destacó que también las edificaciones a que se refieren los artículos 99.3 TRLS/1976 y 89.1 RGU están incorporadas al patrimonio de sus titulares, pese a lo cual son incluidas en polígonos o unidades de actuación.

De los antecedente de hecho se constató que la acción urbanizadora produjo unos innegables beneficios a los propietarios, al proporcionarles o mejorarles viales, espacios libres, zonas verdes, servicios y dotaciones públicas que justificaban, en base al principio de equidistribución, la inclusión del terreno edificado en la unidad de actuación. Igualmente incidió en que esta última afirmación se debía mantener incluso para el caso de ejecución de un plan que otorgara al suelo edificado un aprovechamiento urbanístico menor que el anterior, sin perjuicio de que en tal caso pudiera entrar en juego, si es que se dieran los requisitos para ello, el derecho a indemnización a que se refería el artículo 237-1 TR LS/1992.

En los fundamentos de derecho de la referida sentencia se precisó, que en ese supuesto el Plan Especial reconocía al propietario un aprovechamiento superior al que ya tenía patrimonializado, aunque inferior al que otorgaba a su terreno el Plan General. Pero afirmó que el aprovechamiento del Plan General nunca fue patrimonializado por el propietario, ya que, según el art. 237 en relación con el 26 de la TRLS/1992, para ello hubiera sido necesario el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados por el planeamiento, cosa que no había ocurrido en dicho supuesto.

Es evidente que esta última afirmación está más en consonancia con la regulación establecida en la LS 8/2007, que no reconoce al propietario la edificabilidad si no se ha materializado legalmente, mediante el cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas, precisamente por no producirse ninguna alteración en el estatuto legal del propietario.

* Con el mismo perfil, se reseñan la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de abril de 2003, relativa a un suelo urbano consolidado por la edificación, en la que se estableció que la patrimonialización de la edificación amparada en la previsión de la DT 5ª no justificaba, sin más, su exclusión de las cargas urbanísticas cuando carecía de los servicios urbanísticos suficientes y completos y las SSTSJ de la Comunidad Valenciana N° 1254/04, de 24 de septiembre de 2004 y la N° 764/2009, 15 de mayo de 2009. Esta última determinó que interpretar, como pretendía la actora, la Disposición Transitoria 5ª TRLS/1992 equivalía a que la Administración cargara con las cesiones de quienes edificaron ilegalmente antes del planeamiento, haciéndoles de mejor derecho que quienes lo hacen tras la aprobación del mismo.

* Por su parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de 15 de enero de 2004 (N° 12/2004), en lo que ha este estudio concierne, abordó la impugnación de la delimitación de unidades de ejecución en suelo urbano e inclusión de una edificación consolidada en las mismas, cuando se trataba de un solar que

contaba con todos los servicios urbanísticos necesarios. Se alegó también la vulneración del principio de equidistribución.

Respecto del suelo urbano no consolidado determinó, que éste tenía como característica fundamental, o requisito indispensable, la consolidación por la edificación levantada de forma ilegal. Y en cuanto a la patrimonialización de la edificación existente, concluyó que de ella no podía derivarse que se concibieran cumplidos cuantos deberes urbanísticos determinan la adquisición gradual de facultades integradas en la propiedad urbana.

* La STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de 15 de octubre de 2004 (Nº 1393/2004), en lo atinente a la cuestión planteada por la actora, la cual mantuvo que la patrimonialización de la edificación conllevaba, en definitiva, la concepción del suelo como solar, sin obligaciones cesionales, ni urbanizadoras, consideró que tal conclusión no se podía extraer de la DT 5ª TRLS/1992, dictaminando que, una cosa es la materialización del derecho a la edificación y, otra, que este se haya “antepuesto”, de alguna manera, a los “estatus” previos (el cumplimiento de las sucesivas obligaciones determina la adquisición de las subsiguientes facultades urbanísticas, hasta la culminación del proceso con la realización de la construcción o materialización de la edificabilidad).

Esta resolución judicial advirtió que, con carácter general, los Programas se vinculan al suelo urbanizable, pero también eran procedentes en suelo urbano y en esta clase de suelo, su finalidad no era tanto la transformación urbanística del terreno, sino la imposición, a los propietarios de esta clase de suelo, del cumplimiento forzoso de sus obligaciones urbanísticas y hacer posible la conclusión de la urbanización pendiente en plazos ciertos.

Como premisas a sus razonamientos señaló que el ordenamiento urbanístico se rige por dos principios fundamentales: la configuración del derecho de propiedad como un derecho estatutario y el reparto equitativo de los beneficios y cargas del planeamiento.

Y así, continuó afirmando, en el fundamento de derecho tercero, que la clasificación del suelo como urbano, no hacía más que testimoniar la proliferación de edificaciones clandestinas en el mismo. La clasificación como suelo urbano derivaba, por tanto, de la consolidación de la edificación, no obstante quedó patente que, ni se trataba de parcelas debidamente conformadas, ni desde luego, contaban con los servicios que les debían dar la condición de solar; indicó que tampoco estaban ejecutadas las obras de integración y conexión de la actuación con su entorno territorial.

A efectos del régimen de derechos y obligaciones de los propietarios, determinó que había que diferenciar el suelo urbano con urbanización consolidada, del suelo urbano no consolidado, el cual, insistió, tiene como requisito indispensable la consolidación por la edificación. En su argumentación expuso que el suelo urbano con urbanización consolidada es una realidad física existente, pero, además, tal conceptualización ha de implicar necesariamente un juicio del planificador sobre la consolidación, juicio éste que tiene su "regla-guía" en el modelo asumido por cada ordenación (por cada planeamiento), pues lo contrario supondría limitarse al mantenimiento de un determinado status-quo (contrario a la evolución urbana). En tal sentido sostuvo que el juicio de consolidación no era, pues, retrospectivo y reglado desde la realidad física dada, sino que es más bien "prospectivo", si bien a partir y sobre dicha realidad. Lo que significa que la clasificación puede operar, en su caso, a pesar y en contra de ésta (por ser la "reurbanización" necesaria al modelo asumido y, por tanto, no poder tenerse la existente por "urbanización consolidada" a tales efectos, lo que nada dice sobre los derechos de los propietarios afectados).

* De forma similar se pronunció la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 133/2007, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2007. Aquí, la cuestión de fondo se centró en la pretensión de que se declarara, respecto de un inmueble ubicado en suelo urbano, su condición legal de solar edificado y que la edificación estaba patrimonializada, con la consecuencia de su imposibilidad de inclusión en

procedimiento reparcelatorio alguno, del que pudieran derivarse la imposición de nuevas cesiones dotacionales. La previa programación de la actuación integrada, fue delimitada por un plan especial de protección y reforma interior. La fundamentación jurídica de lo interesado era, de nuevo, la DT 5ª del RDL 1/1992. En el planeamiento de desarrollo del PGOU, el inmueble se calificó como “uso dotacional, servicio público”, de lo que dimanaba la incompatibilidad del mantenimiento del edificio.

En los fundamentos de derecho de la sentencia se hizo constar que la patrimonialización de la edificación, por aplicación de la DT 5ª TRLS/1992, sin perjuicio de los correspondientes derechos indemnizatorios derivados de su situación “fuera de ordenación”, no impedían el ejercicio por la Administración del *ius variandi* siempre que su decisión discrecional respondiera a la mejora del planeamiento y fuera motivada. Por tanto, declaró inaplicable el criterio sostenido por la recurrente, porque la calificación del suelo hacía incompatible la edificación con el nuevo planeamiento, estimando que la edificación quedaba en situación de fuera de ordenación y el suelo incurso en el procedimiento de equidistribución de beneficios y cargas.

Tras observar estas sentencias, lo que resulta también evidente, a la luz de las mismas, es que en el ejercicio de la *potestas variandi*, inmersa en las actuaciones de transformación urbanística, ha de justificarse el respeto al principio de equidistribución de beneficios y cargas, cuando se va a actuar mediante instrumentos como la reparcelación, pero que la existencia de edificaciones ilegales consolidadas o patrimonializadas, conforme a la normativa antes en vigor, no implicaba la dispensa de asumir los deberes legales, derivados de la transformación urbanística del suelo respecto de las mismas.

A la luz de las proposiciones que se plantean en esta tesis, se puede apreciar la falta de armonización de la legislación, de la jurisprudencia y de la práctica administrativa en torno a estas edificaciones.

4.3.- MATERIALIZACIÓN DE LA EDIFICABILIDAD TRAS LA INTEGRACIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN EL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.

Avanzando en esa transformación que sufren los terrenos, hasta que los mismos son susceptibles de albergar una edificación sobre ellos, se llega a la fase en la que se da una naturaleza material a la facultad de edificar. Existe un deber de uso del suelo urbanizado y la obligación de edificar en el plazo legal (art. 179 LOTUP).

Estamos ya en uno de los últimos estadios o aspectos de la adquisición del aprovechamiento urbanístico.

Como se ha analizado, los presupuestos del proceso que culmina con la edificación afectan, por un lado, a la situación física y jurídica del suelo (existencia de planeamiento que establezca la ordenación pormenorizada, esto es, usos permitidos y compatibles, observancia de parámetros de parcela mínima y ocupación máxima, alturas, etc.; aprobación de un Programa de Actuación Urbanística; configuración física de una parcela como solar) y por otro, a la obtención en plazo de autorización de la Administración autonómica, en su caso, y de licencia⁸⁵ y adecuación de la edificación a la misma, así como a las ordenanzas municipales.

Cuando se trata de construir en suelo no urbanizable, uno de los postulados es la necesaria obtención de la Declaración de Interés Comunitario (DIC), la

⁸⁵ Art. 178.1 TRLS/1976, Art. 1 RDU, Art. 191 LUV; 200 y ss LOTUP; Este trabajo se centra en la licencia de obras, que es un acto de carácter reglado, en el que no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración en su otorgamiento y que debe ser objeto de publicación. El incumplimiento de las condiciones de ejecución en plazo de la obra provocan la caducidad de la licencia, que ha de ser declarada en acto expreso, previo el correspondiente procedimiento, en el que se debe dar audiencia al interesado, emitir los informes pertinentes y las circunstancias concurrentes para estimar procedente la extinción de la licencia (Art 178 TRLS/1976 y 8.1.b) TRLS/2008). El procedimiento de otorgamiento de licencias de obras se reguló en el RSCL de 17 de junio de 1955, pero en la actualidad corresponde a las CCAA y de este modo, las leyes autonómicas, han respetado la competencia del municipio para autorizar la edificación, lo que remite a su vez a la legislación de régimen local. La licencia sólo acredita la conformidad de un proyecto de obras con la ordenación urbanística, de modo que si se transmite el inmueble, salvo manifestación expresa en contrario, no se transfiere la licencia al nuevo propietario (Art. 13 RSCL).

cual no excluye la necesidad de que se otorgue la licencia municipal de obras.

Esto pone de manifiesto que debe ser la Administración la que marque las condiciones y ritmos de edificación⁸⁶, puesto que como decimos, no puede quedar a voluntad y conveniencia de cada propietario definir su derecho de propiedad y construir donde y cuando le venga en gana, desconociendo las exigencias urbanísticas y medioambientales aplicables.

Respecto de esto se podría considerar que el Estado también puede intervenir en la regulación del mercado de vivienda evitando, dependiendo de cuales fueran las coyunturas socio-económicas, retenciones especulativas de suelo u ofertas masivas de viviendas, si consideramos que este tipo de ajustes temporales encajan en el concepto material de bases de ordenación de la economía.

En este punto es fundamental la difusión de las determinaciones de los planes, a fin de que las mismas lleguen de forma comprensible al ciudadano (Art. 11.1 y DA novena TRLS/2008), la coordinación entre la organización catastral y el registro de la propiedad, o el uso de la cédula de información urbanística y en definitiva, la aplicación de cuantos medios de información puedan ofrecerse para conseguir que la legalidad sea observada por todos.

Como se ha venido señalando, la locución "edificación ilegal", además de ir reflejando cuanto se ha expuesto, se utilizará tanto para referirse a aquellas obras, edificaciones, construcciones, instalaciones, etc. realizadas sin licencia, como a aquellas que, aún contando con actos administrativos legitimadores, se realicen en disconformidad con los mismos o con la ordenación territorial y urbanística.

⁸⁶ DOMINGO ZABALLOS, Manuel J., "El deber de edificar y las consecuencias de su incumplimiento en la Ley de Suelo-2007. Incidencia sobre la legislación urbanística valenciana". Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, Madrid 2008, pág 163-192.

Esta expresión delata a primera vista que se ha invertido el proceso de desarrollo urbano, produciéndose un incumplimiento de los deberes inherentes a las actuaciones de transformación urbanística del suelo. Por otro lado, en caso de que exista una licencia que contraviene normas urbanísticas, se tratará el tema de su anulación, bien por la propia Administración, de oficio o al resolver un recurso administrativo, bien en virtud de sentencia judicial.

Para completar la sistemática de este trabajo es por tanto necesario describir los conceptos que se desarrollan en los siguientes subapartados, en cuanto que contribuyen a la comprensión del objeto de estudio.

4.4.- DECLARACIÓN DE CONFORMIDAD A DERECHO DEL PROYECTO DE OBRA DE EDIFICACIÓN. LA LICENCIA DE OBRAS DE NUEVA PLANTA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN DE SUELO.

La intervención administrativa en la actividad constructiva, fue concebida como uno de los casos más antiguos de actuación del Poder Público sobre las facultades dominicales, concebidas como integrantes del contenido del derecho de propiedad del suelo de forma natural.

Si bien no se puede desconocer que la licencia es una medida típica de intervención a priori, para determinar la legalidad o ilegalidad de un edificio, es fundamental constatar, a efectos de estimar su incorporación al patrimonio del titular del suelo, que el mismo se ha construido previo otorgamiento de una licencia de obras y sujeción a la misma. Por tanto, este dato será igualmente básico para determinar el supuesto de hecho que justifica el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad.

Lo significativo a estos efectos es que el control de los actos de edificación, a través de la licencia de obras, no implica, en sí mismo, un modo de adquisición o acto constitutivo de un supuesto *ius aedificandi*, sino la mera

declaración de conformidad a Derecho del ejercicio de una facultad, en un caso concreto⁸⁷.

Existen múltiples supuestos en los que puede producirse responsabilidad administrativa extracontractual en relación con las licencias⁸⁸: por otorgamiento de licencias ilegales, que son impugnadas o revisadas de oficio, dando lugar finalmente a su anulación; por demora injustificada en su otorgamiento; por denegación improcedente; por suspensión ilegal de los efectos de una licencia.

En otros casos, en el campo de la responsabilidad patrimonial, se ha podido llegar a apreciar la concurrencia de la *exceptio doli*, en conexión con el principio de que la ignorancia de las normas y del planeamiento es inexcusable, y también con el deber de cumplimiento de los planes que incumbe, no sólo a la Administración, sino también a los administrados.

Esto ha podido conducir a la exoneración de responsabilidad de la Administración. Ahora bien, no parece muy razonable que se pueda inducir error a la Administración, por parte del peticionario de licencia, que es consciente de la ilegalidad del proyecto y en consecuencia no apreciar responsabilidad patrimonial de la misma, teniendo en cuenta que la Administración dispone de medios técnicos suficientes para examinar el proyecto de obra.

Actualmente, la intervención administrativa de los actos de edificación se contiene en el vigente artículo 9, apartados 7, 8 y 9 del TRLS/2008 (art. 11 RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que entro en vigor cuando ya estaba esta tesis depositada para su evaluación y defensa).

⁸⁷ STS de 7 de octubre de 1988 (RJ 744).

⁸⁸ Art. 232 TRLS/1976: enmarca el supuesto en la teoría general de la responsabilidad de la Administración.

4.5.- EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LA SOLICITUD DE LICENCIA DE OBRAS. LICENCIA CONTRA LEGEM. NECESIDAD DE INICIAR DIRECTAMENTE EL PROCEDIMIENTO DE RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA SIN PREVIA REVISIÓN DE OFICIO DE UN POSIBLE ACTO PRESUNTO.

Este es un tema en torno al cual se ha desplegado una importante labor de ajuste respecto de su sustantividad y consecuencias, pero que en el campo de la inactividad administrativa en el ejercicio de restablecimiento de la legalidad poca ha sido la aportación, debido a que tanto si se estima que el sentido del silencio es negativo, como cuando éste sea positivo, pero en el fondo se vulnera la legalidad, las consecuencias derivadas de la falta de ejercicio de la potestad serán iguales en ambos casos. No obstante conviene desarrollarlo, por las implicaciones que siguen aún latentes.

4.5.1.- NATURALEZA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y REGULACIONES LEGALES.

Las consecuencias jurídicas que se han venido aplicando en torno a esta institución administrativa resultan también esclarecedoras respecto de las distintas configuraciones surgidas en torno al derecho de propiedad del suelo.

Dentro del régimen jurídico vigente de las licencias urbanísticas, se van a destacar los criterios jurisprudenciales que interpretan y especifican el alcance de la legislación existente en torno a la licencia de obras de nueva planta.

En esta materia también incurren cuestiones controvertidas, esencialmente la posible colisión de normas estatales y autonómicas, pero igualmente otras, como son la relativa a la necesidad de comprobar si los proyectos de obra se refieren a un terreno que reúna las características de solar, etc.

Es necesario reparar de nuevo, en el hecho de que nos encontramos frente a una materia netamente urbanística y por tanto de clara competencia autonómica, pero en ella inciden instituciones cuya regulación exclusiva

corresponde al poder legislativo del Estado, como las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana (Art. 149.1.1 CE) y las reglas comunes del procedimiento administrativo (Art. 149.1.18).

No hay que olvidar que la Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional puso de manifiesto que la configuración de una facultad del derecho de propiedad del suelo, la de edificar, con carácter temporal, sometida a plazo y en el que la dimensión del tiempo constituye un elemento determinante al servicio, en última instancia, de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y para luchar contra la especulación, encaja en las referidas condiciones básicas a las que alude el artículo 149.1.1º de la CE.

Por otro lado, la competencia estatal exclusiva sobre procedimiento administrativo común comprende el modo de producción de los actos administrativos y por tanto el silencio administrativo, cuya regulación en la Ley estatal es de aplicación plena y directa en todo el territorio nacional⁸⁹

En general, lo importante en torno al silencio administrativo, entendido, en este caso, como la solución planteada al supuesto de que la Administración no conteste expresamente una solicitud de licencia de obras formulada por un interesado, una vez transcurridos los plazos para resolver, es atribuir un valor a esa actitud, para poder provocar la existencia de un acto administrativo, permitiendo que el interesado entonces acuda a la jurisdicción contenciosa, dado el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo, en el que se ha considerado tradicionalmente que lo se impugna es un acto administrativo⁹⁰. Veremos más adelante que la

⁸⁹ STC 227/88 y 23/93.

⁹⁰ AYALA MUÑOZ y OTROS. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*. THOMSON ARANZADI, 2008.

AYUSO RUIZ-TOLEDO, Mariano, *El silencio administrativo en materia de urbanismo: planes, programas, proyectos de reparcelación y licencias. La documentación del acto ficticio en el ámbito extrajudicial*. En Curso Práctico de Derecho Urbanístico Valenciano, Editorial TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2006, pág 113.

inactividad administrativa también es objeto de recurso contencioso-administrativo.

Cuando el silencio es negativo, el particular puede recurrir contra el acto presunto –mera ficción jurídica-, que se produce por el solo transcurso del tiempo determinado desde que presentó su petición. Si el silencio es positivo, el peticionario no tendrá interés en recurrir, puesto que ha obtenido la licencia de obras, sin perjuicio de que pueda hacerlo un tercero que tenga intereses contrapuestos. Como es sabido, en la vigente normativa el silencio opera automáticamente y se suprime la certificación de acto presunto.

En el ámbito del derecho positivo, el silencio administrativo ha de abordarse desde la perspectiva de la legislación estatal (art. 42 a 44 de la L30/1992 y la reforma operada por la Ley 4/99) y luego conectarla con la legislación autonómica (concretamente, en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Valenciana: DA Cuarta de la LRAU; Art. 196 de la LUV; artículos 206, 223 LOTUP).

Como es sabido, la primera redacción de los artículos 42 a 44 de la LRJPAC fue tan ambigua y complicada que hizo necesaria su rectificación, acometida por la Ley 4/1999⁹¹. Respecto del sistema instaurado tras la reforma de 1999, cabe indicar que en los procedimientos iniciados a instancia del interesado, como el de solicitud de licencia de obras, el sentido del silencio es, como regla general, positivo (Art. 43.2 LRJPAC), salvo que exista

⁹¹ En la originaria regulación del silencio administrativo en la Ley 30/92, se fijó la regla general del silencio positivo, con algunas salvedades en sentido desestimatorio, como el supuesto de que por la normativa legal y reglamentaria se determinara expresamente que era negativo.

Así mismo, el efecto del silencio podía neutralizarse, mediante acto expreso contrario de la Administración, dictado dentro de los veinte días siguientes a la fecha de la solicitud de certificación de acto presunto, hecho este que hace difícil entender que originariamente la Ley 30/92 hubiera implantado propiamente el régimen del silencio positivo.

La naturaleza del silencio positivo es la de un verdadero acto declarativo de derechos finalizador del procedimiento administrativo. No obstante, la producción del silencio no exime a la Administración de su obligación de resolver, pero, si esa resolución es posterior a la producción del silencio positivo, sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo (art. 43.4.a).LRJPAC).

norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo que establezca expresamente y por excepción a dicha regla general un sentido desestimatorio de la petición deducida en la solicitud.

Por tanto, hay que hacer hincapié en que, tras la reforma, los posibles casos de acto administrativo presunto negativo sólo pueden contenerse en una norma con rango de Ley, (no por normativa reglamentaria, como puede ser un plan urbanístico) o Derecho Comunitario Europeo.

El instituto del silencio administrativo es una figura jurídica que se ha vinculado, al igual que la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, estrechamente al principio constitucional de la seguridad jurídica (Art. 9.3 CE), por lo que, en consecuencia, cualquier limitación a la producción del silencio, ya sea por dilación en el inicio del cómputo del plazo, como prórroga del mismo, debe de ser interpretada con carácter restrictivo, puesto que se trataría de una constricción de ese principio general, si bien la aplicación de este principio en el ámbito de la licencia de obra y respecto de la vertiente positiva del silencio se ha de matizar considerablemente, como se explicará a continuación.

Se ha mantenido que la falta de regulación del silencio conllevaría una limitación del derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva, puesto que es a través del mecanismo del silencio administrativo como históricamente se ha venido posibilitando la misma en los supuestos de inacción administrativa. Actualmente la inactividad, como se ha mencionado, puede ser susceptible de recurso contencioso administrativo al amparo de lo dispuesto en el artículo 29 LJCA.

Todas estas descripciones se vierten con el objetivo de dilucidar si el sentido que se otorgue al silencio administrativo en materia de licencias favorece, o por el contrario previene la aparición de obras ilegales de nueva planta. Al respecto se puede concluir que, cualquiera que fuera el sentido que se diera al silencio administrativo, si no se llega a ejercitar la potestad de restablecimiento de la legalidad, a la postre las consecuencias serán idénticas, esto es, la pervivencia de la edificación ilegal.

4.5.2.- IMPLICACIONES PARTICULARES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LA SOLICITUD DE LICENCIA DE OBRAS.

Una cuestión previa y esencial para estimar si la licencia de obras puede ser adquirida por silencio administrativo positivo, es determinar si las licencias en general pudieran estar suspendidas por la presentación de instrumentos de planeamiento y de desarrollo de los mismos al momento de la solicitud particular.

En la legislación autonómica Valenciana, los artículos 48 y 57 de la LRAU, 157 RPCV, el art. 101.8 LUV y los artículos 64 y 65 LOTUP, han venido regulando esta cuestión, que quedó esclarecida en el sentido de que la resolución por la que se convocaba el periodo de información pública de los planes, hacía surtir el efecto suspensivo de licencias, por ser equiparable a la aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento, que estableció la legislación estatal. Así, era el acuerdo municipal y su publicación el que determina la suspensión de licencias y no la iniciativa particular de promover un programa de actuación integrada por gestión indirecta, que incorporaba el planeamiento en su alternativa técnica.

Enlazado con este asunto hay que traer a colación el relativo a cuándo debe levantarse la suspensión, que también ha suscitado controversias. El artículo 101.3 de la LUV determinó, como regla general, que la suspensión se extinguiría, en todo caso, en el plazo de un año; igualmente se preveía una indemnización a favor de los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la suspensión, en los términos del apartado 6º de dicho artículo. La legislación autonómica vigente establece que la suspensión tendrá una duración máxima de dos años.

Otro de los problemas que pueden surgir en la práctica, es el de establecer cuál será el contenido real del acto administrativo presunto, la delimitación, extensión del contenido de la licencia otorgada por silencio positivo. A esto se ha dado respuesta, aduciendo que dicho contenido ha de coincidir con lo solicitado por el particular, en base a un proyecto específico.

Ahora bien, como ha venido concretando la normativa urbanística, para que se inicie el cómputo del plazo del silencio, la petición de licencia de obras ha de ir acompañada de proyecto técnico, pero no es necesario que se presente proyecto de ejecución (DA 4ª apartado 4º LRAU)⁹². Esto en la práctica podría generar también dificultades.

Distinto aspecto a analizar, es el relativo a las consecuencias que tiene una resolución administrativa tardía o posterior, un acto administrativo expreso, que vaya contra los efectos de una autorización de obras adquirida por silencio administrativo positivo, en procedimiento, claro está, iniciado por solicitud del interesado. Como ya se ha apuntado, siguiendo la teoría general de la institución que nos ocupa, no se puede dictar una resolución de este tipo puesto que, originado el silencio administrativo positivo, el procedimiento administrativo de otorgamiento de licencia edificatoria ha finalizado y se ha producido un verdadero acto administrativo eficaz. Lo único que cabe entonces, es que la Administración revise de oficio la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, pudiendo adoptar como medida cautelar la suspensión de dicha licencia.

Quizás, detectados los múltiples problemas que se suscitan en torno a esta materia, sería más oportuno y eficaz establecer, como regla general, el carácter negativo del silencio, retomando la interpretación legal que hizo el texto de 1958 (Art 94). Máxime cuando muchas edificaciones ilegales se han levantado al amparo de este instituto, al considerar que se disponía de licencia, cuando se solicitó y la Administración no resolvió expresamente esa solicitud.

4.5.3.- LICENCIAS CONTRA LEGEM.

Estrechamente vinculado a este asunto, se halla el de determinar los efectos jurídicos de disposiciones que han exceptuado la estimación de solicitudes de licencias cuando su contenido era constitutivo de contravención grave y manifiesta de la Ley, o de la ordenación urbanística.

⁹² STSJCV 1487/2002, de 4 de noviembre, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1/2002; STSJCV de 3 de mayo de 2005 (JUR 163949).

En lo atinente a este planteamiento, se han producido diversos posicionamientos doctrinales en torno al carácter positivo o negativo del silencio administrativo en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas, debido a las dificultades interpretativas derivadas de la aplicación de normas jurídicas emanadas de diferentes poderes legislativos. En el supuesto de que el acto presunto llegara a existir, cabe examinar si la licencia *contra legem* podría adquirirse y, a partir de ahí, se construyen las dos interpretaciones que seguidamente se analizan.

Lástima que la satisfacción de estas exigencias estructurales no haya sido completa puesto que, insisto, si finalmente no se ejerce la potestad de restablecimiento de la legalidad todo el sistema se reconduce a la misma realidad, la permanencia de la edificación ilegal.

A) Una interpretación jurisprudencial,⁹³ reflejada en sentencias anteriores a la vigencia de la Ley 4/1999⁹⁴, pero que también emanó en resoluciones judiciales posteriores a esa fecha⁹⁵, consideró que en atención a la primacía del interés general, del principio de legalidad urbanística y a diversa normativa sectorial de suelo estatal y autonómica, en ningún caso se entenderían adquiridas por silencio administrativo positivo licencias en contra de la Ley, el planeamiento urbanístico y ordenanzas municipales, pues por silencio positivo sólo pueden adquirirse facultades conforme al ordenamiento

⁹³ Esta postura ha sido la mantenida por autores como L. PAREJO ALFONSO.

⁹⁴ STS de 2 de febrero de 1998 (Rec. apelación 471/1992, RJ 854); STS 2 de noviembre de 1999 (RJ8478); STS 31 de enero de 2000 (RJ582); STS 10 de marzo de 2000 (RJ 3673); STS 7 de abril de 2000 (RJ 4019); STS 12 de julio de 2000 (RJ 6967); STS 10 de julio de 2001 (RJ 6792); STS 30 de enero de 2002 (RJ 2223); STS 15 de octubre de 2002 (RJ9377); STS 21 de diciembre de 2002 (RJ 2003/ 231); STS 17 de noviembre de 2003 (RJ 2004,27); STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2268), en esta sentencia expresamente se indica que no es aplicable al caso de autos la Ley 30/92 y que no basta con el transcurso de los plazos del Art. 9 RSCL, sino que, además, ha de indagarse acerca de su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación.

⁹⁵ STS 28 de octubre de 2005 (RJ8303); STS de 3 de noviembre de 2005 (RJ7973); STS de 17 de octubre de 2007, FJ 9º (RJ 7327).

jurídico⁹⁶. Se negaba de este modo la posibilidad de obtener por silencio administrativo licencias *contra legem*, incluso después de la reforma de la Ley 30/92.

Según este planteamiento deben cumplirse tanto las prescripciones formales, como el elemento sustantivo, que implica que la licencia se ajuste a la ordenación urbanística aplicable, esto es, se adecue al concreto planeamiento. Así, una resolución expresa tardía, acorde con la legalidad y el planeamiento, no vendría a revisar un acto presunto anterior contrario a la misma y al ordenamiento jurídico, porque el que solicitó licencia para construir algo ilegal, en ningún caso la habría obtenido. El ulterior acto denegatorio de la licencia, por tanto, no sería revocatorio de derechos subjetivos del peticionario, pues tales derechos no habrían llegado a ser adquiridos.

Curiosamente, ante este planteamiento se ha llegado a advertir, como si la práctica general no debiera ser esa, que siempre será obligado examinar el fondo del asunto, ver si los proyectos de obra se ajustan al ordenamiento urbanístico aplicable, si el terreno reúne las características de solar, pues la disconformidad de la solicitud de autorización de obras con la Ley o el planeamiento, constituye un obstáculo insalvable para la consideración del silencio positivo.

Esta doctrina invoca que éste es el sentido en base al cual se deben traducir las previsiones específicas contenidas en los artículos 178.3 TRLS/1976, 242.6 del TRLS/1992, Art. 8.1.b) TRLS/2008, actual artículo 9.7 y 5.1 del RDU, normativa especial del ordenamiento sectorial urbanístico, así como el artículo 9 del Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL) y en disposiciones autonómicas como la Adicional Cuarta de la LRAU, el artículo 196.3 LUV,⁹⁷, preceptos todos ellos

⁹⁶ Han habido sentencias que han especificado que el incumplimiento de las determinaciones urbanísticas sustantivas ha de ser grave, patente y claro para poder producir el efecto de impedir que la licencia solicitada pueda entenderse adquirida por la técnica del silencio positivo (SSTS 9 de marzo de 1985, 20 de enero de 1998).

⁹⁷ En el Art. 223 LOTUP no se refleja lo dispuesto por el 196.3 de la LUV. Art. 223 LOTUP: 1. *El vencimiento del plazo para el otorgamiento de licencias sin que se hubiese*

que en lo concerniente al silencio administrativo no podían entenderse modificados por la regulación de la Ley 30/92 llevada a cabo por Ley 4/99 y representan claramente la excepción contemplada por esta última regulación.

El propio artículo 43.2 de la Ley 30/92 excluía de los efectos positivos del silencio administrativo aquellos supuestos en que una norma con rango de Ley estableciera lo contrario, esto es admitía la excepción a la regla general. Y éste es precisamente el caso que reguló, al igual que los otros preceptos señalados, el mencionado artículo 242.6 TRLS/1992, puesto que estas disposiciones, que han consagrado el silencio negativo en materia de licencias, cuando exista contravención de la ordenación urbanística, no regulaban el régimen del silencio administrativo, sino que por Ley establecían el silencio negativo. Las vigentes leyes sectoriales urbanísticas o de suelo establecen una regla o norma especial permitida por el artículo 43.2 LRJPAC, al exceptuar de los efectos positivos del silencio unos determinados supuestos, en el bien entendido de que el efecto del silencio no lo dispone una norma reglamentaria, esto es, el instrumento de planeamiento, puesto que éste sólo determina la legalidad de la concreta actuación, mientras que el silencio negativo, materialmente, está establecido por una norma con rango formal de Ley.

Enlazado con esto, uno de los puntales básicos sobre los que gravita esta interpretación es la estimación de que las normas autonómicas de este tipo, como, en su día, la Disposición Adicional Cuarta de la LRAU, no son normas de desarrollo de competencias del Estado, plasmadas en normas básicas del Estado, ni siquiera de competencias compartidas, puesto que el urbanismo es competencia exclusiva de las CCAA. Así, según estableció la LRAU de manera genérica, el silencio es positivo en materia de urbanismo y sólo en

notificado resolución expresa legitimará al interesado que hubiese presentado la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo en los supuestos del artículo 213, c, g, l y m de esta ley. 2. El resto de licencias se entenderán desestimadas por silencio administrativo si hubiese vencido el plazo para notificar la resolución sin que la misma se haya practicado.

caso de que la contravención entre lo proyectado, al solicitar la licencia de obras, y la ordenación urbanística sea grave, terminante y manifiesto, el silencio cambia de signo, y se convierte en negativo.

En el supuesto de que se dictara una resolución administrativa que impidiera continuar con los actos de edificación, porque entendiera que no se ha obtenido la licencia, el particular podría alegar que obtuvo licencia, porque su pretensión era conforme a Derecho, pero tendría que acreditar esa concordancia. Aquí la cuestión sería establecer mecanismos para que el ciudadano, que cree obtenida la licencia, porque es conforme al ordenamiento, y edifica, pueda tener garantía de ello y que la indolencia de la Administración en este campo pudiera llegar a originar la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

En lo que incumbe a esta tesis, se puede observar que, desde esta perspectiva, tras la solicitud de licencia *contra legem*, materializada la edificación o construcción, se podría iniciar directamente el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, ya que el silencio, por ser negativo, hace que ningún auténtico acto se tenga que revisar, no existe, en definitiva, un acto real tácito denegatorio. La naturaleza del silencio negativo es la de ser una mera presunción legal.

B) Según otra línea jurisprudencial⁹⁸, respecto de las disposiciones que impiden la obtención de licencia por silencio positivo, cuando el contenido de la misma es contrario al ordenamiento urbanístico, hay que entender que la Administración, en este caso, otorga una licencia de forma errónea, al originarse un acto por silencio, debiendo proceder a la revisión de la misma, impidiendo así que el solicitante adquiriera facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden.

Incluso se sostuvo que la revisión de oficio suponía que, en todo caso, se adquiriría la licencia por silencio administrativo, ya que bastaba con que

⁹⁸ En esta línea se han pronunciado E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, GARCIA TREVIJANO GARNICA.

concurriera únicamente el requisito del transcurso de los plazos. De forma incomprensible se llegó a afirmar que la automaticidad del silencio positivo y la asimilación de sus efectos al acto expreso, conllevaban que la exigencia de conformidad a Derecho no fuera ya un requisito de existencia del acto presunto, sino un parámetro de control a posteriori del contenido de aquél.

El razonamiento utilizado por los defensores de esta tesis, que mantuvieron que era posible obtener por silencio administrativo positivo licencias contrarias al ordenamiento jurídico era el siguiente: igual que puede existir un acto administrativo expreso que otorgue facultades contrarias al ordenamiento jurídico, puede existir un acto presunto, que conceda una licencia por silencio administrativo contraviniendo el ordenamiento jurídico; si la respuesta del legislador en el caso de acto expreso, no es entender que no existe licencia, sino instar la revisión de la misma, el mismo efecto ha de producirse con el acto presunto, ya que si se identifica la naturaleza del acto expreso con la del acto presunto, los efectos tienen que ser iguales y la revisión también.

Es decir, en este caso, transcurridos los plazos para resolver y notificar la solicitud, la Administración no podría desconocer el silencio administrativo positivo y paralizar la obra, por ser contraria al planeamiento, dictando luego una resolución expresa opuesta, denegando la licencia, sin acudir a los procedimientos de revisión de oficio.⁹⁹ La Administración, por tanto, no podría ignorar los efectos de una licencia ilegal otorgada por silencio positivo, debiendo producirse su revisión de oficio (Art. 62.1.f) y 102 de la Ley 30/1992), o, en su caso, proceder a la declaración de lesividad (art. 63 y 103 de la Ley 30/1992) y posterior impugnación ante la jurisdicción contenciosa.

⁹⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana (STSJCV) núm. 117/2005, de 3 de junio; STSJCV núm.516/2006, de 27 de junio; STSJCV núm. 925/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, de 24 de noviembre, Rec. núm. 184/2006; STSJCV de 30 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, Rec. 1845/2003; STSJCV núm. 1248, de 19 de octubre de 2007 (Rec. apelación 749/2006, RJCA 2008\61); Sentencias del TSJ de Andalucía (Sala de Granada) núm.785/2005, de 30 de diciembre (RJCA 2006/223) y (Sala de Málaga) de 29 de marzo de 2007 (RJCA 479); TSJ de Navarra, sentencia 166/2008, de 25 de marzo.

Si el procedimiento de otorgamiento de licencia finalizaba una vez producido el silencio administrativo positivo, este hecho facultaba al particular para hacer valer su licencia ante cualquier Administración u otro particular. La Administración, bajo esta postura, nunca podrá dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo.

Otro de los argumentos vertidos era que, en los casos más problemáticos, la Ley directamente establece el silencio negativo, sin condicionarlo en absoluto a la legalidad o ilegalidad de lo solicitado¹⁰⁰, sin que se tenga que hacer un análisis de la solicitud de la licencia.

Lo que resulta inaudito y en extremo ineficaz es que la Administración despliegue una actuación de control de la legalidad a posteriori, con la revisión de oficio, así como del contenido que debiera tener el acto presunto y tras esto, ejercite eficazmente su potestad de dictar un acto administrativo expreso que autorice la obra.

No obstaba a este planteamiento, según pusieron de relieve sus defensores, la existencia de disposiciones que, como el artículo 178.3 TRLS/1976 o el 242.6 TRLS/1992, así como la DA Cuarta de la LRAU, determinaron que en ningún caso se entendían adquiridas por silencio administrativo positivo licencias o facultades en contra de las prescripciones de las leyes de suelo, de los Planes, Proyectos, Programas u Ordenanzas, o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística.

El contenido de estos artículos, según esta proposición, comportaba un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impidiera la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no concedían al administrado.

Fruto de lo relacionado era la observación de que estos preceptos, así analizados, eran un título habilitador, una causa de nulidad radical para

¹⁰⁰ Solicitud de licencia en relación con suelo no urbanizable, licencia de intervención en edificio catalogado o inmueble que sea de dominio público.

impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio, bien fuera a instancias de la Administración o a instancias de un particular.

Otro de los puntales que aducían, a mi entender de forma equivocada, quienes han defendido esta postura era que, durante la vigencia de normativa como la DA Cuarta de la LRAU, el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992 ya había establecido con claridad que los actos por los que se adquieren facultades o derechos, careciéndose de los requisitos indispensables para su adquisición, son nulos de pleno derecho, de lo que se infiere que, existiendo el acto, la Administración ha de proceder a su revisión de oficio, sin que sea lícito sin más desconocer la existencia del acto administrativo. Y mantenían que, en modo alguno la DA Cuarta, en su apartado tercero, suponía una derogación de los procedimientos de la L30/92, modificada por la Ley 4/99. Por tanto, según esta tesis, cuando entró en vigor la LRAU la misma era ya contraria a una Ley estatal anterior, de aplicación plena y directa en todo el territorio nacional, dictada en el ejercicio de la competencia estatal exclusiva sobre procedimiento administrativo común y no se planteó cuestión de inconstitucionalidad contra la mencionada DA 4ª de la LRAU.

Según entendió esta línea doctrinal y jurisprudencial, a la clarificación de esta cuestión de carácter jurídico, contribuyó el hecho de que disposiciones de ese tipo resultaban sobrevenidamente contrarias a la Ley 30/1992 a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/99, también de aplicación directa, porque al establecer, por ejemplo la LRAU, que las licencias no se entenderían adquiridas por silencio positivo cuando fueran ilegales, el alcance de esta disposición, interpretado a la luz de la Ley 4/99, sólo podía significar que el silencio fuera negativo. Pero para que el silencio fuera negativo, haría falta una norma con rango de Ley o de Derecho Comunitario Europeo que así lo estableciera, sin que fuera posible su consagración mediante norma reglamentaria, como son los planes urbanísticos.

Por tanto, partiendo de que la naturaleza de los instrumentos de planeamiento era la de normas jurídicas con rango reglamentario, esta tesis se sostenía en el hecho de que la norma autonómica, si bien con rango de

Ley, deslegalizaba y remitía a las determinaciones de normas reglamentarias, y al criterio del aplicador de la norma, la naturaleza del silencio.

Esto llevó a la conclusión de que el contenido de la DA 4ª de la LRAU quedó desplazado por una norma dictada en ejercicio de una competencia exclusiva del Estado, debiéndose aplicar directamente la Ley 30/1992, puesto que la norma autonómica, en absoluto, suponía una derogación de la Ley 30/92, modificada por Ley 4/99.

En el caso de la normativa Valenciana, que es la que se pone como ejemplo, ni siquiera tras la entrada en vigor de la LUV esta cuestión quedó esclarecida, puesto que su artículo 196.4 determinaba que las licencias obtenidas por acto expreso o presunto son nulas de pleno derecho cuando contravengan de modo grave y manifiesto la legislación o el planeamiento urbanístico. En definitiva de esta forma se constató que en tal caso existía una licencia, pero que era nula, debiendo proceder la Administración a su revisión de oficio ¹⁰¹. Este planteamiento se contradecía con lo preceptuado en el apartado tercero de ese mismo artículo, que establecía que el valor del silencio era negativo, que no existía licencia.

Esta discordancia suscitó de nuevo la controversia al dar cabida a la consideración de que, si el apartado tercero era manifiestamente contrario a la Ley 30/92, se había de aplicar el Art. 196.4 y exigir la revisión de oficio de la licencia ilegal. Según esto y en aplicación del artículo 5.3 LOPJ de esta forma, por vía interpretativa, se acomodaba una Ley autonómica al contenido de una Ley estatal que le vinculaba.

Precisamente, siguiendo con la normativa autonómica valenciana, esta interpretación se sustentó además en la regulación que hacía la LUV de la protección de la legalidad urbanística (Art. 219 y ss), al hablar de las obras

¹⁰¹ La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre consagra el régimen del silencio positivo incluso *contra legem*, en su artículo 172. Al silencio administrativo se refiere el artículo 223 de la LOTUP, que refiere cuándo ha de entenderse estimada la solicitud de licencia por silencio administrativo, y los supuestos en que se entenderán desestimadas.

contra licencia aludiendo constantemente a la exigencia de requerimiento de legalización, puesto que este requerimiento no tendría sentido alguno, si se considerara el silencio negativo, en los casos en que de hecho se había solicitado la licencia con carácter previo, sin que la Administración hubiera dado respuesta a la solicitud.

Así mismo se había argüido que, si bien los Tribunales Superiores de Justicia son los supremos intérpretes del derecho autonómico, el Tribunal Supremo puede revisar las normas relativas a la adquisición de licencias por silencio, lo que revela la competencia estatal en la regulación de esta materia, e incluso en el razonamiento de que la revisión de oficio y la anulación de la licencia, en cuanto permiten la adopción de medidas de paralización de las obras, no provocaría derecho indemnizatorio alguno a favor del titular de la licencia, puesto que además, el planeamiento es público y el promotor o constructor tienen la responsabilidad profesional y los medios a su alcance para conocerlo¹⁰².

Esta línea justificativa se amplió con la mención a que las disposiciones legislativas autonómicas establecían un procedimiento único para la tramitación conjunta de la licencia de obras y de actividad, con una resolución única y regulaban el silencio administrativo sin ningún condicionante.

La importante consecuencia que se derivó de esta postura, a los efectos del presente trabajo, es que no sería lícito, sin más, incoar un expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Según esta interpretación judicial la licencia ilegal se pudo adquirir por silencio administrativo positivo, por lo que se debía acudir a los procedimientos de revisión de oficio y posteriormente iniciar el procedimiento

¹⁰² STS 20 de enero de 2005 (RJ 719). El tema de la posible indemnización procedente de la revisión de licencias otorgadas por silencio administrativo positivo debía de descartarse para evitar la consolidación de la obra ilegal ante la falta de iniciación del expediente de revisión por temor a tener que hacer frente a dicha indemnización.

de restablecimiento de la legalidad urbanística, en lo concerniente a la reposición de la realidad física, si es que ésta, como sucede habitualmente, había sido alterada al ejecutarse la obra.

Finalmente, para concluir este apartado, hay que poner de manifiesto que el artículo 242.6 del TRLS/1992 no fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, la cual, en su fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, estableció que tenía el carácter de legislación básica¹⁰³. El Tribunal Constitucional dictaminó que la regulación del sentido del silencio administrativo en los supuestos de solicitud de licencia urbanística, trasciende la materia urbanística entrando en juego otro título competencial, más específico y por tanto prevalente, el recogido en el Art. 149.1.18 CE.

El referido artículo, fue mantenido en vigor por las Disposiciones Derogatorias de las Leyes de Suelo 6/1998 y 8/2007 y si bien es derogado por el TRLS/2008, su contenido se reproduce en el artículo 9.7 del citado texto refundido.

Actualmente, tras estimar la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009 (RJ 1471)*, el recurso de casación en interés de la Ley nº 45/2007, interpuesto contra la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007 (BOE núm77, 30 de marzo de 2009), (FJ 4), quedó fijado como doctrina legal que el artículo 242.6 del TRLS/1992 y el artículo 8.1.b) del TRLS/2008, eran leyes básicas estatales, que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir. En virtud de dichos preceptos y conforme a lo dispuesto en la disposición estatal, también básica, contenida en el artículo 43.2 de la Ley 30/92, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística¹⁰⁴ (FJ 5). Por tanto, se ha plasmado en esta sentencia,

¹⁰³ STC 61/1997: "Este precepto en atención a su contenido se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Art. 149.1.18 CE), por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al Art. 242.6TRLs. Regulación que ha venido a recogerse en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"

¹⁰⁴ No obstante se sigue manteniendo la polémica en esta materia y en este sentido, a juicio de autores como el Profesor BAÑO LEÓN, el artículo 8.1.b) es inconstitucional y

la pertinencia de la argumentación sostenida por la primera de las posiciones expuestas.

La indicada resolución judicial se ha decantado por el principio de interés general y el principio de legalidad, frente al de seguridad jurídica, principio este que, como veremos y de forma poco acorde con los argumentos que defiende, subyace en el establecimiento de plazos de prescripción o caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Consecuentemente, no pueden adquirirse por silencio las licencias que son contrarias a la ordenación territorial y urbanística. El silencio sólo operará cuando exista conformidad entre lo solicitado y la ordenación territorial urbanística, es decir, el silencio sólo interviene *secundum legem* no *contra legem*. Por tanto, el art. 9.7 del TRLS/2008¹⁰⁵ es una norma legal que excepciona en materia de urbanismo la regla general del silencio positivo, garantizando de este modo la defensa de la legalidad urbanística.

nulo, al entender que el mismo no puede refundir el Art. 242.6 TRLS/1992, derogado desde la entrada en vigor de la Ley 4/1999; contraviene lo dispuesto en los artículos 43, 102, 104 y 106 LRJPAC, tal y como se redactaron por Ley 4/1999, que modificó la regla general del silencio negativo, convirtiendo el silencio positivo en la regla general y el negativo en excepción, entregando a la competencia del Estado y de las CCAA la concreción de dichas excepciones, conforme al orden constitucional de competencias. Pero como el Estado no dispone de competencia en materia urbanística, tampoco la tiene para determinar los efectos del silencio en el procedimiento concreto de otorgamiento de licencias urbanísticas, al incumbir su regulación a las CCAA, como ente que es competente en el ámbito material correspondiente. El Estado, sugiere el mencionado autor, sólo tiene competencias para la regulación de los aspectos generales del procedimiento común, no puede establecer derogaciones a esta regla general a título singular si carece de la competencia material específica correspondiente. Como colorario precisa que si el Estado, como norma general, ha remitido a la ley el régimen de excepciones al silencio positivo, no puede el Estado, sin tener competencia en una materia, imponer a las CCAA el régimen del silencio positivo *secundum legem*, cuando carece de competencias en urbanismo. Pág 359 y ss del manual de Derecho Urbanístico Común.

¹⁰⁵ Art. 9.7 TRLS/2008: *Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.(art 11.3 RDL 7/2015).*

De cuanto se ha examinado se advierte las dificultades que han surgido en torno a la naturaleza del silencio y a su acreditación, a las complejas soluciones que se han dado, que no satisfacen a toda la doctrina (... si el silencio tiene efecto positivo, como autentico acto podrá ser revocado; o si el silencio negativo ha de considerarse un acto tácito denegatorio, o una mera presunción, y no un auténtico acto; si existe norma con rango de Ley que establezca que el silencio tenga sentido negativo). Así mismo, hay que hacer hincapié en el efecto positivo o estimatorio, derivado del recurso de alzada interpuesto, a su vez, contra la desestimación de una solicitud por silencio administrativo, cuando no se resuelve en plazo el recurso. Y todo este complejo entramado, para encubrir la inactividad material administrativa ante la solicitud de licencia de obra del interesado.

Cuando la Administración no resuelve en tiempo una solicitud de licencia de obras, pueden surgir importantes conflictos, si, después de haber transcurrido el plazo para resolver y ejecutada la obra, deniega la licencia. Puesto que, en caso de demolición de lo construido, se pueden generar responsabilidades administrativas, por no haber otorgado al interesado trámite de legalización, para poder adecuar la obra a la legalidad urbanística.

4.6.- ANULACIÓN JUDICIAL DE LICENCIAS DE OBRA CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE CONTIENEN UN PRONUNCIAMIENTO DE ANULACIÓN DE LAS LICENCIAS DE OBRA IMPUGNADAS.

Pese a que no estamos en presencia del deber de reaccionar que, para el restablecimiento de la legalidad urbanística, imponen a la Administración entre otros, el artículo 187.1 TRLS/1976, y que se traduce en la revisión de la licencia concedida, es interesante considerar la normativa y el procedimiento de ejecución de un acto administrativo anulado por sentencia judicial firme¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Del artículo 72.2 LJCA se desprende que la anulación jurisdiccional de un acto administrativo produce efectos para todas las personas afectadas, no solo para los que han sido parte en el proceso judicial. El legislador ha ampliado, a las Administraciones Públicas en general y los particulares, los sujetos obligados a cumplir

En este apartado se analiza la ejecución de una resolución judicial, en un procedimiento en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No se trata de un procedimiento administrativo de revisión de un acto administrativo expreso de concesión de una licencia de obra, ni de restablecimiento de la legalidad urbanística, pero los efectos finales de ambos procedimientos, el judicial y el administrativo, pueden ser similares, en cuanto que mediante ambos ha de quedar restaurada la legalidad urbanística.

Entre los planteamientos de hecho que se analizan en este apartado se relacionan los siguientes: a) las denuncias de inejecución de sentencias, b) la suspensión o inejecución de los concretos mandatos judiciales, la imposibilidad legal de ejecución y c) la ejecución sustitutiva de sentencias en los casos de modificación sobrevenida del planeamiento que permita la posterior legalización de lo anulado judicialmente.

El punto de partida refiere también, a los supuestos de otorgamiento de licencias que constituyan actos administrativos expresos nulos de pleno derecho, cuando el Ayuntamiento no declara de oficio la nulidad del acto (artículo 46 TRLS/2008), ni tampoco lo hace tras ser requerido a tal efecto por parte de la CCAA y por tanto, ésta debe acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, para que, tras estimar la nulidad, se ordene la demolición de lo edificado.

y respetar las resoluciones judiciales, tal y como revela el artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La misma postura está manteniendo el Tribunal Supremo, que ya en sentencias, como la dictada el 10 de octubre de 1959, defendió que el concepto de parte interesada es más amplio que el de parte en juicio. En igual sentido la sentencia del Tribunal Constitucional nº 4/1985, de 18 de enero; la del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005, que insiste en la presencia de un interés público, más allá de los intereses de las partes que han estado presentes en el proceso judicial hasta su fase de ejecución, por tratarse de una cuestión urbanística; la sentencia del Tribunal supremo de 23 de enero de 2007 y la de 25 de septiembre de 2007.

Los procesos judiciales, en el orden contencioso-administrativo, en los que se cuestiona la posible nulidad de licencias de obras, son de naturaleza especial y sumaria, limitados exclusivamente al análisis de las infracciones urbanísticas que puedan concurrir en una licencia previamente otorgada.

Resulta evidente que la sentencia firme, que anula la resolución administrativa relativa al otorgamiento de licencia de construcción por contravenir normas urbanísticas, conlleva que dichas construcciones devengan ilegales, precisamente por carecer de licencia. La anulación de la licencia comporta la obligación de demolición de la obra¹⁰⁷, puesto que el fallo de la sentencia implica necesariamente suprimir del ámbito jurídico el título que la licencia implicaba y, además, eliminar del ámbito material lo indebidamente construido.

El derribo puede ser ordenado en fase de ejecución de sentencia (STS de 7 de junio de 2005; STS de 29 de abril de 2009, Rec. Casación 4089/2007), incluso cuando ésta sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia. Esto es debido a que la demolición así acordada no supone el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, sino una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdiccional. La obligación de demoler lo edificado, es por tanto una consecuencia indefectible y representa la actuación más proporcionada a la anulación de la licencia.

El anterior planteamiento se puede deducir si se interpreta que las circunstancias particulares que pueden concurrir en el marco en el que se desenvuelve la edificación ilegal, han de ser consideradas por la Administración, bien al momento de otorgar la licencia, bien en la fase de legalización de la obra. De forma que, factores, como la mayor o menor gravedad de la ilegalidad, que ésta sea más o menos manifiesta, o que afecte a la totalidad o no de la construcción, el entorno en el que se levante la obra, la confianza generada al administrado por la tolerancia de facto de

¹⁰⁷ SSTs de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001.

la Administración en similares hechos, el destino de los edificios¹⁰⁸, etc., puedan resultar operativos. Porque en vía judicial únicamente se enjuicia la contravención de la licencia con determinaciones de la ordenación territorial o urbanística y, si se estima su ilegalidad, del hecho de la carencia de licencia se deriva la ilegalidad de la obra y su necesaria demolición, excepto si se dan las causas del artículo 105.2 LJCA.

El proceso relativo al incidente de ejecución de sentencia esta regulado en el artículo 109 LJCA. Este artículo no delimita desde el punto de vista objetivo cuáles son las circunstancias sobre las que podrá versar el incidente de ejecución de sentencia. Ahora bien, el matiz más importante en este caso concreto es la inexistencia de límite temporal.

Cuando la sentencia anula el acto administrativo de otorgamiento de licencia de obras, el acto anulado judicialmente deja de existir, ya no es un acto administrativo, la resolución judicial expulsa de la vida jurídica al acto. No cabe confundir por tanto, la ANULACIÓN JUDICIAL de un acto administrativo, con la posibilidad que tiene la Administración de CONVALIDAR un acto anulable, antes de que sea eliminado y declarado que no es conforme a Derecho por un Juez, cuando el acto se impugne. Es decir, la Administración siempre puede revisar sus propios actos y subsanarlos o convalidarlos, pero no puede revisar lo que un juez anula y darle cualquier tipo de validez a ese acto definitivo. En definitiva, la subsanación, por la propia Administración, de los vicios que pudiera tener un acto administrativo deja de operar, en si misma, una vez el acto ha sido anulado jurisdiccionalmente.

La ejecución efectiva de sentencias contencioso-administrativas que deciden el derribo de un edificio, a resultas de la anulación de licencias *contra legem*, está amparada por una serie de garantías, por formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Exposición de Motivos

¹⁰⁸ Voto particular formulado a la STS de 16 de mayo de 2014 (RJ\2014\3867), rec. casación nº 1621/2013, por cuanto las consideraciones en torno a determinadas particularidades (licencia para construcción de biblioteca pública del Estado) no fueron tenidas en cuenta para acudir a la demolición como consecuencia de la ilegalidad de la licencia de obras.

VI.3 LJCA). Hay que tener presente que la ejecución de las sentencias firmes es una de las exigencias constitucionales derivada principalmente de los artículos 24.1, 117.3 y 118 CE¹⁰⁹.

La potestad de ejecución de las sentencias y resoluciones firmes, corresponde a los órganos jurisdiccionales según el artículo 117.3 CE. Otra cosa es que, para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopte una resolución que haya de ser cumplida por una Administración Pública, art. 118 CE y 112 LJCA, procediendo conforme a lo dispuesto en el artículo 35 RDU, y que por tanto, el deber de ejecutar la sentencia recaiga sobre la Administración, quien, por vía subsidiaria, deberá proceder al derribo de la edificación cuya licencia se anuló judicialmente.

La responsabilidad de que se lleve a efecto la ejecución de la sentencia puede recaer en el Alcalde de la corporación municipal, quien deberá apercibir al titular de la licencia en tal sentido.

El problema podría surgir a la hora de determinar la sujeción de la ejecución y las decisiones que puedan adoptarse en esta fase a los estrictos términos establecidos en la sentencia, puesto que en muchos casos se pueden ver afectadas cuestiones no decididas, directa o indirectamente en la concreta resolución judicial, o implicar en la práctica una contradicción con los términos del fallo que se ejecuta.

Igualmente puede generar conflictos, concretar el alcance del derribo, ya que en determinados supuestos de demolición parcial de elementos edificatorios podría derivarse una causa que, a la postre, imposibilitara la

¹⁰⁹ La anterior LJCA de 1956 contemplaba la cuestión de la ejecución de sentencias en los arts. 103 a 112, reconociéndose en los mismos la característica de que la ejecución de sentencias correspondía a la propia Administración que había dictado el acto o disposición objeto de recurso. La Administración, en el plazo de 2 meses, debía proceder a la ejecución del fallo, a la suspensión temporal del cumplimiento total o parcial del fallo o a la inejecución total o parcial del mismo. La suspensión o inejecución, que sólo podía decretarla el Consejo de Ministros, se limitaba a supuestos realmente excepcionales. Tras la entrada en vigor de la CE la jurisprudencia tuvo que reinterpretar todo el sistema de ejecución de sentencias (STC 32/1982, 7 de junio: la ejecución de sentencias por un órgano administrativo no implica ejercicio de una potestad administrativa, sino que implica la concreción de un deber de colaboración con la Justicia; STC 67/1984, 7 de junio; STC 167/1987).

ejecución material de la sentencia. En este punto resulta importante atender a las determinaciones técnicas del proyecto de demolición.

Lo bien cierto es que los órganos judiciales son cada vez más proclives a descartar la imposibilidad de ejecución material de sentencias, e incluso, en supuestos en los que la sentencia ha ordenado tan sólo el derribo de una parte de la edificación, ello no ha impedido que, en ejecución de sentencia, se haya optado por el derribo total, cuando esto se considere necesario para que una nueva construcción se acomode en su totalidad a la normativa, o sea la solución técnicamente necesaria para restablecer la legalidad urbanística y no conlleve una carga de todo punto desproporcionada, si comparamos lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad. De esta manera, en ejecución de sentencia, se ha considerado necesario adoptar la solución de derribar totalmente un edificio, sin que ello suponga contradecir el fallo de la sentencia que ordenó el derribo parcial¹¹⁰.

Por otro lado, hay que tener presente que el plazo hábil para ordenar la ejecución judicial, cuando el procedimiento de ejecución de sentencias no se inicia a instancia de parte (Art. 104.1 LJCA), es el general de prescripción de 15 años, establecido en el artículo 1.964 del CC para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción.

En cuanto a los terceros adquirentes del edificio, cuyo derribo se ordena, resulta importante advertir que no están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, puesto que este artículo no protege la pervivencia del bien objeto del derecho real, cuando dicho objeto ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico¹¹¹. De ahí que deben soportar las actuaciones materiales que sean necesarias para ejecutar la sentencia (Art 88 TRLS/1976).

De forma tangencial, se pone de manifiesto que los efectos jurídicos determinados por la anulación de un instrumento de planeamiento, a cuyo

¹¹⁰ STS de 8 de marzo de 2011, Rec. Casación 1492/2010.

¹¹¹ SSTs de 12 de mayo y 26 de septiembre de 2006.

amparo se autorizaron determinadas licencias, no alcanza a que se pueda acordar en general la anulación de todas las licencias concedidas con sujeción al mismo, puesto que se vulneraría el principio de buena fe y de confianza legítima de quien actuó creyéndose amparado por licencia.

La anulación jurisdiccional del planeamiento impone a la Administración actuante el ejercicio o activación obligatoria de su potestad de planeamiento, para sustituir el planeamiento anulado¹¹².

4.6.1.- QUIÉN ESTÁ LEGITIMADO PARA DENUNCIAR LA INEJECUCIÓN E INSTAR LA EJECUCIÓN FORZOSA. PLAZOS.

Una vez firme la sentencia, el Tribunal ha de comunicar, en el plazo de diez días, al órgano que hubiere dictado el acto objeto de recurso, la obligación de cumplir el fallo. El plazo para la ejecución voluntaria es de dos meses, a partir de la comunicación, ello salvo que el Tribunal señale plazos menores o mayores.

El artículo 108 LJCA contempla el caso de sentencias de condena a la Administración a realizar una determinada actuación y las medidas que puede adoptar el órgano judicial en caso de incumplimiento. El artículo prevé que el Juez o Tribunal ejecute la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, incluso los de otras Administraciones públicas. En caso del derribo de una edificación ilegal acordado en sentencia firme, el órgano jurisdiccional ordenará directamente al Ayuntamiento la ejecución del mismo, pudiendo exigir al funcionario del Ayuntamiento que incumple el requerimiento, una multa coercitiva, así como la responsabilidad patrimonial y penal que pudieran, en su caso, corresponderle.

Pueden ser parte en la ejecución de este tipo de sentencias, mientras no conste en autos la total ejecución de las mismas, quienes hasta ese incidente

¹¹² Art. 102 LUV; Sentencia 1382 del TSJCV, de 12 de diciembre de 2012, rec. 130/2010.

no lo han sido en el proceso (Art 104.2 y 109.1 LJCA), siempre que ostenten un interés legítimo en la ejecución. Por tanto, el ámbito subjetivo del título ejecutivo puede modificarse respecto del de la fase declarativa o de conocimiento del proceso, en la que se acoge una pretensión de anulación de un acto administrativo que vulnera una norma urbanística. La anulación judicial produce efectos para todas las personas afectadas por el acto y no sólo entre las partes en el proceso declarativo.

De este modo, en base al principio de tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) se considera, como partes legitimadas para pedir la ejecución, a quienes, aún no habiéndolo sido en el proceso principal, tienen derechos o intereses legítimos afectados por la sentencia estimatoria de la pretensión de anulación del acto administrativo cuya eficacia material les alcanza¹¹³ (Art. 104.2 y 109.1 LJCA). Estas personas afectadas, titulares de un interés legítimo en la ejecución, pueden inclusive no haber impugnado el acto administrativo, sin que ello implique que hubo un consentimiento implícito del mismo, siempre que se respeten las reglas de la buena fe o las que proscriben el abuso de Derecho. Las partes interesadas podrán personarse incluso cuando ya se hubiera iniciado, sin su presencia, la fase de ejecución de la sentencia.

La consideración de que el interesado pueda ostentar un derecho o interés legítimo, se ve generalizada al amparo de normas contenidas en la legislación de suelo o ambiental, puesto que no se trata del reconocimiento de una situación jurídica individualizada, sino de derechos del ciudadano, tal y como establece el artículo 4, f) del TRLS/2008. De lo que se infiere, que se deba admitir la acción pública para solicitar la ejecución de estas sentencias, cuando se tenga conocimiento de las mismas en dicho trámite.

¹¹³ STC 4/1985, de 18 de enero; STS de 7 de junio de 2005, Rec. Casación 2492/2003; STS de 23 de abril de 2010, recurso de casación 3648/2008.

4.6.2.- LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL FALLO Y LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

La LOPJ, tras la promulgación de la Constitución de 1978, transformó, en su artículo 18, las posibilidades de inejecución, que contempló la anterior Ley de lo Contencioso, en causas de expropiación de los derechos derivados de la sentencia.

La Ley jurisdiccional de 1998, en el artículo 105, en su apartado 1º, establece el principio general de que no podrá suspenderse el cumplimiento, ni declararse la inejecución total o parcial del fallo. En el apartado 2º posibilita la apreciación por parte del Juez de la concurrencia de alguna causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, y el 3º, los supuestos en que la ejecución produzca unos daños superiores, que sea necesario evitar mediante la expropiación de los derechos reconocidos en la sentencia¹¹⁴.

A su vez el artículo 103.4 considera nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, nulidad que se puede declarar en sede de ejecución de la sentencia principal.

Pues bien, no resulta nada infrecuente, que tras una sentencia anulatoria de una licencia, se pretenda la legalización a posteriori de la construcción, mediante el procedimiento de modificar el planeamiento, de modo que la vieja licencia quede amparada en las nuevas determinaciones del plan y se adopte por el Ayuntamiento el acuerdo de legalización. En este caso, en vía incidental, en ejecución de sentencia, cuando no consta en autos la total ejecución de la sentencia y la edificación se ha realizado, se puede solicitar y obtener, en su caso, la nulidad de los actos de aprobación definitiva de la nueva ordenación, dictados con la finalidad exclusiva de eludir el

¹¹⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. *Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo*. Revista ARANZADI Doctrina nº 3/2009.

cumplimiento de la sentencia, los cuales evidencian un supuesto de desviación de poder¹¹⁵

La imposibilidad jurídica de ejecución de sentencias se puede producir por el cambio sobrevenido de la norma que fundamentaba el acto y la consiguiente modificación en los efectos de la situación jurídica, que se da, con frecuencia, en el ámbito urbanístico cuando las determinaciones de un planeamiento aprobado posteriormente, al amparo de la “*potestas variandi*”, hacen legal el contenido del acto anulado, siempre y cuando se demuestre que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico y que se adopten los acuerdos municipales efectivos para que la declaración de legalización sea real, y se plasme en la correspondiente concesión de licencia.

De lo que se deduce que, en ningún caso, la legalización del acto con posterioridad a la sentencia, en base a un nuevo planeamiento, puede constituir por si misma un supuesto de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia, sino, únicamente, si se dan todos los requisitos y se tramita el correspondiente incidente procesal en el que se declare judicialmente la imposibilidad de ejecución.

Este supuesto, constituye una excepción al indicado principio general de ejecución de las sentencias en sus propios términos, por motivos materiales, de legalidad y de interés público (Art. 228 LS/1956; Art. 18.2 LOPJ/1985; Art. 105.2 LJCA/1998). Declarada judicialmente la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, se produce normalmente la transformación del fallo en una indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, la evolución que la interpretación judicial ha llevado a cabo sobre la imposibilidad de ejecución de sentencias ha derivado hacia posiciones sumamente restrictivas, en las que las excepciones a la íntegra

¹¹⁵ STS de 5 de abril de 2001. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de abril de 2004 (TEDH 2004,27).

ejecutabilidad de la sentencia –Art 105 LJCA: imposibilidad material o legal- han de ser aplicadas con los máximos criterios limitativos de esa imposibilidad, estimando irrelevante la existencia de terceros de buena fe¹¹⁶.

Es importante reseñar que este tipo de sentencias deben ser inmediatamente ejecutadas y se ha de rechazar de manera rotunda la producción de modificaciones en el planeamiento, cuya finalidad exclusiva sea eludir la ejecución de fallos que contengan las órdenes de demolición de edificaciones ilegales.

Esto no es óbice para que el Ayuntamiento pueda promover incidentes de ejecución (Art. 109LJCA), dentro del plazo de dos meses que, como regla general, determina el Art. 104 LJCA, en los que en atención a concretas circunstancias, pudiera anunciar por ejemplo una inminente posibilidad de legalización¹¹⁷.

De lo que se infiere, que la Ley 29/1998 impone a la Administración el deber de llevar a puro y debido efecto las sentencias y de practicar lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en sus fallos dentro de un determinado plazo, que lo es, como regla general, el de dos meses (artículo 104, números 1 y 2); consecuentemente con ello, le impone la carga procesal de promover incidentes de ejecución, bien cuando prevea que, en atención

¹¹⁶ STS 6 de febrero de 2007 (RJ 8557); STS 29 de abril de 2009, Rec. Casación 4089/2007 (FD 5) y 12 de marzo de 2008 (RJ1615); STS de 31 de marzo de 2010 (RJ 2765), Rec. Casación nº 6214/2007, fundamentada en los artículos 73 TRLS/1976 y 98 del RP que considera de inexcusable observancia y aplicación directa y su relación con la anulación judicial de licencias y ejecución de sentencia.

¹¹⁷ Al amparo del artículo 105.2 existen supuestos en los que se han promovido sucesivos incidentes tendentes a declarar la imposibilidad jurídica o material de ejecutar la sentencia, al amparo de lo determinado en sentencias del TS como las de 17 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5964) recurso de casación 4285/2005 y la de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 3217), recurso de casación 1622/2005, que han admitido que el plazo de dos meses establecido por el citado artículo, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses el incidente. Recordemos el sendero tortuoso que ha seguido la ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta de 16 de octubre de 2000 (RJ 2000,7777), rec. casación 3699/1993, hasta el Auto del TS de 29 de octubre de 2009 (PROV 2009, 467397).

a las circunstancias del caso, necesita un mayor plazo para poder adoptar decisiones, como anunciar una posible legalización, bien cuando entienda que existen cualesquiera otras cuestiones planteables en la ejecución y necesitadas de un pronunciamiento del Tribunal competente (artículo 109).

Lo que la Ley 29/1998 no autoriza, es rebasar aquel plazo sin promover los incidentes oportunos, manteniendo indefinidamente la situación de ilegalidad de lo construido so pretexto de que es posible una legalización parcial o total de la obra. Ni autoriza tampoco que, si llegan a promoverse incidentes de tales características, esto es, surgidos en la ejecución y necesitados de un pronunciamiento del Tribunal competente, no se tramiten y resuelvan con la prontitud debida y con respeto del derecho de defensa de todos aquellos que puedan resultar afectados en sus derechos e intereses legítimos¹¹⁸.

No es admisible que la Administración pretenda legalizar un edificio, sobre el que pesaba una orden de demolición contenida en sentencia definitiva y firme, solicitando al órgano jurisdiccional que por el mismo se aprecie una causa sobrevenida de imposibilidad legal de ejecución del fallo, como consecuencia de la publicación de un nuevo planeamiento, transcurridos, en algunos casos, más de diez años desde que se dictó dicha sentencia¹¹⁹. En la revisión casacional de los incidentes de la fase de ejecución de sentencia, el Tribunal Supremo ha insistido en el hecho de que la aprobación de un nuevo ordenamiento urbanístico no supone la legalización de lo indebidamente edificado¹²⁰. Una vez se ha hecho patente la imposibilidad de ejecución de

¹¹⁸ STS de 22 de julio de 2005 Rec. casación 9737/2003.

¹¹⁹ STS, Sección 5, de 16 de marzo de 2010, Rec. casación 3990/2008; STS de 29 de diciembre de 2010, rec. cas. 6250/2009.

¹²⁰ La confrontación entre ejecución de sentencia y la inexecución de la demolición de edificaciones legalizables por cambio de planeamiento ha sido el objeto de resoluciones como la STC 22/2009, de 26 de enero, que llega a la deducción de que una vez adquiere firmeza la resolución judicial que declara la ilegalidad de la licencia y de la obra ejecutada al amparo de aquella, no se puede adoptar la decisión judicial de suspender la demolición acordada en la sentencia firme, fundamentando esa decisión en la mera expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística contenida en el planeamiento general que pudiera legalizar la construcción ilegal, puesto que esto supondría una vulneración del Art. 24.1 CE en

la sentencia, que ha de ser apreciada por el órgano judicial en resolución motivada, únicamente quedará justificada la sustitución de la ejecución del fallo en sus propios términos cuando haya de concurrir una finalidad legítima u objetivo de interés general, y además dicha sustitución deberá cumplir el principio de proporcionalidad¹²¹. No es suficiente que se apruebe un nuevo planeamiento posterior, sino que, para obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inejecución legal de la sentencia que anuló la licencia es necesario que también se realicen todos los trámites del procedimiento de legalización de lo indebidamente construido, solicitando licencia, con proyecto que incluyera la subsanación de los desajustes, al objeto de obtener, en su caso, la oportuna licencia.

Finalmente, la demolición del edificio, consiguiente a la ejecución de la sentencia que declaró ilegal la licencia de obra, tampoco puede, en principio, sustituirse por una indemnización a favor de quien ejercitó la acción tendente a la protección de la legalidad urbanística, legitimando de este modo infracciones urbanísticas. Porque el derecho a la tutela judicial efectiva no se obtiene indistintamente por la ejecución "*in natura*" o mediante una congruente indemnización. Ni siquiera, una vez que se haya instalado el uso, el edificio resulta legalizado, y se excluye la demolición. El Tribunal Supremo se ha declarado contrario a sustituir la ejecución en forma específica de la sentencia, por una indemnización de daños y perjuicios, a favor de quienes obtuviesen satisfacción de la pretensión que ejercitaron, porque el cumplimiento de la legalidad urbanística ni está sometido a la disponibilidad de las partes, ni puede ser objeto de transacción¹²².

su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos o de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, al no concurrir en este caso un supuesto de imposibilidad legal de ejecución. Esta probabilidad de futuro cambio normativo no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta por dicha sentencia.

¹²¹ STC 73/2000, de 14 de marzo, STEDH de 27 de abril de 2004 y STS de 31 de mayo de 2005 (RJ 2006/2016); STC 312/2006, 8 de noviembre.

¹²² STS de 16 de mayo de 2014, recurso de casación 1621/2013, (RJ 2014\3867), FJ 4.

V.- VALORACIONES URBANÍSTICAS.

Entramos ahora en uno de los contenidos de mayor trascendencia a los fines de apoyar las propuestas de esta tesis, debido a que la Ley de Suelo del Estado no atribuye valor urbanístico alguno a las edificaciones ilegales.

Resulta necesario enmarcar normativamente esta cuestión y de nuevo hacer un estudio comparativo con anteriores regulaciones. Cuando no se ha patrimonializado, desde el punto de vista urbanístico, un edificio construido sin licencia e ilegalizable, cabe plantearse ¿por qué se han relacionado los artículos de valoración de construcciones (como por ejemplo el art. 31 de la LS/1998), con los que establecieron plazos para la adopción de medidas de restauración de la legalidad urbanística (como el art. 185 TRLS/1976, o el art. 9 del RD Ley 16/1981, de 16 de octubre)? y ¿por qué se ha mantenido que el hecho de no poder ser demolida una edificación ilegal, a results del transcurso de dichos plazos, conllevaba su necesaria valoración?

Igualmente habría que preguntarse cómo se ha podido sostener que, si bien no se pudiera tomar en consideración un aprovechamiento urbanístico respecto de la edificación ilegal, sí debía fijarse una indemnización, como resarcimiento por la pérdida de lo edificado, cuando se expropiaba el suelo, por el método previsto en la Orden ECO/805/2003.

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, ha avanzado de forma significativa en la instauración del estatuto global de la propiedad del suelo. En la misma se hace mención expresa a la valoración de la edificación ilegal y, si bien es cierto que en anteriores legislaciones no se distinguió entre edificaciones legales o ilegales, la jurisprudencia ha comenzado a admitir, que no por ello puede extraerse la conclusión de que ambas clases de edificaciones son valorables por igual. Así, la STS de 12 de febrero de 2014, recaída en el recurso de casación nº 2490/2011, en su Fundamento de Derecho Sexto, establece, tras recoger la anterior aserción, que *sólo resultan indemnizables aquellas obras o instalaciones que sean legales, esta conclusión se obtiene de la propia finalidad que persigue la fijación del justiprecio expropiatorio, y que no es otra que indemnizar por los daños que causa la privación o afeción de un bien o derecho existente en el patrimonio del expropiado, y*

ninguna lesión produce en su patrimonio la privación de obras o instalaciones, que por ser ilegales, no pueden entenderse incorporadas al mismo.

Por consiguiente, lo que hay que enlazar son los criterios generales para la valoración de inmuebles, con los sistemas de adquisición de los mismos.

Esta ley ha instituido un estatuto de la propiedad inmobiliaria para el suelo rural, otro para el suelo urbano y un régimen jurídico específico para el suelo sujeto a actuaciones de transformación, sea rural o urbano. Hay que tener presente desde el principio que este último no se establece a efectos de valoración del suelo, porque en él se valora el suelo rural (art. 23 TRLS/2008) y el urbanizado (24 TRLS/2008), y se indemniza la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización, así como la iniciativa y promoción de las mismas, con independencia del valor del suelo, ya que dichas actuaciones, como se ha señalado, se dan tanto en suelo urbanizado como en suelo rural.

Es sustancial a los efectos de esta tesis entender el término "alcance patrimonial" enmarcado en el conjunto de normas que, en relación con el suelo, se contienen en el TRLS/2008, para considerar que los criterios de valoración regulan tanto los métodos que posibilitan la equivalencia económica de los bienes, como los que determinan las cualidades extrínsecas que han de tener esos bienes para que puedan formar parte del conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales, no personales, cuya titularidad corresponde a una persona.

Las cualidades del suelo representan, en este caso, atributos o características conseguidas tras ese proceso de transformación, física y jurídica, del mismo, al que se ha aludido. Esas peculiaridades definitorias del bien, una vez alcanzadas son las que se contemplan a la hora de dar un valor urbanístico al suelo.

Es necesario recalcar que el régimen de valoraciones se aplica, en general, a cuantas actuaciones sean necesarias para la ejecución de la ordenación

territorial y urbanística, en las que la valoración determine el contenido patrimonial de facultades o deberes propios del derecho de propiedad del suelo. Por ejemplo, cuando se transforma urbanísticamente el suelo rural, mediante el instrumento de la reparcelación forzosa, y se retribuye al urbanizador mediante terrenos.

En definitiva, de modo general, la Ley articula un régimen que, sin valorar expectativas generadas exclusivamente por la actividad administrativa de ordenación de los usos del suelo en ejercicio de la potestad de planeamiento, retribuye e incentiva la actividad urbanizadora o edificatoria, emprendidas en cumplimiento de sus determinaciones.

5.1.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL SUELO: DISOCIACIÓN ENTRE LA CLASIFICACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LOS TERRENOS.

Este apartado se introduce en el presente estudio, concretamente en lo que se refiere al suelo en sí mismo, a fin de dar una mayor coherencia a la interpretación del sistema valorativo de bienes inmuebles (suelo y edificación) que ha introducido la actual legislación.

Como se ha reiterado éste es uno de los pilares fundamentales que sostiene esta tesis, puesto que precisamente son los criterios de valoración los que determinan el alcance o magnitud patrimonial de las facultades que pueden formar parte del contenido del derecho de propiedad del suelo, principalmente, la de edificar.

Este es el punto de partida para dilucidar la incongruencia que representa, poder ser titular civil de un bien, pero que dicho bien no sea susceptible de estimación económica en múltiples relaciones jurídicas patrimoniales, que podrían establecerse en relación con el mismo.

Los principios que se destacan en este apartado, en base a los cuales se desarrollan las valoraciones inmobiliarias, convergen en la lógica reflexión de que las edificaciones ilegales carecen de valor urbanístico legal, y por tanto patrimonial o económico, a los efectos determinados en la Ley. Pero, como

se verá a lo largo del estudio, no sólo en el ámbito del régimen que a efectos de tasación de bienes determina la Ley de Suelo, puesto que el valor urbanístico de un bien tiene más implicaciones jurídicas.

Con el fin de depurar la presente cuestión comencemos analizando cómo se ha plasmado en la vigente legislación de suelo el objetivo de que la clasificación del suelo por el plan ya no tenga consecuencias jurídicas inmediatas¹²³.

Tal y como se ha destacado, lo razonado en los párrafos anteriores hay que enlazarlo con el principio instaurado en la Ley de Suelo según el cual la previsión de edificabilidad, que crea un concreto planeamiento, no se incardina de forma inmediata en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La edificabilidad o aprovechamiento urbanístico no pertenece al titular del suelo por el sólo hecho de que la establezcan o fijen los instrumentos de ordenación urbanística, ni porque caduque la acción de restauración de la legalidad.

Indiscutiblemente, el ámbito objetivo del régimen legal de las valoraciones urbanísticas está regulado en el artículo 21.1 TRLS/2008, pero como se apreciará a lo largo de este trabajo, las secuelas de una edificación ilegal van más allá de la verificación de las operaciones de reparto de beneficios y cargas, u otras precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística, del cálculo del justiprecio en la expropiación, de la fijación del precio a pagar al propietario en la venta o sustitución forzosas y de la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. También es evidente que el valor al que nos referimos en este apartado no se identifica como la "*aestimatio rei*" o el establecimiento de la valoración del bien por la voluntad de los particulares.

Antes de desarrollar los criterios de valoración de suelo y la metodología para aplicarlos, hay que hacer hincapié en que, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2007 de Suelo, las valoraciones han estado totalmente vinculadas a la

¹²³ PAREJO ALFONSO, Luciano; ROGER FERNANDEZ, Gerardo; *Comentarios al TRLS R.D.L. 2/2008, 20 de junio*. Editorial IUSTEL, 2009.

clasificación y categorización urbanística de los terrenos, esto es, partiendo de cual fuera su destino se tasaban de una forma u otra, y no en base a su situación real, al momento de aplicar esos criterios legales. Y además, dicha clasificación tenía consecuencias inmediatas que se reflejaban en la valoración de los bienes y en el patrimonio de su titular.

La aplicación de la legislación de suelo anterior producía las siguientes circunstancias: los planes urbanísticos eran fuente atributiva directa de derechos de contenido urbanístico para el propietario de los terrenos, como el aprovechamiento urbanístico previsto en el plan.

El hecho de que un suelo se clasificara como urbanizable delimitado, a partir de dicha clasificación, conllevaba la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico, anticipadamente, sin que se hubiera hecho ninguna inversión en ese suelo, o asumido compromiso alguno en orden a su transformación, es decir, se asignaba al suelo, como valor legal máximo, el que tendría si ya se hubiese urbanizado y ese valor ingresaba inmediatamente en el patrimonio de su titular.

De este modo, en suelo urbano consolidado, el artículo 28.2 de la Ley 6/1998 preceptuaba que a efectos valorativos el aprovechamiento de referencia de cada parcela era el resultante del planeamiento o el derivado de la edificación existente si fuera superior, reconociendo al propietario el total aprovechamiento del plan que motivaba la renovación o reforma interior de un específico ámbito territorial.

A diferencia de lo establecido en anteriores legislaciones, en las actuaciones sistemáticas de reforma interior, que se acometan conforme a la vigente legislación de suelo, la valoración de la edificabilidad se ceñirá exclusivamente a los usos y edificabilidades determinados en el plan originario que se hayan materializado legalmente y no a las determinaciones del nuevo plan de reforma interior (art 24.3 TRLS/2008). De forma que, si el nuevo planeamiento establece una mayor edificabilidad, sobre la misma se aplicarán las obligaciones que asumen los propietarios de suelo de nueva

urbanización, en base a lo dispuesto en el artículo 16 TRLS/2008, y tras su cumplimiento se podrá patrimonializar ese incremento de aprovechamiento urbanístico.

Congruentemente con la nueva legislación, los incrementos de edificabilidad en suelo urbano consolidado o los cambios de destino, que impliquen una mayor valoración económica, no deben quedar incorporados automáticamente al patrimonio del propietario de suelo.

En operaciones aisladas se deberá observar el régimen de las actuaciones de dotación de los artículos 14.2.b) y 16.1.a) TRLS/2008.

Por consiguiente, guarda correspondencia lógica con los principios enunciados, el hecho de que en la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de Suelo, desapareciera, como categoría propia a efectos de valoración, el concepto de suelo urbanizable. Y que, no obstante y con independencia del valor del suelo, cuando éste está sometido a una transformación urbanizadora o edificatoria, no finalizada, se deben indemnizar los gastos e inversiones efectivamente acometidos, junto con una prima razonable que retribuya el riesgo asumido. De este modo se evitan saltos valorativos, difícilmente entendibles en el curso del proceso de ordenación y ejecución urbanísticas¹²⁴.

¹²⁴ La Disposición Derogatoria Única de la Ley 8/2007, determinó que quedaban derogados a la entrada en vigor de la mencionada Ley (que se produjo el 1 de julio de 2007, según Disposición Final Cuarta) los artículos 38 y 39 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954. Estos artículos hacían mención a cómo tasar los solares, edificios y las fincas rústicas a fin de justipreciar dichos bienes.

Así mismo, hay que señalar que se ha modificado, mediante la Disposición Adicional Quinta del RDLeg. 2/2008, el apartado 2 del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa. De la nueva redacción del artículo 43 se infiere, que la aplicación de criterios estimativos en las tasaciones, para fijar el valor real de los bienes y derechos objeto de expropiación, cuando éste no resulte de la aplicación de las normas legales para determinar el justo precio, no será en ningún caso de aplicación a las expropiaciones de bienes inmuebles. Por tanto, la fijación del justiprecio de los bienes inmuebles se hará únicamente conforme al sistema de valoración legal del TRLS/2008. El régimen estimativo sólo será de aplicación a las expropiaciones de bienes muebles cuando éstos no tengan criterio particular de valoración señalado por Leyes especiales.

Otro aspecto de encaje lógico con el nuevo sistema valorativo, es la exigencia de afrontar la regulación de las valoraciones de suelo huyendo de incluir en los criterios de valoración expectativas urbanísticas, en cumplimiento de los principios contemplados en los artículos 9.3 y 47 de la Constitución, de seguridad jurídica y de prohibición expresa de la especulación.

Esto permite a las Administraciones Públicas poder actuar mediante expropiación, sin incluir en el justiprecio expectativas, que paradójicamente generan ellas mismas, en la mayoría de los supuestos, al ordenar los usos de su territorio. De este modo, la indemnización por privación de bienes o extinción de derechos no deberá tener en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa de la aprobación de un concreto instrumento de planeamiento o proyecto de obras, que en definitiva legitime la expropiación. Aunque esta previsión, no es novedosa, puesto que se reflejó ya en el artículo 36.1 de la Ley de Expropiación Forzosa. Ahora bien, en lo concerniente al art. 36 LEF, la jurisprudencia diversificó las expectativas urbanísticas que ya poseían los terrenos, porque en el momento al que han de referirse las valoraciones se estuviera elaborando una modificación del planeamiento que afectaba a la clasificación de dichos terrenos, de las expectativas de futuro a que hace referencia el artículo 36 de la LEF¹. Al parecer, con la nueva regulación, tampoco será posible la inclusión, en la valoración de suelo, de las expectativas que se han diferenciado en primer lugar.

Otra cosa es que en el suelo rural, pese a haberse adoptado el método de capitalización de rentas, abandonando el de comparación, se trate de tener presente que, sin considerar las expectativas urbanísticas, la localización puede llegar a influir en el valor de ese suelo, siendo la renta de posición un factor relevante.

En definitiva, la normativa actual sobre valoraciones se ha centrado en el logro de disociar realmente la clasificación, de la valoración del suelo. De este modo, se deberá tasar la realidad, sin incluir las meras expectativas

generadas por la acción de los poderes públicos al promover y aprobar los planes. Así, deberá valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que pueda llegar a haber en un futuro incierto.

De esta manera, con independencia de las clases y categorías urbanísticas de suelo, se parte en la Ley de la apreciación de dos situaciones básicas, o estados, en que puede encontrarse el suelo según sea su situación al momento de efectuar la tasación: suelo rural, el que no está funcionalmente integrado en la trama urbana, y urbanizado, el que ha sido efectiva y adecuadamente transformado por la urbanización, no por la presencia masiva de edificaciones ilegales.

Esta diferenciación entre situación o estado físico del bien y actividad o proceso, de manera pertinente, está presente en la legislación estatal de suelo no sólo cuando se abordan los criterios de valoración del suelo y construcciones, sino también en lo que se refiere al régimen jurídico del suelo, para poder otorgar carácter estatutario a ese régimen, puesto que los estados básicos en que puede encontrarse el suelo son los determinantes para identificar el contenido del derecho de propiedad de dicho suelo. Hay que insistir en que uno de los planteamientos fundamentales de esta tesis es el de que el régimen jurídico del derecho de propiedad privada del suelo y el régimen de valoración están ligados intrínsecamente, a fin de configurar el régimen urbanístico de cada tipo de suelo.

Ambos estados se valoran conforme a su naturaleza, siendo así que sólo en el segundo dicha naturaleza integra su destino urbanístico, porque el referido destino ya se ha hecho realidad. Las mencionadas situaciones vienen precisadas en el artículo 12 del RDLeg. 2/2008, modificado por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

En suma, la Ley constata la diferencia entre la realidad estática correspondiente a la situación fáctica del suelo, verificable en un momento histórico concreto y la realidad dinámica inherente a las actuaciones de

transformación de terrenos, que propiciaran la adquisición del aprovechamiento urbanístico.

5.1.1.- EXPROPIACIÓN Y REPARCELACIÓN FORZOSA: DISTINTA METODOLOGÍA DE VALORACIÓN.

No obstante, en esta cuestión es muy importante diferenciar la valoración a efectos de expropiaciones forzosas, de la valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas. Aunque hay que dejar sentado que en ninguno de esos instrumentos de gestión se podrá habilitar valoración alguna para las edificaciones ilegales construidas tras la entrada en vigor de la LS de 2007, pero sí para las que se ejecutaron con anterioridad y respecto de las mismas caducó la acción de restauración de la legalidad.

En el régimen de equidistribución de beneficios y cargas es de aplicación el artículo 27 del RDLeg. 2/2008, que establece que, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados, las aportaciones de suelo se tasarán por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, es decir, se valora como suelo urbanizado. Y ello con el fin de valorar las aportaciones iniciales de aquellos propietarios que optan por participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización, para ponderarlas entre sí o con las aportaciones del promotor o de la Administración, a los efectos del reparto de los beneficios y cargas y la adjudicación de parcelas resultantes ¹²⁵.

Esta circunstancia se recalca debido a que, en lo atinente a este estudio, en cierto sentido la misma constituye una excepción, de difícil encaje, al principio, recogido en el artículo 7.2, que determina que el aprovechamiento no forma parte del contenido del derecho de propiedad del suelo, y que no se puede patrimonializar la previsión de edificabilidad por el mero hecho de

¹²⁵ Este mismo artículo 27, en su apartado 2º, regula la tasación del suelo aportado en el supuesto de que el derecho inicial no alcance para la adjudicación de parcela resultante. En este caso, el suelo se tasará por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, descontando los gastos de urbanización correspondientes, incrementados por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo.

que la proyecte el plan, principio este que afecta a toda clase de suelos, incluido el urbano.

En cierta medida se está anticipando una realidad, que llegará a producirse tras un proceso, a un momento en el que la situación real del suelo es otra.

En torno hay esto, hay que hacer mención a que muchos de esos procesos de transformación se han visto truncados y se ha tenido que recurrir a la suspensión temporal de la ejecución de los Programas, al amparo de normas como la Disposición Transitoria Octava de la Ley 5/2014 de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, o previamente, la Disposición Transitoria primera de la Ley 1/2012, de 10 de mayo, de la Generalitat, de Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas.

El problema surge porque no se deja de vislumbrar un futuro incierto respecto a estas actuaciones y, sin embargo, los proyectos de reparcelación, aprobados en su día, han tenido su reflejo en los registros de la propiedad.

Esto nos lleva a considerar la existencia de dos posibles situaciones, de difícil engarce en un mismo procedimiento de transformación física de suelo.

Por un lado, la del propietario que no ejercita su facultad de participar en esta transformación del suelo, es decir, no participa en la ejecución de las actuaciones de urbanización, y que por tanto será expropiado, sin percibir la plusvalía. En este caso, su suelo se expropia y justiprecia como suelo rural.

Por otro lado, está el propietario que, afectado por un procedimiento de equidistribución de beneficios y cargas, sus derechos no alcancen a obtener parcela mínima resultante. Éste tendrá derecho a que su suelo se tase como urbanizado y su construcción ilegal, anterior a 2007, se valore, esto es, con obtención del aprovechamiento creado por el planeamiento, sin que se haya realizado efectivamente la urbanización o conversión del suelo en solar, aunque descontando los gastos de urbanización.

Esto último atinente a los gastos de urbanización, en determinados momentos, antes de que se iniciara la actual crisis económica, propiciaba que el propietario que no abandonaba la actuación estuviera en una posición más ventajosa que el sometido a expropiación, porque los gastos de urbanización nunca superaban los beneficios que acarrearía la venta del producto final.

Igualmente, se puede dar otro supuesto distinto a los anteriores, en los casos en los que una decisión administrativa impida participar en la ejecución de una actuación de urbanización, o altera las condiciones de ésta, sin que medie incumplimiento por parte de los propietarios. En este caso se deberá valorar la privación de dicha facultad en sí misma.

5.1.2.- CRITERIOS GENERALES PARA LA VALORACIÓN DE BIENES Y DERECHOS.

Los criterios generales de valoración vienen regulados en el artículo 22 RDLeg. 2/2008, y en el artículo 6 de su Reglamento, RD 1492/2012, de 24 de octubre, en los siguientes términos:

- El valor del suelo corresponde a su pleno dominio, libre de toda carga, gravamen o derecho limitativo de la propiedad.
- Las edificaciones, construcciones e instalaciones – riego por goteo, balsas, muros de mampostería para señalar los lindes de finca, etc.-los sembrados y las plantaciones en el suelo rural, se tasarán con independencia de los terrenos siempre que se ajusten a la legalidad al tiempo de la valoración, sean compatibles con el uso o rendimiento considerado en la valoración del suelo y no hayan sido tenidos en cuenta en dicha valoración por su carácter de mejoras permanentes. Por el contrario, en el suelo urbanizado, las edificaciones, construcciones e instalaciones que se ajusten a la legalidad al tiempo de su valoración, se tasarán conjuntamente con el suelo en la forma prevista en el apartado 2 del artículo 24, así como en el artículo 23 y el 24 del Reglamento de Valoraciones.

Las edificaciones, construcciones e instalaciones se ajustan a la legalidad al tiempo de su valoración cuando se realizaron de conformidad con la ordenación urbanística y el acto administrativo legitimante que requiriesen, o han sido posteriormente legalizadas de conformidad con lo dispuesto en la legislación urbanística. Luego habrá que partir de la ilegalidad de las obras conforme al planeamiento vigente en el momento en que se realizaron, sin que esta situación de ilegalidad se altere en el momento de la valoración de los bienes expropiados, porque únicamente el transcurso del tiempo no las legaliza. Igualmente habrá que tener presente que en suelo rural no prescribe la acción de restauración de la legalidad y la legalización administrativa es más difícil que se produzca, en comparación con el suelo urbanizado.

La consideración jurídica de ilegalidad, definida en este artículo, comporta la no realización de valoración alguna. Desde otra perspectiva, la inactividad administrativa no representa un hecho jurídico al que la Ley atribuya el efecto de producir la adquisición del aprovechamiento urbanístico. De este modo se va cerrando el sistema urbanístico de incorporación de facultades al contenido del derecho de propiedad del suelo.

La valoración de las construcciones o edificaciones tendrá en cuenta su antigüedad y su estado de conservación. Si han quedado incursas en situación de fuera de ordenación, no en situaciones asimilables, su valor se reducirá en proporción al tiempo transcurrido de su vida útil.

La valoración de las concesiones administrativas y de los derechos reales sobre inmuebles, a los efectos de su constitución, modificación o extinción, se efectuará con arreglo a las disposiciones sobre expropiación forzosa, que específicamente determinen el justiprecio de los mismos; y subsidiariamente, según las normas del derecho administrativo, civil o fiscal que resulten de aplicación¹²⁶.

¹²⁶ Si se expropia una finca gravada con cargas, la Administración expropiante puede elegir entre fijar el justiprecio de cada uno de los derechos que concurren con el dominio, para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien

En este punto es importante resaltar que en la Ley se distingue: las edificaciones que se ajustan a la legalidad al tiempo de la valoración (realizadas de conformidad con la ordenación y con licencia), las edificaciones que fueron legalizadas con posterioridad a su construcción y las que están fuera de ordenación, sin considerar, a los efectos de valoración, las ejecutadas contraviniendo la legislación y el planeamiento, cuando respecto de las mismas ha caducado la acción de la Administración de restablecimiento de la legalidad urbanística¹²⁷.

Como expuso el Tribunal Constitucional, primero en su sentencia 61/1997 de 20 de marzo y después en su sentencia 164/2001 de 11 de Julio, el derecho fundamental de propiedad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución, se conforma por su régimen jurídico y el régimen de valoración del suelo. Tales condiciones son las reguladas en la Ley del suelo estatal, ejerciendo dicha norma una vinculación respecto del resto de normas que inciden, de uno u otro modo, en ciertos aspectos de la propiedad del suelo¹²⁸ y la incorporación de facultades a su contenido.

valorar el inmueble en su conjunto y consignar su importe en poder del órgano judicial, para que éste fije y distribuya, por el trámite de los incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados, cuando no exista acuerdo en orden a su distribución.

¹²⁷ STS de 12 de febrero de 2014, rec. casación 2490/2011, (FJ 6): *El hecho de que la orden de demolición no llegara a ejecutarse, e incluso la eventual caducidad de dicha orden por el transcurso del plazo legalmente establecido para llevarla a efecto, no convierte la obra en legal, sino simplemente impediría la efectividad de la orden de derribo en su día adoptada, pero no convalida la ilegalidad inicialmente declarada por una resolución administrativa firme, ni tampoco equipara estas instalaciones, a los efectos de su valoración expropiatoria, a una edificación en situación de "fuera de ordenación".* En estas afirmaciones se puede observar el giro que está llevando a cabo la jurisprudencia al no considerar que sea trasladable a las edificaciones ilegales el régimen especial de las de "fuera de ordenación"

¹²⁸ Fundamento Jurídico 19 de la STC 61/1997: *A mayor abundamiento, la valoración se halla estrechamente emparentada, desde un punto de vista material, con el contenido del derecho de propiedad, cuyas condiciones básicas corresponde regular al Estado en los términos del art. 149.1.1.o C.E., aunque es el art. 149.1.18. C.E. el que tiene aquí una mayor relevancia.* Con anterioridad dejó sentado esta sentencia, que las condiciones básicas son el contenido primario del derecho de propiedad; FJ 20: *el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación y su valoración constituyen en cierto modo las dos caras de una misma moneda, no fácilmente escindibles, sin que, en consecuencia, puedan tampoco disociarse en todo caso los títulos de los arts. 149.1.1.o 18. C.E.*

De lo que se desprende que la necesidad de ajustar o concordar el régimen jurídico del suelo y el régimen de valoración del suelo se implanta en el TRLS/2008 y debe ser atendido por el resto de normativa que incide en esta materia.

En otras palabras, la configuración del derecho de propiedad del suelo y de las construcciones, regulado por la ley de suelo del Estado, debe aplicarse también al ámbito que desarrollan las CCAA en materia de restablecimiento de la legalidad urbanística, porque las valoraciones están íntimamente ligadas a la configuración estatutaria del derecho de propiedad.

5.2.- REGLAS ESPECÍFICAS DE VALORACIÓN DEL SUELO URBANIZADO, EN FUNCIÓN DE QUE LA EDIFICACIÓN EXISTENTE SE AJUSTE O NO A LA LEGALIDAD.

Habiendo sentado la Ley de Suelo, como criterio general, que en suelo urbanizado, las edificaciones que se ajusten a la legalidad, porque se han realizado cumpliendo la normativa y la ordenación urbanística, se tasaran conjuntamente con el suelo, según dispone el artículo 24, apartado 2, se recoge a continuación el contenido de este artículo¹²⁹.

La exposición de motivos del RDLeg. 2/2008 corrobora el criterio jurisprudencial del principio de equivalencia, que considerando que el justo precio es el valor de sustitución del bien expropiado, lo equipara al valor de mercado. Así, esta doctrina viene señalando que los criterios de valoración

Fundamento Jurídico 5 de la STC 64/2001: *Debemos empezar por reiterar, antes que nada, que el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos reconocidos por la Constitución (STC 61/1997, FJ 7.b). Dicho esto, y centrándonos en el derecho a la propiedad privada que reconoce el art. 33.1 CE, también debemos reiterar que al Estado le compete regular las "condiciones básicas" que garanticen la "igualdad" de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la "igualdad básica" en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo (STC 61/1997, FJ 8).*

¹²⁹ BAÑO LEÓN. J.M., *Derecho urbanístico Común*, IUSTEL 2009, pág 396.

persiguen determinar, con la necesaria objetividad y seguridad jurídica, el valor de sustitución del inmueble en el mercado por otro similar en su misma situación¹³⁰, siempre y cuando, tratándose de edificios, los mismos se ajusten a la legalidad.

El artículo 24 del RDLeg 2/2008 contempla los tres siguientes supuestos en orden a valorar el suelo urbanizado (art. 12.3 TRLS/2008):

1. Para la valoración del suelo urbanizado que no está edificado, o en que la edificación existente o en curso de ejecución es ilegal o se encuentra en situación de ruina física:

- *Se considerarán como uso y edificabilidad de referencia los atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, incluido en su caso el de vivienda sujeta a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta o alquiler. Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido.*
- *Se aplicará a dicha edificabilidad el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente, determinado por el método residual estático.*
- *De la cantidad resultante se descontará, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista.*

De lo que se deriva que, según este apartado, el suelo urbanizado sobre el que exista una edificación ilegal se valora exactamente igual que si no existiera esa edificación, luego el valor de lo edificado ilegalmente, es cero. Y esto con independencia de que la Administración haya iniciado o no un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística.

Esto es así, porque el presupuesto fáctico de su aplicación se refiere tanto a un suelo sin edificación, como a un suelo sobre el que se ha alzado y

¹³⁰ “los criterios de valoración establecidos persiguen determinar con la necesaria objetividad y seguridad jurídica el valor de sustitución del inmueble en el mercado por otro similar en su misma situación”.

concluido una construcción ilegal o se está edificando sin licencia, o está en situación de ruina física y, en todas estas circunstancias, aplica idéntico criterio de valoración.

2.- Cuando se trate de suelo edificado o en curso de edificación, el valor de la tasación será el superior de los siguientes:

- *El determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente que se ajuste a la legalidad, por el método de comparación, aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada.*
- *El determinado por el método residual del apartado 1 de este artículo, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada*¹³¹.

A la vista de lo consignado en este punto, sobresale el hecho de que no se valoran de manera independiente y adicional el suelo y el vuelo, como ocurría con anterioridad a esta ley (art. 28, 31.2 LS98), aplicando al suelo la edificabilidad que establecía el planeamiento en vigor y sumándole el valor de la edificación existente, fuera esta legal o no. Porque, hay que recordar, que con la legislación de suelo de 1998 el suelo se tasaba por la metodología residual, en función de los usos y edificabilidades atribuidos por el planeamiento (aprovechamiento urbanístico), y la edificación por el método de reposición¹³².

En síntesis, la regulación vigente contrasta con la de la Ley de Suelo de 1998, en la que se valoraban de manera independiente el suelo y la edificación. En suelo urbano consolidado, la LS/1998 estableció como valor del mismo el valor catastral que administrativamente se le asignaba, y que no necesariamente coincidía con el de mercado, sólo en caso de pérdida de vigencia de las ponencias de valores se acudía al valor de mercado, aplicándose en este supuesto el valor de repercusión o residual. Así, si se trataba de suelo urbanizable delimitado y dotado de planeamiento, se

¹³¹ Si se opta por el método residual estático para la valoración del suelo, por ser superior el aprovechamiento a considerar a los efectos de aplicación de dicho método ha sido, recientemente precisado por las SSTs de 9 de enero y 14 de abril de 2015, dictadas en los recursos de casación para unificación de doctrina 2286/2014 y 2045/2014, respectivamente.

¹³² GONZALEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley sobre Régimen del suelo y valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*, Editorial CIVITAS, Madrid, 1998, pág 517 y ss.

aplicaba el valor de la ponencia catastral o el de repercusión por el método residual dinámico.

El suelo no urbanizable y el urbanizable sin ordenación pormenorizada se tasaban por el método de comparación, pero lo que se comparaban eran valores de venta, de ofertas que reflejaban en sí mismas la especulación, no se cogían testigos de compraventas perfeccionadas y consumadas.

En el TRLS/2008 en el suelo urbanizado, o transformado urbanísticamente, las edificaciones que se ajusten a la legalidad se pueden tasar conjuntamente con el suelo en la forma prevista en este apartado, lo que implica que, sólo en el supuesto de que la edificación se realizara de conformidad a la legalidad, se producirá la concurrencia de esos dos elementos, suelo y edificación, que se tasarán juntamente.

Se suprime la referencia a la valoración administrativa o catastral, la valoración que se aplica es netamente de mercado, según método residual estático, no dinámico como ocurría anteriormente.

Si la edificación es legal, habrá una tasación conjunta equivalente a lo que vale el inmueble en el mercado (porque en realidad en el mercado no se pagan dos valores suelo y vuelo, sino uno, por el inmueble), el valor de comparación; mientras que si la edificación es ilegal, en sí misma no tiene un valor urbanístico y se aplica exclusivamente el método residual del suelo.

El art. 24.1 del Reglamento de Valoraciones establece los requisitos mínimos para la aplicación de este método. Por tanto, en suelo urbanizado edificado la aplicación del método de comparación garantiza la obtención del valor de sustitución del inmueble, el valor de mercado, por otro similar en la misma situación (localización, uso destino, morfología, antigüedad, estado de conservación, etc.) siempre que hayan suficientes muestras comparables o testigos. Lo normal será que existan, al menos, seis transacciones reales u ofertas comparables para efectuar la tasación.

3.- Cuando se trate de suelo urbanizado sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, el método residual a que se refieren los apartados anteriores considerará los usos y edificabilidades atribuidos por la ordenación en su situación de origen.

Respecto del punto tercero del artículo 24 TRLS/2008, las anteriores legislaciones de suelo permitían elegir entre el aprovechamiento resultante del planeamiento en vigor, o el derivado de la edificación existente, si fuera superior, pero, además, se añadía la edificabilidad del nuevo plan.

Con arreglo a la nueva normativa, no se valoran las expectativas previstas en el plan sino únicamente lo que se ha incorporado al patrimonio de conformidad con el plan anterior y de forma legal. La vigente ley permite incluso las actuaciones de dotación (Art. 14.1.b), en base a las cuales se aumenta la edificabilidad, para sobre ese incremento conseguir dotaciones, preservando el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

Consiguientemente, con el nuevo sistema, los incrementos de edificabilidad en suelo urbano consolidado no quedan incorporados automáticamente al contenido del derecho de propiedad del suelo del propietario.

De ahí que la valoración ahora atiende exclusivamente a los usos y edificabilidades conforme al plan originario, el que rigió el otorgamiento de la correspondiente licencia y no al vigente en el momento de producirse la planificación que acomete la reforma interior.

Por último, se regula en el artículo 25 la indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización y en el artículo 26 la

indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación¹³³.

5.3.- SUELO RURAL

Para completar la regulación que de las valoraciones lleva a cabo la Ley de Suelo, se atiende a lo dispuesto para el suelo rural. El TRLS/2008, artículo 23, implanta de nuevo el método de capitalización de la renta, del que se separó sólo la Ley de suelo de 1998, que aplicó principalmente el de comparación.

Es importantísimo trasladar, en este momento, cuanto se expuso en el apartado 4.1, respecto de que las edificaciones ilegales no se legalizaban por el transcurso del tiempo cuando no se iniciaba un procedimiento de restauración de la legalidad. Luego, en suelo rural, se entiende que las construcciones ilegales, tanto las ejecutadas antes de 2007, como las posteriores, no se ajustan a la legalidad y no habrá valor alguno por ellas que se adicione al del suelo, porque en este tipo de suelo no prescribe la acción de restauración de la legalidad.

En este capítulo resulta elocuente evidenciar el contenido de la Sentencia 141/2014 del Tribunal Constitucional, de 11 de septiembre de 2014, concretamente su Fundamento de Derecho Noveno¹³⁴, por la amplitud y relevancia de muchas de sus afirmaciones.

¹³³ Como ya se ha hecho alusión, o se trata, en estos casos, de valorar el hecho de que un suelo esté clasificado como urbanizable por el planeamiento, sino de estimar en términos económicos la frustración o privación de las facultades de participar en la transformación o promoverla. Así, en los casos en los que una decisión administrativa impide participar en la ejecución de una actuación de urbanización, o altera las condiciones de ésta, sin que medie incumplimiento por parte de los propietarios, se genera un derecho de indemnización.

¹³⁴ FD 9º: ...Si el contenido de la reserva de ley veda así «toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3). La regulación contenida en el art. 23.1 a) no infringe esta doctrina, pues la llamada al reglamento se hace tras enunciar el criterio tanto de la valoración del terreno como de la posibilidad de corrección del mismo al alza, estableciendo el tipo de factor al que puede responder esa corrección y los límites de la misma. No hay, por tanto, deslegalización alguna o remisión de la regulación a un reglamento independiente, sino búsqueda de la colaboración reglamentaria

en la concreción del factor de corrección y en la determinación de la forma en que el mismo debe aplicarse y ponderarse en el expediente.

...de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, «la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13). Y «en cuanto al contenido o nivel de la indemnización, una vez que la Constitución no utiliza el término de justo precio, dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable» (STC 166/1986, FJ 13).

La Constitución no exige, pues, que la indemnización correspondiente por la privación de bienes y derechos sea equivalente al valor de mercado de éstos, consintiendo así pues al legislador estatal un margen de apreciación para instituir distintas modalidades de valoración. Tampoco se deriva de la Constitución que el método de valoración del suelo haya de atender necesariamente al contenido del plan y, más concretamente, a la clasificación que éste prevea para el terreno. Este criterio podría considerarse preferible, como lo entienden en su demanda los diputados recurrentes; pero la controversia se desplazaría entonces desde el terreno de la constitucionalidad al de la oportunidad política. Por lo demás, la alegación de que la exposición de motivos, al apoyarse en el art. 36 de la Ley de expropiación forzosa, se basa en una interpretación errónea del mismo, carece, como dice el Abogado del Estado, de toda relevancia constitucional.

El art. 23 se separa de la búsqueda de un método de valoración que se aproxime al valor de mercado, porque, según se afirma en la exposición de motivos (apartado VI), en el mercado se producen fallos y tensiones especulativas. El legislador estatal pretende así enunciar unos criterios que permitan determinar el valor real u «objetivo» del bien; es decir, un valor que no incluya las expectativas urbanísticas generadas por la acción de los poderes públicos. De ahí, que el precepto desvincule efectivamente la valoración del suelo de su clasificación, atendiendo como criterio central al de la situación fáctica o real del terreno.

El establecimiento de un régimen singular de valoraciones del suelo no es, por otra parte, y como cabe señalar, una novedad de la regulación que ahora se impugna, sino una constante en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico. Más allá de las diferencias de los distintos regímenes de valoración del suelo que ha habido en nuestro país desde la Ley de suelo de 1956, lo cierto es que ninguna legislación urbanística ha remitido sin más, para la valoración del suelo, al valor de mercado, ni siquiera al régimen general de la legislación de expropiación forzosa.

Como este Tribunal ha reiterado (por todas, STC 61/1997, FJ 10), el legislador cuenta para la configuración singular de los distintos estatutos del derecho de propiedad, con un importante margen de discrecionalidad. Pues bien, el legislador estatal en ejercicio de su competencia para la regulación del derecho de propiedad del suelo (art. 149.1.1 CE), y en atención a la función social que ésta ha de cumplir (art. 33.2 CE), ha optado, en línea con nuestra tradición urbanística —tanto legislativa como jurisprudencial (por todas, STS de 18 de octubre de 2011)— y dentro de la libertad de conformación del derecho que le corresponde, por una concepción estatutaria de la propiedad urbanística conforme a la cual el *ius aedificandi* no forma parte integrante del contenido inicial del derecho, sino que se va adquiriendo en función del cumplimiento de los correlativos deberes urbanísticos. Así lo dispone el art. 7 del texto refundido de la Ley de suelo de 2008 que dice que «la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo». La patrimonialización de la edificabilidad, sigue explicando el precepto, «se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda». La edificabilidad no es, pues, una cualidad del suelo mismo, sino un contenido que le otorga la ley y el plan a cambio del cumplimiento de determinadas obligaciones. Y es indudable que esta configuración legítima del derecho de propiedad urbanística tiene lógicamente una incidencia y traducción en el régimen de valoración del suelo: el *ius*

aedificandi sólo se integra en la valoración del suelo cuando está ya patrimonializado, esto es, en el suelo urbanizado, mientras que, en el suelo rural, la indemnización de la simple expectativa urbanística se condiciona a la concurrencia de determinadas circunstancias establecidas en la Ley.

Desligada, así, la valoración del suelo de la clasificación del mismo, para fijar la indemnización en el suelo rural se abandona el método de comparación porque se entiende que «muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad y la eliminación de elementos especulativos, para lo que se adopta el método asimismo habitual de la capitalización de rentas pero sin olvidar que, sin considerar las expectativas urbanísticas, la localización influye en el valor del suelo, siendo la renta de posición un factor relevante en la formación tradicional del precio de la tierra» (exposición de motivos, V), por lo que se prevén mecanismos de corrección de la valoración inicial que responde únicamente a la capitalización de rentas.

Por otra parte, cuando el suelo está sometido a una transformación urbanizadora o edificatoria, el legislador, tal y como se explica en la exposición de motivos, contempla la indemnización de los «gastos e inversiones acometidos junto con una prima razonable que retribuya el riesgo asumido y se evitan saltos valorativos difícilmente entendibles en el curso del proceso de ordenación y ejecución urbanísticas» (exposición de motivos, VI). Y cuando «una decisión administrativa impide participar en la ejecución de una actuación de urbanización, o altera las condiciones de ésta, sin que medie incumplimiento por parte de los propietarios, se valora la privación de dicha facultad en sí misma, lo que contribuye a un tratamiento más ponderado de la situación en la que se encuentran aquéllos». De esta forma, se pretende establecer un régimen que, «sin valorar expectativas generadas exclusivamente por la actividad administrativa de ordenación de los usos del suelo, retribuye e incentiva la actividad urbanizadora o edificatoria emprendida en cumplimiento de aquélla y de la función social de la propiedad» (exposición de motivos, VI).

...En suma, como ya advertimos en la STC 149/1991, de 4 de julio, y desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal, para que la postulada insuficiencia de la indemnización concedida, ex art. 33.3 CE, «comporte la inconstitucionalidad de la norma que fija la indemnización para la expropiación de un conjunto de bienes, se ha de atender no a las circunstancias precisas que en cada supuesto concreto puedan darse, sino a la existencia de un 'proporcional equilibrio' [STC 166/1986, fundamento jurídico 13 B]] entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desprovista de base razonable» [FJ 8 B a)]. Ciñéndonos a los preceptos que son objeto de este proceso y a los términos en los que el debate procesal ha quedado delimitado por las alegaciones de las partes, puede afirmarse con razonable fundamentación que, *per se*, el método de valoración del suelo rural regulado en el art. 23.1 del texto refundido 2008 no incurre, con la salvedad del inciso declarado inconstitucional, en infracción del art. 33.3 CE. Pero es pertinente recordar que esta conclusión no cierra en modo alguno el paso a ulteriores pretensiones de los particulares ante la jurisdicción ordinaria, si estimaran que la concreta aplicación de los criterios de valoración lesiona sus derechos. En consecuencia y por esta segunda vía, la duda de constitucionalidad que pudiera suscitar dicha aplicación puede ser sometida, siempre que se aporten los necesarios elementos de juicio, a este Tribunal, toda vez que el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) «permite la sucesión entre recurso desestimado y cuestión de inconstitucionalidad sobre igual objeto, esto es, frente al mismo precepto legal y con fundamento en la infracción 'de idéntico precepto constitucional'» (STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 2).

Ninguna vulneración se advierte, por otra parte, del art. 14 CE —que exige que las situaciones homogéneas sean tratadas idénticamente en sus consecuencias jurídicas—, pues el art. 23 establece el método de valoración del suelo rural a efectos expropiatorios, reparcelatorios y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Y todos los propietarios que se vean afectados por una de estas operaciones o por un daño ocasionado por los servicios públicos reciben el mismo trato en la ley, que, claro está, lo que no regula es la valoración de los bienes en el mercado, la cual sigue sus propias leyes.

El art. 23 no vulnera el art. 14 CE porque no introduce diversidad alguna de trato entre ciudadanos que se encuentran en una situación sustancialmente igual, en la que se

Con todo, cabe afirmar que el sistema de valoración a efectos indemnizatorios que parte del criterio de la capitalización de rentas, modulado en atención a otros factores, es un sistema que incorpora criterios acordes con la idea del valor real o económico del bien y que, en principio y en abstracto, puede ofrecer un proporcional equilibrio, por ejemplo, entre el daño sufrido y la indemnización correspondiente, en línea con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTDEH de 24 de abril de 2003, caso Yıltaç Yıldız Turistik Tesisleri A.Ş. contra Turquía, y de 6 de diciembre de 2011, caso Anastasakis contra Grecia).

No obstante la propia ley reconoce que, en determinadas ocasiones, este criterio general puede no llegar a reflejar correctamente el valor real del bien. Así, la Disposición Adicional Séptima del TRLS/2008 autoriza que el tipo normal de capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación a que se refiere su artículo 23.1 pueda ser corregido —a través de la Ley de presupuestos generales del Estado en la redacción original de 2008, o mediante desarrollo reglamentario en la redacción vigente— cuando el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas. Es así se permite corregir al alza el valor obtenido por la capitalización real o potencial de la renta en función de factores objetivos de localización del terreno.

No obstante, respecto de dichos factores, el art. 23.1 prevé un máximo o límite a la corrección de la valoración del suelo, que incorpora un tope máximo fijo que no se halla justificado, que puede resultar inadecuado para obtener en esos casos una valoración del bien ajustada a su valor real y que,

encuentran todos los sometidos a expropiaciones, reparcelaciones o daños ocasionados por los servicios públicos, sin que esta situación sea equiparable a la venta de bienes y derechos en el mercado, la cual no puede erigirse en legítimo *tertium comparationis*, pues ello equivaldría a entender que el legislador estatal está obligado a establecer como método de valoración del suelo el método de mercado. Por tanto, y en cuanto el art. 23 no prevé diversidad de trato alguna, siendo una norma que se aplica por igual a todos los ciudadanos que se encuentran en la misma situación, resulta innecesario continuar el examen del precepto desde la óptica del principio de igualdad (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10, y 112/2006, de 5 de abril, FJ 5).

Por todo lo anterior, procede declarar que el art. 23 del texto refundido de la Ley de suelo 2008 no es inconstitucional con la única salvedad del inciso «hasta un máximo del doble» del párrafo tercero del apartado 1 a), que ha de reputarse contrario a la Constitución.

en consecuencia, puede impedir una determinación de la indemnización acorde con la idea del proporcional equilibrio, razones por las cuales el inciso «hasta el máximo del doble» del párrafo tercero del art. 23.1 a) se ha reputado contrario al art. 33.3 CE.

En resumen, tras la entrada en vigor de la LS/2007, y aunque caduque la acción de restauración de la legalidad urbanística, la falta de ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad no puede constituir un hecho jurídico en virtud del cual el propietario de suelo patrimonialice el valor urbanístico de una edificación ilegal, porque sólo los criterios legales de valoración (art. 34 y ss RDL 7/2015, de 30 de octubre) determinan el alcance patrimonial de las facultades que pueden llegar a formar parte del contenido del derecho de propiedad del suelo. Y esto es así debido a que, el valor de un bien ha de entenderse, no sólo como método de equiparación dineraria del bien, sino también como cualidad extrínseca del suelo, esto es, atributos alcanzados tras el proceso de transformación legal de ese suelo.

Sólo se puede valorar la edificación existente que se ajuste a la legalidad (art. 35 y 37 del RDL 7/2015, de 30 de octubre).

**VI.- EL PODER DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA
FRENTE A UNA EDIFICACIÓN ILEGAL Y SU DIVERSIFICACIÓN EN
POTESTADES.**

El poder atribuido a las Administraciones Públicas para controlar el cumplimiento de la legalidad urbanística frente a una edificación ilegal y su diversificación en potestades, como las de autorizar, inspeccionar y suspender obras, restablecer el orden urbanístico vulnerado y la realidad física indebidamente transformada o sancionar las infracciones sustantivas, ha sido una materia tradicionalmente inscrita en la disciplina urbanística¹³⁵.

Esta parte del derecho urbanístico, viene siendo conceptuada como aquella que regula las técnicas jurídicas que deben utilizar las Administraciones Públicas para hacer efectivo el poder que les otorga el ordenamiento jurídico, a fin de proteger la legalidad urbanística, cuando se producen, en el supuesto que aquí interesa, actos edificatorios y de transformación del suelo contrarios a la ordenación urbanística.

Pero, como se irá poniendo de manifiesto, la actuación llevada a cabo por la Administración en este campo, en el que se ha limitado, la mayor parte de las veces, a una absoluta pasividad, ha trascendido los efectos que debiera producir una mera técnica jurídica. Porque, lo que ha seguido a esa tolerancia de facto, ha sido la estabilidad y perpetuación de la situación de ilegalidad.

La falta de control administrativo y judicial de la actuación de la Administración en esta materia, junto con el hecho de no haberse apoyado el enjuiciamiento de la inactividad administrativa en todo el ordenamiento jurídico, así como los erróneos motivos que, a mi entender, han servido para justificar la existencia de la prescripción o caducidad del ejercicio de algunas de las potestades vinculadas al Poder de controlar y proteger la legalidad urbanística, han llevado a un resultado diametralmente contrario con el fin para cuyo cumplimiento se otorgó el Poder, esto es, a la práctica desaparición de los efectos antijurídicos de la acción particular ilegal,

¹³⁵ En cuanto a medidas que se pueden adoptar, en ejercicio de potestades que se reconducen en origen a ese Poder, se han de citar también, las ordenes de retirada de materiales y maquinaria, la notificación a las compañías suministradoras de servicios públicos a los efectos del cese de la prestación de los mismos; igualmente, el traslado al Registro de la Propiedad de las ordenes de suspensión de obras, para su constancia mediante nota marginal.

cuando no se ha ejercitado la potestad. Y, por supuesto, a ese resultado ha contribuido, indudablemente, la falta de concienciación social.

De esta definición ya se puede entrever que, como técnica urbanística, su fuente de regulación está en las legislaciones autonómicas, pero que, en cuanto potestad administrativa y por el fin público que se integra en esta competencia, su reglamentación excede de la concreta materia que asume el derecho urbanístico autonómico en lo concerniente a la disciplina urbanística.

La realización de una construcción ilegal, en cuanto hecho jurídico, ha de dar lugar a la actuación administrativa en defensa de la legalidad. Ésa actuación está basada en la existencia de títulos jurídicos justificativos de la actuación de potestades concretas, creadas y atribuidas por el ordenamiento jurídico a la Administración. Considero que esa defensa de la legalidad urbanística, de modo gráfico, constituiría el tronco común del Poder, del que arrancarían las potestades diferenciadas.

Ciertamente, la defensa de la legalidad urbanística es el título, la razón jurídica general, que legitima la actuación que ha de llevar a cabo la Administración; este título representa la juridificación material de un fin específico, al que ha de dirigirse la actividad administrativa. Pero no hay que dejar de lado que, junto a esta finalidad específica, siempre ha de estar presente la de hacer prevalecer el interés general, sobre la realidad antijurídica, mediante una actuación objetiva y eficaz de la Administración, en la que es imprescindible la verificación de esa realidad, previo el inicio del oportuno procedimiento administrativo, que excluya la inactividad administrativa y constate las circunstancias acaecidas en torno a la construcción.

La protección de la legalidad urbanística es una actividad administrativa de intervención, y así viene recogida en artículos como el 84 LRBRL y los artículos 2 a 6 del RSCL.

Cuando se ha producido una trasgresión en materia urbanística, concretamente, una actuación edificatoria ilícita, las Administraciones Públicas deben reaccionar frente a esta situación, mediante una serie de actuaciones, en virtud de las cuales se adoptan concretas medidas de reacción, o técnicas de control de la legalidad urbanística, como las que se relacionan a continuación:

- ❖ Restaurar el orden urbanístico infringido o vulnerado, bien legalizando a posteriori la actuación infractora, bien ordenando la demolición de lo indebidamente construido, reponiendo la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción, esto es, a su situación original.
- ❖ Sancionar a los autores o coautores de la infracción urbanística
- ❖ Exigir de los responsables la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la Administración con la infracción.

Parte de la doctrina – F.A. CASTILLO BLANCO - considera que, bajo la denominación de protección de la legalidad urbanística, se engloban las actuaciones señaladas en el primer y tercer lugar del párrafo anterior. Para otros autores – GARCIA DE ENTERRIA y PAREJO ALFONSO- el ámbito de protección de la legalidad urbanística es mucho más restringido, ciñéndolo de forma exclusiva a las medidas jurídicas adoptadas para impedir la eficacia de las actuaciones que no se encuentren amparadas en un título jurídico o que, amparadas en éste, sin embargo no se ajusten a la legalidad, quedando al margen de ella las medidas tendentes a restablecer la realidad física alterada, la potestad sancionadora por infracciones urbanísticas y la exigencia del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por dichas infracciones.

Por su parte, el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por RD 2187/1978, de 23 de junio (RDU), que es de aplicación supletoria a la legislación autonómica, se refiere en su Título II a la “Protección de la legalidad Urbanística”, mientras que su Título III se destina específicamente a las “Infracciones urbanísticas y su sanción”

En el fondo entiendo que, ante la necesidad de estructurar esta exposición, para comprender de una forma global esta materia y sistematizarla sería preciso mostrar un tronco común, provisto de principios genéricos contra la vulneración de la legalidad y de determinaciones del planeamiento y Programas –el Poder de protección de la legalidad urbanística y medioambiental- del que se diversificaran las potestades diferenciadas y sus respectivos procedimientos, las cuales, pese a su sustantividad propia, compartirían un origen común, al coincidir los hechos que legitiman el ejercicio de una u otra potestad¹³⁶.

Como es sabido, tras la *STC 61/1997, de 20 de marzo*, el desarrollo legislativo de la disciplina urbanística pasa a ser una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. En cuanto a la referida competencia autonómica en materia de disciplina urbanística, sus respectivas legislaciones han determinado, en general, que la misma comprende las siguientes funciones:

- ❖ Otorgamiento de licencias urbanísticas, órdenes de ejecución y decretar el estado ruinoso de una construcción.
- ❖ Inspeccionar las obras, edificaciones y usos del suelo para comprobar el cumplimiento de la legalidad urbanística.
- ❖ Adoptar las medidas necesarias para la restablecer, restaurar o reintegrar el orden jurídico vulnerado y reponer, en su caso, los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal.
- ❖ Sancionar a los responsables de las infracciones urbanísticas tipificadas

¹³⁶ La concepción amplia de los términos "disciplina urbanística" la han defendido, entre otros, A. CARCELLER FERNANDEZ, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Ed. MONTECORVO, 1991 y Mercedes FUERTES, que mantiene que *no debería adoptarse una interpretación muy estricta, que limitara la cooperación del Registro en aquellos casos en que se adoptaran medidas de protección de la legalidad, sin haberse iniciado un concreto procedimiento para perseguir una conducta tipificada como infracción urbanística, ...no parece adecuado limitar los medios de protección de los terceros adquirentes al anuncio sólo de la existencia de posibles infracciones urbanísticas y ocultar actuaciones administrativas que se dirigen también a la protección de la legalidad, como es el caso de la suspensión de obras sin licencia...el comienzo del procedimiento de revisión de una licencia;* *Urbanismo y Publicidad Registral*, ed. MARCIAL PONS, Madrid, 200, pág 127,129. La Resolución DGRN de 4 de febrero de 1992 califica de obligatoria la constancia registral de los expedientes de disciplina urbanística.

- ❖ Exigir de los responsables la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la Administración con la infracción urbanística (cuando se han producido daños y luego se legaliza la obra).

Incluso se puede avanzar en este estudio considerando que, dentro de la actividad administrativa enmarcada en la disciplina urbanística, también se puede incluir, por su interés práctico, la revisión de los concretos actos administrativos cuyo contenido es la expresa autorización de obras, dictados en clara confrontación con la normativa urbanística, puesto que, como se explicó en el apartado 5.3, ya no es necesario tramitar un procedimiento de revisión para anular una licencia otorgada por silencio administrativo, pero si sería necesario en caso de otorgamiento expreso de una licencia ilegal.

En definitiva, del contenido amplio de lo que debe considerarse, desde el punto de vista material, como disciplina urbanística, pero desde la sistemática de la totalidad del ordenamiento jurídico, por cuanto las funciones implican la existencia de un Poder administrativo, se exponen en este trabajo los aspectos más relevantes en relación con las potestades citadas, (concesión de licencia, inspección urbanística, restauración del ordenamiento urbanístico vulnerado y reposición de la realidad física a su estado originario¹³⁷, sancionadora, exigencia a los responsables de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la Administración con la infracción), para poder justificar las conclusiones que se plasman en el mismo.

6.1.- ORIGEN DE LA PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

Como veremos, una de las más típicas expresiones de la autotutela administrativa es la relativa a la protección de la legalidad urbanística¹³⁸.

¹³⁷ ARREDONDO GUTIERREZ, José Manuel. *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*. Editorial COMARES, 2000.

¹³⁸ STC 22/1984, de 17 de febrero.

En este contexto es preciso analizar los factores que han contribuido a la gestación del régimen de reacción de los poderes públicos para la defensa de la legalidad urbanística y cómo se ha ido conformando legalmente, hasta llegar a su actual regulación, para poder apreciar si, pese a que la cobertura jurídica ha sido positiva, el ejercicio del Poder no ha sido eficiente, o si la insuficiencia es predicable en ambas instituciones¹³⁹.

Las medidas administrativas de protección de la legalidad urbanística tuvieron su origen en la potestad de policía urbana. Dichas medidas son el resultado del ejercicio del poder de protección del orden urbanístico y su configuración actual parte de la conversión del urbanismo en una función pública.

Estas medidas evolucionaron en dos vértices, las relaciones de vecindad entre los particulares y las técnicas de protección del dominio público. Es en éstas últimas donde específicamente se residencia, en principio, el ejercicio de la potestad de restauración del orden urbanístico.

A continuación paso a exponer un pequeño resumen histórico de cómo han ido gestándose estas medidas.

Así, remontándonos a las primeras disposiciones relativas a la función de policía urbana, dirigidas a reglamentar y controlar la actividad constructiva en el espacio urbano, observamos que se empezaron a adoptar a partir del S.XII, como consecuencia directa del desarrollo de las instituciones municipales y del crecimiento de las ciudades en la Baja Edad Media.

Durante el Antiguo Régimen, la parte principal de la potestad de policía urbana encomendada a los Ayuntamientos y regulada en las ordenanzas municipales, consistió, además de lo concerniente a la higiene de la vía pública y condiciones de la actividad constructiva, en la formación de planes de urbanización de la ciudad o parte de la misma. La exigencia de

¹³⁹ BASSOLS COMA, M. "Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)" Ed. MONTECORVO, 1973, pág. 75 y ss.

licencia de edificación previa, surgida en las ordenanzas municipales, tuvo como motivo principal la ejecución del acto de deslinde, entre el predio que se pretendía construir y el reservado a vía pública.

A partir del S. XVII, y durante el siguiente, al amparo del ideal ilustrado de ciudad, se hace patente la preocupación creciente de la Ilustración por preservar el crecimiento ordenado de las ciudades, una muestra de ello son las Ordenanzas de Cádiz de 1792.

Por otro lado, es significativo que el Estado asuma también competencias respecto de la actividad de policía urbana, que hasta este momento es expresión de la potestad normativa municipal, a través de ordenanzas, coincidiendo con la elaboración de los planes de obras públicas y de fomento iniciados en ese momento, con el dismantelamiento de la estructura gremial y la reforma de las ciudades. La intervención monárquica en la vida municipal se produjo a través de la figura de los corregidores, que asumieron las funciones de vigilancia de las edificaciones y protección de los bienes demaniales. De forma progresiva, en la medida en que se va instaurando la centralización de signo absolutista, los municipios van perdiendo la competencia en este tema, cediéndola al Estado.

En cuanto al control de las edificaciones en el siglo XIX, el advenimiento del Estado de Derecho determinará, como es evidente, que dicha actividad llevada a cabo por los municipios y por el Estado, se vea acompañada de la necesidad de una atribución legislativa previa de la consiguiente potestad, de conformidad con el principio de legalidad, manifestación primaria y esencial del Estado de Derecho, pero la concepción civilista del derecho de propiedad del suelo sigue indemne a los cambios. Igualmente se observa la implantación del control en vía jurisdiccional de los actos administrativos dictados en esta materia.

Posteriormente, la Constitución de 1812 plasmó el principio de sometimiento de la actividad municipal de policía urbana a las leyes y ordenanzas municipales, sin perjuicio de la intervención estatal, principalmente a ese nivel

legislativo. Especialmente relevantes fueron la Real Orden de 9 de febrero de 1863¹⁴⁰, la Orden de 25 de abril de 1874, el RD de 31 de mayo de 1893, que aprueba el reglamento para la aplicación de la Ley sobre Ensanche de Población en Madrid y Barcelona¹⁴¹ y el RD de 15 de diciembre de 1896, para la aplicación de la Ley de 18 de marzo de 1895, de mejora, saneamiento y reforma interior de las grandes poblaciones.

Tal y como afirman GARCÍA DE ENTERRIA Y PAREJO ALFONSO¹⁴², esta normativa contempló la licencia urbanística como un instrumento básico de control de la observancia de las determinaciones urbanísticas públicas y como una técnica que condicionaba el ejercicio del *ius aedificandi* del propietario privado.

No obstante, CASTILLO BLANCO¹⁴³ mantiene que en esta materia sigue latente, más que la preocupación objetiva de protección del espacio urbano, la protección demanial, origen de la protección de la legalidad urbanística, afirmando que, aunque se contempla la necesidad de licencia previa como una limitación al ejercicio del derecho a edificar, implícito en la titularidad dominical, su exigibilidad no estaba condicionada a la localización urbana o rústica del terreno, a la existencia previa de unas ordenanzas municipales, ni siquiera a la aprobación previa de un plan o proyecto de urbanización, porque lo que se protegía realmente era el dominio público. Precisamente por ello, manifiesta este autor, se distinguía entre la licencia de edificación y la técnica de la alineación individual, que se exigía de forma previa a la licencia.

¹⁴⁰ Prevé la necesidad de licencia de obras o edificaciones en aquellas zonas urbanas sujetas a planes de nuevas alineaciones, atribuyendo al Arquitecto Municipal competencia para proceder a su suspensión, dando cuenta al Alcalde, para que por éste se acuerde su demolición a costa del propietario.

¹⁴¹ Así, en su artículo 53 crea la competencia de ejercer la potestad de reacción frente a la ejecución de obras que incumplen lo previsto en proyecto y la atribuye a los municipios.

¹⁴² GARCÍA DE ENTERRIA, E Y PAREJO ALFONSO, L, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, CIVITAS Madrid, 1981.

¹⁴³ CASTILLO BLANCO, Federico A. *Régimen Jurídico de las Actuaciones Urbanísticas sin Título Jurídico Autorizante*. Editorial THOMSON ARANZADI, S.A. 2006, pág 34.

Cabe vislumbrar que quizás estas posturas no serían ahora tan divergentes, si se considera que la ordenación del territorio, que tímidamente va adquiriendo un carácter integral, vista no desde la óptica normativa-abstracta, sino desde la físico-concreta de la planificación territorial, es la que delimita los espacios públicos, pero es evidente que en el momento al que se refieren estas indicaciones la idea de derecho de edificar divergía de la actual.

Otra de las instituciones primordiales para dar respuesta a la necesidad de transformación urbanística de la ciudad consolidada fue la declaración de fuera de ordenación de edificios, institución que comienza en este periodo a implantar sus raíces.

Así mismo, surgen órganos y oficios, como el de arquitecto municipal, que repercutirán de forma decisiva en la acción de policía urbana.

Es preciso destacar que, en el S.XIX, las dos técnicas urbanísticas por excelencia son el ensanche y la reforma interior de poblaciones¹⁴⁴. Las mismas son producto de una combinación de factores entre los que destacan, la implantación del nuevo orden burgués, el crecimiento demográfico de las ciudades y su falta de dotaciones de servicios e infraestructuras de toda clase.

Finalmente, y a fin de justificar por cuanto se ha expuesto el distanciamiento que, hasta época reciente, ha existido entre el modelo clásico civilista de la propiedad privada del suelo y el incipiente modelo público-urbanístico, lo que resulta de trascendental importancia es que, hasta el surgimiento del derecho urbanístico español, no imperó la idea de protección de la legalidad objetiva urbanística, como un producto racional de intereses primarios de la colectividad y como una competencia municipal (Estatuto Municipal de 1924, Reglamento de Obras y Servicios Municipales de 14 de julio de 1924, Ley de Bases de Régimen Local de 1945).

¹⁴⁴ Ley de Ensanche de 1892 y Ley de Reforma Interior de 1895.

6.1.1.- REGULACIÓN DEL PODER DE PROTECCIÓN DEL ORDEN LEGAL EN EL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL.

Como se puede observar con lo que a continuación se expone, los cambios en la concepción dominical civilista del suelo y de la configuración jurídica del territorio urbano ha sido significativos, pero quizás la actuación administrativa en su reconocimiento y las implicaciones derivadas de la falta de atención de los nuevos principios por su parte, no han estado a la altura del nuevo marco legal establecido.

A) Ley de 12 de mayo de 1956.

Esta Ley constituyó un hito histórico de fundamental importancia en el sistema urbanístico español, en la medida en que consagró la articulación de las distintas técnicas urbanísticas existentes hasta ese momento, para sistematizarlas y dotarlas de coherencia y racionalización. Esta norma jurídica, que supuso la completa publicación de la ordenación urbanística, fue calificada como el acta de nacimiento del derecho urbanístico español, al codificar en un texto único, con unidad de criterio, todas las reglas relativas al urbanismo, hasta ese momento dispersas y obedientes a principios diversos. Esto implicó el salto decisivo para superar definitivamente la concepción de las potestades administrativas, en el campo del urbanismo, como simples potestades de policía municipal, que imponían ciertas limitaciones por razón de salubridad o de relaciones de vecindad a un derecho subjetivo privado.

Hasta ese momento, como se ha indicado, lo que está en el origen de las distintas reformas legislativas emprendidas, son las alineaciones, los ensanches y la perspectiva de protección de la sanidad pública. La irrupción de la Ley de 1956 implicó la introducción de la concepción estatutaria de la propiedad y el establecimiento del urbanismo como una función pública.

No obstante, y pese a que este texto legal se colocó en la vanguardia del derecho europeo, se produjeron varias circunstancias que coadyuvaron a la implantación de un modelo que primó la iniciativa privada y potenció la

utilización del sector de la construcción, como factor de desarrollo y de producción de grandes capitales a corto plazo. Esto hizo conveniente la permaneciera el concepto civil de de la propiedad y la correlativa congelación del concepto estatutario, que se contenía en la Ley del Suelo de 1956.

Las circunstancias mencionadas fueron, por un lado, la introducción de la figura del urbanismo concertado, sobre la base del principio de identificar la iniciativa privada, con el propietario del suelo, el cual ostentó de manera exclusiva el derecho a urbanizar. Por otro lado, se hallaba la mala situación financiera por la que atravesaban los Ayuntamientos¹⁴⁵ y, de forma sobresaliente, el principio liberal de intervención mínima del poder público.

A nivel conceptual, la disciplina urbanística sufrió un giro esencial, ante la perspectiva de una consideración objetiva, y no subjetiva, del derecho de propiedad, configurándose un sistema de sanciones y de responsabilidades para las transgresiones urbanísticas, al tiempo que se articulaba la acción pública en materia urbanística, completada con un sistema de recursos administrativos y judiciales.

Fácilmente se aprecia que esta Ley consagró los medios técnico-jurídicos adecuados para combatir los efectos de la indisciplina urbanística, que han llegado hasta nuestros días. De este modo, hay que resaltar que es en ese momento cuando se empiezan a perfilar las tres principales medidas sobre las que pivotará el ejercicio de la disciplina urbanística, estableciéndose un régimen diferenciado entre ellas. Estas medidas fueron:

- ❖ La reintegración del orden conculcado por la vía de la autotutela declarativa, mediante actos administrativos, de contenido decisorio obligacional, que son la causa, razón o

¹⁴⁵ En un principio, el sistema de gestión urbanística principal era la expropiación forzosa, pero la imposibilidad de los Ayuntamientos de adquirir por este medio los bienes dotacionales, debido a la necesidad de abonar previamente un justiprecio, propició el recurso de permitir que se edificara primero y luego se urbanizaran esos suelos dotacionales, comprometiéndose el propietario, que edificaba, a cederlos y a ejecutar él mismo su urbanización.

fundamento para que, en caso de su incumplimiento por el administrado, se dicte otro acto administrativo que ordene la ejecución. Este último acto constituye el acto administrativo ejecutorio inmediato, para imponer la obligación que estableció el acto que le sirvió de presupuesto o título jurídico. La restitución de la legalidad se podía alcanzar también por medio de la anulación o revocación de los actos ilegales, así como por medio de la autotutela ejecutiva. Esta última consistente en la restitución material de las cosas a su estado anterior a la trasgresión, por medio de la ejecución forzosa administrativa.

- ❖ La aplicación de la potestad sancionatoria.
- ❖ El resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios derivados de la vulneración de la legalidad (en virtud del régimen común sobre responsabilidad extracontractual art. 1902 y ss CC, o de lo dispuesto en el ordenamiento administrativo sectorial)

Se puede advertir, sin profundizar en este momento, que no se ha avanzado nada respecto del diseño de estas clásicas medidas y las que se proyectan en la actualidad.

El régimen básico para la reacción frente a actos sin licencia o que se efectuaban sin ajustarse a las condiciones legítimas contenidas en la licencia, se configuró en el artículo 171¹⁴⁶. Este artículo preveía, que tras el plazo de dos meses y la adecuada comprobación sobre la adecuación a la ordenación urbanística, se debía acordar la demolición o legalización de la obra.

¹⁴⁶ Art. 171: 1. El Ayuntamiento, la Comisión Provincial de Urbanismo o sus respectivos Presidentes dispondrán la suspensión de los actos relacionados en el artículo 165 que se efectuaren sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones legítimas señaladas. 2. En el plazo de dos meses, el Organismo competente para otorgar la licencia efectuará la adecuada comprobación y acordará: a) Demoler las obras e impedir definitivamente los usos cuya licencia hubiera sido improcedente o que no se ajustaren a las citadas condiciones y b) Legalizar las obras y autorizar los usos que se amoldaren a aquéllas. 3. Si se tratare de parcelaciones sin licencia o sin ajustarse a la otorgada, cualquiera de las Autoridades u Organismos a que se refiere el párrafo primero prohibirá, además, todo intento de urbanizar u edificar los terrenos, dispondrá la destrucción de lo realizado y podrá expropiarlos sin requisitos de formulación de previo proyecto. 4. Si no se adoptare el acuerdo en el plazo señalado, quedará levantada la suspensión.

De forma significativa hay que indicar que esta Ley no estableció plazo temporal limitativo alguno para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Esta previsión fue completada mediante la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre protección de las zonas verdes y el Decreto 1753/64, de 11 de junio, que consideraba construcciones clandestinas o ilegales a aquellas que se realizasen sin licencia municipal. En el origen del señalamiento de plazos parece estar el ejercicio de la potestad de recaudación, con la consideración de la demolición como una sanción, y la consiguiente confusión del procedimiento sancionador y el de restablecimiento de la legalidad urbanística.

B) Ley de Suelo de 1975 y el Texto Refundido de 1976.

Constatado el reiterado incumplimiento de la legislación urbanística, que se produjo durante la vigencia de la Ley de 1956, se introduce un cambio en el sistema por medio de esta nueva normativa. Los artículos 184 a 188 del TRLS/1976 establecieron el modelo básico de protección de la legalidad urbanística, distinguiendo tres grandes supuestos:

- obras (actos de edificación o uso del suelo) sin licencia o en contra de la licencia otorgada –art. 184 y 185-
- obras realizadas al amparo de licencias ilegales –art. 186 y 187-
- obras en zonas verdes o espacios libres –art. 188¹⁴⁷-

¹⁴⁷ STS 25 de noviembre de 2002 (RJ 10507, Rec. Casación 529/1999). En su FD Tercero afirma que el régimen establecido en el Art. 188 TRLS/1976 sólo afecta a los actos de edificación y uso del suelo en terrenos calificados como zonas verdes y espacios libres por el planeamiento, pero que no cabe asimilar a zonas verdes y espacios libres el suelo no urbanizable de protección de espacios naturales, y de este modo, en el supuesto de que tras la STC 61/1997 se deba aplicar este artículo y no el 255.1 TRLS/1992, queda justificado que se considere caducada la acción administrativa para establecer medidas de protección de la legalidad urbanística.

A estos supuestos se aplicaban las siguientes medidas de reacción frente a la trasgresión de la legalidad urbanística:

- En el supuesto de obras no concluidas, la suspensión, tanto de los actos materiales como jurídicos: art. 184 y 186.
- Requerimiento de legalización. Si no era posible la legalización de las obras efectuadas sin o contra licencia, por ser incompatibles con la ordenación urbanística, o si la legalización no se había solicitado en el plazo de dos meses, o cuando no se ajustaban las obras a la licencia concedida u orden de ejecución dictada, procedía su demolición según los artículos 184.3 y 185.2.
- Por último, se preveía la revisión y consiguiente anulación de las licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituía infracción urbanística grave – art.187- y la demolición.

No obstante lo enunciado, la doctrina puso de manifiesto que los mecanismos legales de restauración frente a la conculcación del orden urbanístico, en cuanto reflejo del ejercicio del genérico poder de protección de la legalidad urbanística, se vinculaban, de forma excesiva, con la infracción urbanística y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, como puede apreciarse en los art. 186 y 187 de la Ley y arts. 34 y 36 del RDU.

En dichos artículos, se presume la existencia de una infracción urbanística grave como premisa y se determina que el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas fuera también de un año, tal y como preceptuaba el artículo 230 TRLS/1976.

Hubo un planteamiento para esclarecer el problema mediante la redacción del artículo 51 RDU. Pero lo cierto es que la consideración de la demolición, medida de restitución de la legalidad urbanística, como una sanción, conllevó la aplicación del plazo de prescripción del artículo 230 TRLS/1976 (infracciones urbanísticas vinculadas a la imposición de sanciones), a fin de paralizar la demolición de construcciones sin licencia, poniéndose en concordancia con el artículo 185 del texto refundido.

C) Ley de Suelo de 1990 y el Texto Refundido de 1992.

La Ley de 1990 fue la primera norma que, en su artículo 25.2, exigió a notarios y registradores de la propiedad la exigencia de licencia para autorizar e inscribir escrituras de declaraciones de obra nueva.

Las medidas administrativas de protección de la legalidad urbanística se implantaron en los artículos 248 y siguientes del TRLS/1992¹⁴⁸, los cuales señalaron que respecto de las obras en curso de ejecución o ya ejecutadas, que fueran incompatibles con la ordenación vigente, se decretara su demolición a costa del interesado, y sólo, cuando las obras fueran compatibles con la ordenación vigente, procedería el requerimiento de legalización.

Siguiendo el sistema tradicional, se diferenció entre la actuación realizada sin licencia y las actuaciones o usos que venían amparados en una licencia ilegal.

De este modo, se establecieron una serie de supuestos de perturbación de la legalidad urbanística, correspondiéndoles a cada uno de ellos una concreta medida de preservación de la realidad física conculcada.

La obra en ejecución sin licencia se reguló en el artículo 248¹⁴⁹ Para las obras ya finalizadas, también sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones, fue de aplicación el régimen contenido en el artículo 249¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Estos artículos están incluidos en el Título Séptimo Intervención Administrativa en la edificación y uso del suelo y disciplina urbanística. La Sección 3ª del Capítulo Primero: Protección de la legalidad urbanística, comprende los artículos 248 a 256.

¹⁴⁹ **Artículo 248.** *Obras de edificación sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones en curso de ejecución. 1. Cuando se estuvieran ejecutando obras sin licencia, el órgano municipal competente dispondrá la suspensión inmediata de dichos actos y, previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos siguientes: a) Si las obras fueran incompatibles con la ordenación vigente, se decretará su demolición a costa del interesado en todo caso, procediéndose a la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno, si el propietario no hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico o hubiera transcurrido el plazo para solicitar licencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31. b) Si las obras fueran compatibles con la ordenación vigente y el interesado hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, se le requerirá para que en el*

Consabido es, que el artículo 249 fue declarado inconstitucional, porque perseguía regular la reacción del ordenamiento por infracción de la legalidad urbanística. Ahora bien, quizás se debió tener presente que en la realidad no era un único ordenamiento el que iba a regular esta materia, sino 17 Entes territoriales con poder legislativo para diseñar esa reacción. De modo que, se iban a sentar los presupuestos para que se pudiera conculcar el principio de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo, debido al establecimiento de diferentes plazos para actuar la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, en cada uno de los ámbitos territoriales de esos Entes territoriales.

plazo que establezca la legislación aplicable o, en su defecto, en el de dos meses, solicite la preceptiva licencia. De no tener adquirido dicho derecho o no solicitarse licencia, se acordará la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno correspondiente, con las obras existentes al tiempo de la suspensión. 2. Cuando las obras de edificación se realizasen contraviniendo las condiciones señaladas en la licencia u orden de ejecución, el órgano municipal competente dispondrá su suspensión inmediata y, previa la tramitación del oportuno expediente, el ajuste de las obras a la licencia u orden citadas, en el plazo que se señale, que no podrá exceder del fijado en dichos actos para finalizar las obras. La falta de ajuste en el mencionado plazo determinará la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno correspondiente y de las obras realizadas, de conformidad con la licencia u orden que puedan mantenerse, deduciéndose del justiprecio los costes de demolición que sean precisos.

¹⁵⁰ **Artículo 249.** *Obras terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones 1. Si hubiere concluido una edificación sin licencia, el Ayuntamiento, dentro del plazo de cuatro años a contar desde la total terminación de las obras, adoptará, previa la tramitación del oportuno expediente, alguno de los acuerdos siguientes: a) Si la edificación fuera conforme con el planeamiento, se requerirá al interesado para que en el plazo que establezca la legislación aplicable o, en su defecto, en el de dos meses solicite la oportuna licencia. Esta deberá otorgarse si se hubiera ya adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico. En otro caso, la licencia quedará condicionada a que, en el plazo que se fije, se cumpla o garantice el deber de urbanizar y se abone, en su caso, el aprovechamiento materializado en exceso sobre el susceptible de apropiación, por su valor urbanístico. Procederá la expropiación o venta forzosa del terreno con la edificación, en los casos en que no se solicite la licencia o se incumplan las referidas condiciones. b) Si la edificación fuera disconforme con el planeamiento, se dispondrá su demolición. Procederá la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno cuando al tiempo de su terminación no se hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico o hubiera transcurrido el plazo para solicitar licencia. En otro caso, habrá de solicitarse en el plazo que se señale. 2. Si se hubiere concluido una edificación contraviniendo las condiciones señaladas en la licencia u orden de ejecución, el Ayuntamiento, dentro del plazo de cuatro años, previa la tramitación del oportuno expediente, requerirá al interesado para que ajuste la edificación a la licencia u orden de ejecución o en caso de ser conforme con la legislación urbanística aplicable, solicite la oportuna licencia en el plazo que establece la legislación aplicable o, en su defecto, en el de dos meses. Desatendido el requerimiento, se dispondrá la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno correspondiente y las obras realizadas, de conformidad con la licencia u orden de ejecución que puedan mantenerse, deduciéndose del justiprecio los costes de las demoliciones precisas.*

Con carácter general, y para cualesquiera otros actos distintos de los anteriores, que se realizasen sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones, el artículo 250 contempló las medidas de legalización de dicho uso, actividad o acto¹⁵¹.

Por último, el artículo 251 preveía que, lo dispuesto en los tres artículos anteriores, se debía entender sin perjuicio de la imposición de las sanciones que procedieran y de las facultades que correspondieran a las autoridades competentes, en virtud del régimen específico de autorización o concesión a que estén sometidos determinados actos de edificación.

Igualmente se abordó, en el artículo 252¹⁵², el régimen de subrogación de las Comunidades Autónomas en dichas facultades, ante la pasividad municipal en la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística.

Los efectos de la constatación de una infracción urbanística grave, se regularon en los artículos 253 y 254¹⁵³; este último se remitía a los

¹⁵¹ **Artículo 250.** *Otros actos sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones. Cuando algún acto distinto de los regulados en el artículo anterior y precisado de licencia se realizase sin ésta o en contra de sus determinaciones, el órgano municipal competente dispondrá la cesación inmediata de dicho acto, debiendo el interesado solicitar licencia o ajustar la actividad a la ya concedida, en el plazo que establezca la legislación aplicable o, en su defecto, en el de dos meses. En defecto de solicitud de licencia o cuando ésta no pueda concederse por disconformidad con la ordenación vigente, se procederá a impedir definitivamente dicha actividad y, en su caso, a ordenar la reposición de los bienes afectados al estado anterior al incumplimiento de aquélla.*

¹⁵² **Artículo 252.** *Subrogación de las Comunidades Autónomas. En las actuaciones sin licencia u orden de ejecución, las medidas reguladas en esta sección serán acordadas por el órgano autonómico competente, si requerido el Ayuntamiento a estos efectos, no las adoptara en el plazo de un mes, a contar desde la recepción del requerimiento.*

¹⁵³ **Artículo 253.** *Suspensión de licencias y paralización de obras 1. El Alcalde dispondrá la suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución y consiguientemente la paralización inmediata de las obras iniciadas a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave. 2. El Alcalde procederá, en el plazo de tres días, a dar traslado directo de dicho acuerdo a la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente, a los efectos previstos en el artículo 118 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 3. Si la sentencia anulara la licencia se estará a lo dispuesto en el artículo 40 de esta Ley. 4. Lo dispuesto en los números anteriores se entiende sin perjuicio de las sanciones procedentes.*

Artículo 254. *Revisión de licencias u órdenes de ejecución 1. Las licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves definidas en esta Ley deberán ser revisadas dentro de los cuatro años desde la fecha de su expedición por la Corporación municipal que las otorgó a través de alguno de los procedimientos del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo. 2. Anulada la*

procedimientos establecidos en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 18 de julio de 1958.

Por último cabe significar que los medios de restauración del orden urbanístico en zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres se normalizaron sin sujeción a plazo alguno para la reacción, según dispuso el artículo 255¹⁵⁴.

Finalmente, el artículo 256 determinó que, siempre que la obra de edificación se estuviera realizando o se hubiera realizado ya, en suelo no urbanizable o urbanizable no programado sin Programa de Actuación Urbanística aprobado, la aplicación de la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa tendría carácter facultativo.

D) Legislación autonómica respecto del señalamiento de plazos de caducidad/prescripción de la potestad de restauración de la legalidad urbanística.

En las distintas CCAA se han dictado normas en torno a esta materia. Es en este contexto, en el que se puede originar la desigualdad en el ejercicio del derecho de propiedad, porque el establecimiento de plazos diferentes de caducidad o prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, pueden repercutir en dicho ejercicio.

licencia en el procedimiento previsto en el número anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 40 de esta Ley. 3. Lo dispuesto en los números anteriores se entiende sin perjuicio de las sanciones procedentes.

¹⁵⁴ **Artículo 255.** Los actos de edificación o uso del suelo relacionados en el artículo 242 que se realicen sin licencia u orden de ejecución sobre terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres quedarán sujetos al régimen jurídico establecido en el artículo 248 mientras estuvieren en curso de ejecución, y al régimen previsto en el artículo 249 cuando se hubieren consumado sin que tenga aplicación la limitación de plazo que establece dicho artículo. 2. Las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes serán nulas de pleno derecho. Mientras las obras estuvieren en curso de ejecución se procederá a la suspensión de los efectos de la licencia y la adopción de las demás medidas previstas en el artículo 253. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Se reseñan a continuación cómo se han fijado algunos de estos plazos en la legislación autonómica, para comprobar la diferente regulación:

1.- PLAZO DE CUATRO AÑOS: En la CCAA de Cantabria, Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en su artículo 208 se establece un plazo de cuatro años, sin especificar si es de caducidad o prescripción; lo mismo ocurre en el Decreto Legislativo 1/2010, de 18/05/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, artículo 182.4; y en la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (art. 212.1); así como en la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (art. 114); en la Ley Foral de Navarra 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (art. 200) y en la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco (art. 224).

* Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias.

Artículo 180 Plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y restablecimiento del orden jurídico perturbado

1. La Administración sólo podrá adoptar válidamente las medidas cautelares y definitivas de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico perturbado mientras los actos y usos estén en curso de ejecución y dentro de los cuatro años siguientes a la completa y total terminación de las obras o el cese en el uso.

2. La limitación temporal del número anterior no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad y restablecimiento del orden jurídico perturbado 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: 1) Sin licencia urbanística y, en su caso, calificación territorial previa o contraviniendo las determinaciones de ellas, cuando una y otra sean preceptivas, sobre cualquiera de las categorías de suelo rústico establecidas en el apartado a) del artículo 55 de este Texto Refundido. 2) En dominio público o en las zonas de protección o servidumbre del mismo. 3) Afectando a bienes catalogados o declarados de interés cultural en los términos de la legislación sobre el Patrimonio Histórico. 4) Los que afecten a viales, espacios libres o zonas verdes públicas. 5) Los que afecten a áreas no edificables privadas, que sean computables a efectos de la capacidad alojativa de los centros turísticos.

* Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

El artículo 195.1 en cuanto al plazo para ejercer la potestad de restauración de la legalidad urbanística es de cuatro años desde la total terminación de las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ella.

* Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, artículo 228.

2- PLAZO DE SEIS AÑOS: * Artículo 185.1 de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía. Plazo para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística.

1. Las medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado previstas en este capítulo sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los seis años siguientes a su completa terminación.

2. La limitación temporal del apartado anterior no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los siguientes actos y usos:

- A) Los de parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable.
- B) Los que afecten a:
 - a) Terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral.
 - b) Bienes o espacios catalogados.
 - c) Parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente.
 - d) Las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o de los Planes de Ordenación Intermunicipal, en los términos que se determinen reglamentariamente.

El legislador autonómico en este caso no emplea el término caducidad, ni el de prescripción.

* Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

Artículo 199 Procedimientos de protección de la legalidad urbanística

1. Todas las acciones o las omisiones que presuntamente comporten vulneración de las determinaciones contenidas en esta Ley, en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas urbanísticas municipales, sujetos a sanción de conformidad con lo que establecen esta Ley y el reglamento que la desarrolle, deben dar lugar a las

actuaciones administrativas necesarias para aclarar los hechos y, subsiguientemente, o bien directamente, si no se requiere información previa, a la incoación de un expediente de protección de la legalidad urbanística.

2. La potestad de protección de la legalidad urbanística es de ejercicio preceptivo. El ejercicio de esta potestad da lugar a la instrucción y la resolución de un procedimiento o de más de uno que tienen por objeto, conjuntamente o separadamente, la adopción de las medidas siguientes:

- a) La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado.
- b) La imposición de sanciones.
- c) La determinación de los daños y los perjuicios causados.

Y su artículo 200 en relación con los Órganos competentes y legislación aplicable a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística determina:

1. La tramitación de los expedientes de protección de la legalidad urbanística debe ajustarse a lo que establece la legislación reguladora del ejercicio de la potestad sancionadora, con las especificidades señaladas por esta Ley.
2. En el caso de que las medidas de restauración y de determinación de daños y perjuicios se adopten mediante procedimientos específicos, éstos deben ajustarse a lo que establece la legislación de procedimiento administrativo común, con las especificidades señaladas por esta Ley.

El artículo 207 señala el plazo de prescripción de la acción de restauración y de la orden de restauración

1. La acción de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado prescribe a los seis años de haberse producido la vulneración de la legalidad urbanística o, en su caso, la finalización de las actuaciones ilícitas o el cese de la actividad ilícita. Si estas actuaciones tienen el amparo de un título administrativo ilícito, la acción de restauración prescribe a los seis años de haberse producido la correspondiente declaración de nulidad o anulabilidad, ya sea en vía administrativa ya sea por sentencia judicial firme.

2. Las órdenes de restauración y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios prescriben a los seis años.

3. No obstante lo dispuesto por los apartados 1 y 2, la acción de restauración y la orden dictada de restauración no prescriben nunca con relación a las vulneraciones de la legalidad urbanística que se producen en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto por el artículo 32.a.

* Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia

Artículo 210 Obras terminadas sin licencia:

1. Si se hubiesen finalizado las obras sin licencia o sin comunicación previa, o incumpliendo las condiciones señaladas en ellas o en la orden de ejecución, la persona titular de la alcaldía, dentro del plazo de seis años, a contar desde la total

terminación de las obras, incoará expediente de reposición de la legalidad, procediendo según lo dispuesto en los números 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo anterior. Se tomará como fecha de finalización de las obras la que resulte de su efectiva comprobación por la Administración actuante, sin perjuicio de su acreditación por cualquier otro medio de prueba válido en derecho.

3.- PLAZO DE OCHO AÑOS SIN DETERMINAR LA NATURALEZA DEL MISMO.

* Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de las Islas Baleares. Art. 154.1.

4.- REMISIÓN A LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN URBANÍSTICA.

* Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

“Artículo 269 Obras terminadas

- 1. Si se hubiese concluido algún acto de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo sin título habilitante de naturaleza urbanística u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en los mismos, el Alcalde, dentro del plazo de prescripción de la correspondiente infracción urbanística, a contar desde la total terminación de las obras y previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el artículo anterior, apartado primero, letras a) o b), según proceda.
- 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá como fecha de finalización de las obras la de comprobación de esa circunstancia por la Administración. Se podrá utilizar cualquier medio de prueba para acreditar la terminación de las obras en fecha determinada y, en todo caso, los medios establecidos en la legislación estatal sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.
- 3. Si la edificación se realizara sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, el Alcalde adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el artículo anterior, apartado primero, sin limitación alguna de plazo, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal por si pudieran ser constitutivos de delito.
- 4. El mero transcurso del plazo a que se refiere el apartado primero no conllevará la legalización de las obras realizadas y, en consecuencia, no podrán llevarse a cabo, en tanto persista la trasgresión del ordenamiento urbanístico, obras de reforma, ampliación o consolidación de lo ilegalmente construido, pero sí las pequeñas reparaciones exigidas por razones de seguridad e higiene.
- 5. En los supuestos en que el planeamiento vigente al tiempo de la incoación del expediente de legalización difiera del planeamiento vigente en el momento de la ejecución de las obras, se aplicará el más favorable a las obras realizadas.
- 6. Transcurridos seis meses desde el inicio del procedimiento de protección de legalidad urbanística sin que se hubiera dictado y notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del mismo.”

Luego según el artículo 284 de la Ley aragonesa, el plazo para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad es el de prescripción, para las infracciones leves, de un año; para las graves, de cuatro años, y para las muy graves, de diez años, de conformidad con lo establecido en la legislación del procedimiento administrativo común.

5.- PLAZO DE CADUCIDAD DE QUINCE AÑOS.

* Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana.

El artículo 236 en cuanto a las obras terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones, establece el plazo de caducidad de la acción para ordenar la restauración de la legalidad urbanística:

1. Siempre que no hubieren transcurrido más de quince años desde la total terminación de las obras o usos del suelo realizados sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma, el alcalde requerirá al propietario para que, en el plazo de dos meses, solicite la oportuna autorización urbanística o ajuste las obras a las condiciones de la licencia otorgada. El referido plazo de caducidad de acción de la administración empezará a contar desde la total terminación de las obras o desde que cesen los usos del suelo de que se trate.

Todo lo expuesto sirve para advertir de las diferencias que dimanar de la comparación entre el artículo 9 del Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre¹⁵⁵, de adaptación de planes generales de ordenación urbana, que fijó con carácter general los criterios que, con arreglo a los estrictos principios de la Ley del Suelo, habían de tenerse en cuenta en la determinación del régimen que correspondiera a cada tipo de suelo y los artículos de las legislaciones autonómicas relacionados. Y, por supuesto, con la trascendencia que ha representado la eliminación, en la especificación del régimen urbanístico del suelo de la Ley estatal, de los plazos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística. Todo ello asociado al principio constitucional de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo, sobre el que se incide a lo largo de toda la tesis.

¹⁵⁵ Art. 9 El plazo fijado en el artículo ciento ochenta y cinco punto uno de la Ley del Suelo para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, aplicables a las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución, será de cuatro años desde la fecha de su total terminación, así como el de la prescripción de las infracciones urbanísticas correspondientes.

6.1.2.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO.

Esta sentencia aborda el examen de la legislación urbanística desde un punto de vista fundamentalmente competencial, siendo muy escasos o inexistentes los pronunciamientos de carácter sustancial. Pese a ello, me interesa resaltar aquí alguna de sus consideraciones, por cuanto de las mismas se puede desprender que las CCAA, al regular diferentes plazos de caducidad o prescripción de la potestad de restauración de la legalidad urbanística, pueden llegar a incurrir en el ejercicio de las facultades que integran el derecho de propiedad del suelo, de manera que no sea posible la igualdad básica en dicho ejercicio.

Dicha resolución judicial condicionó y limitó la aplicabilidad del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, generando así un vacío en el sistema configurado por ese Real Decreto Legislativo. Por ello, fue necesario acudir a las normas del Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y, por consiguiente, a las del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, que pueden ser de aplicación supletoria¹⁵⁶, incluso hoy en día.

¹⁵⁶ Como ya es sabido, las razones por las que en esa sentencia se declaran inconstitucionales muchos de los artículos fueron de carácter competencial, al considerarse que los mismos desbordaba la estricta competencia estatal, para invadir la materia de urbanismo, reservada a las Comunidades Autónomas. De este modo estas Administraciones Públicas se han dotado de una legislación urbanística, que incluye disposiciones concernientes a la disciplina urbanística.

El TRLS/1992 realizó una autclasificación de su articulado en preceptos de aplicación plena, preceptos de carácter básico y de aplicación supletoria; éstos últimos se declararon en su totalidad inconstitucionales porque se estimó que el Estado no podía producir normas o derecho supletorio al carece de título competencial específico para ello. Respecto de las dos clasificaciones señaladas en primer lugar, el TC consideró que el Estado se extralimitó en el uso de los títulos competenciales del artículo 149.1.1º, 8º, 13º, 18º y 23º de la CE y por tanto invadió el título competencial autonómico del artículo 148.1.3º CE.

El TC declaró también que el legislador estatal no podía derogar normativa estatal urbanística una vez que esta materia había pasado a ser competencia de las CCAA, declarando la vigencia de la legislación urbanística previa a la CE, por ejemplo el TRLS/1976, que pasa a ser derecho supletorio, haciendo hincapié en que la cláusula

Al fin y al cabo, lo que resulta relevante, a los efectos del análisis que se lleva a cabo en este trabajo, es que el Tribunal Constitucional, al hilo de señalar que los artículos 248 y 249 TRLS/92, declarados inconstitucionales, tenían por objeto inmediato la restauración de la legalidad urbanística, no la regulación de las condiciones básicas de ejercicio de las facultades que integran el derecho de propiedad urbana, añadiera a reglón seguido, *aunque sin duda inciden sobre él*.

Desde esa afirmación se puede establecer una primera aproximación al distanciamiento que puede llegar a darse entre la configuración de la potestad de restauración de la legalidad (con diferentes plazos de caducidad/prescripción de la acción) y el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los propietarios en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, cuando existen distintas fuentes legislativas.

Porque, el sistema constitucional de reparto de competencias conlleva la compleja cuestión del entrecruzamiento de títulos competenciales sobre una misma materia o sector social, como ocurre con el urbanismo y la ordenación del territorio, en la que inciden derechos, como el de propiedad, que a su vez son objeto de regulaciones legales de distinto origen. Lo compartido es la materia, el objeto sustantivo de la competencia, sobre la que recaen competencias legislativas exclusivas y competencias compartidas por diversos entes.

El quid de la cuestión es tener presente que, si bien el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo y ordenación territorial a las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3 CE), también el Estado es titular de facultades o potestades sobre la realidad social que constituye la utilización y transformación del suelo, al resultar habilitado al efecto por otros títulos competenciales (como el art. 149.1.1).

de supletoriedad no se ha de entender como un título competencial en si mismo (Art. 149.3 CE; STC 147/91; STC118/96).

Lo que nos encamina a hacer sobresalir, para defender los resultados de este estudio, el hecho de que el Estado esté habilitado, para actuar y regular este determinado sector social, por dos medios.

1.- Primero, porque la Constitución le atribuye la potestad para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo y las bases económicas y medioambientales del régimen jurídico del suelo. De lo que se deriva que el Estado tiene atribuida la competencia para dictar la legislación básica que propicie esa igualdad, principalmente, mediante la Ley de Suelo estatal, tal y como aparece en el artículo primero de su Título Preliminar.

El Tribunal Constitucional ha definido este tipo de facultad como *“los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el estado”*, poniendo de manifiesto un sentido positivo, que alude a *“los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros”*, y en un sentido negativo, en cuanto *“constituyen el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”*. En consonancia con esto, el carácter básico de una normativa no tiene rasgos formales, sino sustanciales, debiendo atender a su contenido material.

2.- El segundo de los medios, hace referencia a las materias concretas cuyo desarrollo legislativo pertenece con carácter exclusivo al Estado, que aglutina todas las facultades legislativas posibles sobre la misma, de modo que las Comunidades Autónomas no tienen la posibilidad de concurrir con idénticas facultades para regular estos asuntos, como son: el régimen de valoración del suelo, construcciones y edificaciones, ordenación de los registros e instrumentos públicos, legislación sobre expropiación forzosa y legislación y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

6.2.- NATURALEZA Y REGULACIÓN DEL PODER ADMINISTRATIVO PARA GARANTIZAR EL ORDEN LEGAL URBANÍSTICO Y SU CONEXIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El grado de importancia que alcanza lo que se aborda a continuación es máximo, por cuanto de la configuración legal de este Poder, o Poderes jurídicos de protección de la legalidad urbanística y de conservación del medio ambiente, se deriva el deber que tiene la Administración de utilizarlo y la antijuricidad de su no ejercicio.

Lo que se desarrolla en esta tesis en torno al ejercicio que se ha venido haciendo la de potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, revela la necesidad de revisión y de reforma de lo que, siendo considerada una acción objeto de prescripción, apenas ha tenido repercusión para la Administración la inactividad en torno a la misma.

6.2.1.- CONCEPCIÓN GLOBAL DEL PODER PARA GARANTIZAR EL ORDEN LEGAL URBANÍSTICO Y MEDIOAMBIENTAL.

El Poder que globalmente tienen atribuido las Administraciones públicas para proteger o preservar el cumplimiento de la legalidad, urbanística y medioambiental, se convierte, como se ha indicado, en diversas potestades administrativas (inspección, suspensión de obras, restablecimiento de la legalidad...) al ejercitarse de una manera determinada.

La realidad legislativa de ordenación del territorio y de preservación del medio ambiente, va desplegándose creando innumerables lazos entre ellas, porque el sistema legislativo se va ensamblando, para ordenar una materialidad común, más allá de tratamientos estancos de las mismas.

Ese Poder administrativo está reconocido por el Derecho y ha sido conferido por el ordenamiento jurídico a la Administración, principalmente por el Derecho administrativo que ha jurificado, tanto formal como materialmente, el Poder. Es el ordenamiento jurídico el que expresamente apodera a la Administración para que ejercite el Poder que él ha creado y

ha atribuido a esta organización servicial, que está sometida al imperio de la Ley en toda la actuación que debe llevar a cabo, para cumplir el fin de defender la legalidad y conservar el medio ambiente.

Efectivamente, está configurado, desde su más alta esfera, como un poder-función amparado por la Constitución en su artículo 45.2, que establece que *los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*. El reconocimiento de este núcleo de juridificación material, hay que considerarlo juntamente con lo dispuesto en su artículo 103, para que el poder de protección de la legalidad urbanística y del medio ambiente sea eficaz y operativo.

El título o fundamento legal específico de ese Poder, que engloba varios subgéneros, es la causa que justifica la necesidad de que la Administración actúe, cuando no se ha respetado este interés público concreto.

Los específicos valores materiales jurídicos que hay que salvaguardar son los siguientes:

- La utilización racional de los recursos naturales y, entre ellos, primordialmente el suelo, que ha de usarse de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.
- La protección de la calidad de vida de los ciudadanos.
- La existencia de un orden público colectivo, definido con absoluta formalidad en los instrumentos de planeamiento, que contienen la voluntad colectiva sobre el modelo de desarrollo urbano y territorial.
- La función social del derecho de propiedad privada del suelo como delimitadora de su contenido.
- El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.
- El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y de las dotaciones e infraestructuras urbanas públicas.

- La participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de transformación del suelo rural.

La idea del Poder-función pública administrativa, expresa inmediatamente la de la actividad del Ente público, que se especializa en una variedad de funciones diferenciadas, debido a la complejidad de los fines públicos que ha de satisfacer en el campo urbanístico y medioambiental.

Si se prescinde tanto de lo puramente estructural, como del alcance que supone el término Poder en la teoría de la división de poderes, y se atiende a la actividad desempeñada por la Administración con el objetivo de cumplir determinados intereses o fines públicos, se podrá admitir, de forma generalizada, que pueda hablarse de Poder administrativo. La Administración ha de actuar sometida en todo caso al imperio de la Ley, para que su acción tenga la fuerza jurídica necesaria, como para considerar que emana de un Poder público.

Del conjunto de principios y postulados constitucionales y del Derecho administrativo, se deriva la existencia del deber de realización o utilización del Poder de protección de la legalidad urbanística y de conservación del medio ambiente, como imperativo legal categórico, que conlleva que la falta de ejercicio del mencionado Poder público juridificado sea considerada contraria al ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, si la Administración no puede actuar de forma independiente respecto de las prescripciones del ordenamiento jurídico, al que está rigurosamente sometida, y éste le impone servir con objetividad y eficacia los intereses públicos mencionados, de manera que su actuación únicamente se justifica por los fines específicos a que se dirige, no cabe duda de que está obligada a ejercitar el Poder, de la forma que a continuación se indica.

Esto es, ante una realidad visible, denunciada o comprobada por los servicios técnicos municipales o de otros órganos administrativos, se debe ejercitar el

Poder iniciando un procedimiento formal, a través del cual se han de producir las actividades administrativas concretas de que se trata, técnicamente reconducibles a un pronunciamiento sobre el ajuste, o no, de la edificación a las leyes. De modo que, la formación procedimental de una decisión coherente con la defensa de los valores en juego, es lo que representa el ejercicio legítimo del Poder.

La decisión final estará en función de que se den o no las circunstancias previstas en las normas, con la característica de generalidad con la que éstas formalizan jurídicamente los hechos.

Porque la Administración, necesariamente tiene que comprobar, ponderar las circunstancias que podrían legalizar la obra de edificación, en definitiva “ver” la realidad de los hechos, mediante un procedimiento, que sería como sus “anteojos”.

Hay que insistir por tanto en que, para clarificar cual sea la solución obligada al caso concreto de la edificación, hay que utilizar el Poder iniciando un procedimiento formal, con la incorporación de los informes técnicos y jurídicos procedentes, que serán determinantes para la calificación inicial de la infracción cometida.

De lo expuesto no puede interpretarse que en dicha incoación haya un ámbito de libre apreciación, o una esfera de autonomía de la “voluntad administrativa”, pues no hay decisión administrativa válida, si no se sigue un procedimiento de cognición del órgano administrativo, que ha de decidir si lo edificado es legal o no, o si puede llegar a legalizarse.

Por tanto, el único ejercicio legítimo del Poder pasa por plasmar la actuación administrativa en una serie de trámites formalizados, que integran el procedimiento administrativo, para poder decidir, en base a parámetros técnicos, si lo construido por el particular es ilegal o no.

El imperativo constitucional de eficacia hace que la Administración inicie, mediante el correspondiente procedimiento, el ejercicio del Poder. Después, respecto de las específicas potestades en que se puede diversificar el Poder, ya entrarán en juego el principio de congruencia entre los hechos y la medida adoptada de demolición, el principio de racionalidad o el principio general de proporcionalidad.

Si la Administración, ante la existencia de una edificación, que tenga toda la apariencia de haberse levantado vulnerando la legalidad, debe incoar un procedimiento administrativo, para adoptar una decisión válida, lo que no puede hacer es velarse, tolerar la ilegalidad, generando la confianza del infractor respecto de la estabilidad de la situación irregular¹⁵⁷.

Esa decisión tendrá una determinada configuración que legitime, tras la comprobación de los hechos, el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, acordando la demolición de la edificación ilegal o, si no se dan las circunstancias que hacen jurídicamente obligada la adopción de la medida de demolición, concluir el expediente con la correspondiente toma formal de esa decisión.

El deber de cumplir con el ejercicio del Poder incorpora la obligación de realizar diversas actividades técnicas de averiguación y calificación de los hechos, para dilucidar si el único modo de ejercicio de la concreta potestad de restablecimiento de la legalidad es la emisión de un acto administrativo de demolición de lo edificado ilegalmente, causa de la obligación, en este caso del particular, de restituir el suelo a su estado originario antes de la construcción.

Como vemos, el Poder genérico de protección de la legalidad tiene una sustantividad en sí mismo, y envuelve a las potestades, dispersando sobre ellas su identidad. Ese Poder, además, no tiene unos límites temporales de existencia.

¹⁵⁷ Voto particular de la STC 188/2013, de 4 de noviembre de 2013, recurso de amparo 3769-2012.

Lo que no cabe es una inactividad, o falta de ejercicio del Poder sin consecuencias jurídicas para la propia Administración, a quien se podrá exigir responsabilidades. Además, resulta difícil poder entrever alguna causa jurídica en base a la cual la Administración pudiera eludir el deber de ejercitar el Poder.

De igual manera, si en este momento tenemos presente la distinción entre lo discrecional y lo reglado, como formas o modos de actuar la Administración, entre facultades y funciones, cabría preguntarse, ¿se puede hablar de un poder discrecional de la Administración en la salvaguarda de los valores para cuya defensa se creó este Poder jurídico?, o ¿de un poder que se realice según la libre apreciación de la Administración, sin sujeción alguna a procedimiento de toma de decisión?

A pesar de que estas potestades han llegado a ser concebidas por la doctrina como derechos subjetivos de las Administraciones Públicas, no puede considerarse hoy que tengan esa naturaleza, porque el Poder forma parte del Derecho objetivo y constituye un deber de necesario cumplimiento, cuando se dan los presupuestos legales que determinan su ejercicio. En definitiva, no pueden concebirse como facultades de disposición o disfrute, que puedan ejercer, a su libre albedrío, las Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional ya dejó sentado en sus sentencias 37/1987 y 61/1997 que la legislación civil se constriñe a las relaciones "*inter privatos*", no así cuando se trata del ejercicio de potestades administrativas que inciden sobre la propiedad.

En mi opinión, resulta incorrecta la apreciación de este Poder global como un derecho de una Administración, totalmente impregnado de principios civilistas y consideraciones individualistas y entender que, los actos que la Administración adopte en ejercicio de las potestades que se derivan del mismo, pudieran lesionar derechos privados.

Los poderes administrativos están configurados en torno a la obligatoriedad de su ejercicio, única forma de garantizar la efectividad del derecho objetivo, los intereses generales y el orden social. Este concreto Poder se ha creado por Ley, no sólo para que la Administración intervenga frente a los particulares, sino, principalmente, en defensa y garantía de intereses públicos.

Parece ser que también cuesta comprender, que la intervención de la Administración en ejercicio del Poder para garantizar el orden urbanístico y preservar el medio ambiente no limita un derecho subjetivo ADQUIRIDO, porque el derecho a la propiedad del valor urbanístico de lo construido no se ha podido constituir cuando hablamos de edificación ilegal. La inactividad de la Administración, la falta de ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, no puede generar o crear situaciones jurídicas a favor de los particulares, ni representar un hecho, del que a la postre, derive un posible un derecho al valor urbanístico de lo edificado ilegalmente.

De cuanto se ha expuesto, está dando cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como la STS 3ª, Sección 5ª, de 15 de febrero de 2012, rec. nº 5346/2008, al manifestar que la línea jurisprudencial que proclamó, tiempo atrás, el principio de proporcionalidad o menor demolición, ha sido superada, al hilo de la nueva realidad jurídico-social, caracterizada por la mayor sensibilidad y protección jurídica nacional e internacional del medio ambiente en sentido amplio, así como de la reiteración de situaciones de indisciplina urbanística que se han venido produciendo, por una nueva corriente jurisprudencial que toma en consideración el carácter preceptivo y no facultativo de la demolición como medida restauradora de los valores infringidos por la conducta ilícitamente realizada¹⁵⁸.

¹⁵⁸ En la misma línea la STS 3ª, Sección 5ª, de 22 de octubre de 2010, rec. Casación 5593/2006; las STSJCV nº 1382/2013, de 20 de diciembre de 2013, rca 350/3011; STSJCV nº 137 y 160/2014, de 14 y 21 de febrero, nº de recurso 33191/2011 y 57/2012.

6.2.2.- INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN LA RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

El punto de partida es la afirmación de que el deber de actuación de la Administración se puede hacer exigible mediante el control judicial del uso del Poder conforme a Ley.

Acerca de esa exigencia, es conveniente resaltar que el principio de que la inactividad o incumplimiento del deber de ejercicio del Poder sea enjuiciable significa, entre otros, que se utilizará para el control de dicha inactividad todo el Derecho, como afirma JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA¹⁵⁹, porque el Poder está jurificado.

En la ordenación jurídica de las potestades administrativas, el principio de legalidad y los principios constitucionales básicos aplicables a la Administración, confluyen con los principios generales del Derecho público, y, de esa conjunción, se podrá extraer si una determinada actuación administrativa en ejercicio de potestades es obligada y, en definitiva, si el ejercicio será legítimo, condenando, por el contrario, la falta de actividad.

En principio, desde una interpretación muy restrictiva, la falta de ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística no se corresponde con ninguno de los supuestos en que la inactividad material administrativa constituye, o puede constituir, objeto del recurso contencioso-administrativo¹⁶⁰. Porque los supuestos en los que es posible acudir a la vía contencioso-administrativa, al amparo del art. 29 LJCA, están restringidos, quedando el ámbito de regulación del precepto legalmente limitado a los siguientes supuestos:

- Cuando una disposición general, que no precise de actos de aplicación, imponga a la Administración una obligación o prestación

¹⁵⁹ CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan M. Las potestades administrativas, Ed. Tecnos, Madrid 1986 y Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de jurificación del poder, en REDA 38,1983.

¹⁶⁰ Las resoluciones judiciales reconducen la falta de ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad, no al supuesto de inactividad del art. 29 LJCA, sino a la denegación por silencio administrativo de la petición de intervención de la Administración, (STSJ de Cataluña 20/07/2006, nº rec. 65/2006).

concreta a favor de una o varias personas individualizadas, que tienen correlativamente el derecho a una determinada prestación.

- Cuando el origen de la inactividad sea un acto concreto que genera a favor del administrado el derecho a una precisa prestación. La inactividad se produce porque la administración no ejecuta ese acto ya dictado.
- Cuando el derecho a la prestación concreta a que está obligada la Administración derive de un contrato administrativo, o cuando la obligación de actuación material de la Administración dimanase de un convenio.

El Poder de protección de la legalidad urbanística y de conservación del medio ambiente es atribuido por el ordenamiento jurídico a la Administración con un carácter previo a toda relación jurídica; es un poder genérico que sólo a través del ejercicio singular puede concretarse, convirtiéndose en una relación jurídica, al contar con plena capacidad para desplegar efectos jurídicos.

A partir del ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad, la Administración podrá imponer a los particulares determinados comportamientos y actitudes, porque, en este caso, de la realización de la potestad surgen, no derechos subjetivos, sino obligaciones concretas para el particular, dentro de una situación de sujeción de éste a la potestad. Luego, en este sentido, se puede entender que la potestad administrativa de restauración de la legalidad urbanística es fuente de obligaciones cuando se ejercita.

Consiguientemente, el ejercicio legítimo del poder habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente.

Ahora bien, los presupuestos de hecho y jurídicos sobre los que descansa la aplicación del artículo 29 LJCA, no deben ser óbice para rehuir el principio según el cual a la Jurisdicción Contencioso-administrativa se le asigna el control de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho

Administrativo, del que ha derivado una interpretación amplia de su ámbito material, porque como señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, 13 de julio, *lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponden.*

Si consideramos, por tanto, que también son manifestaciones administrativas las inactividades u omisiones de actuaciones debidas, se llega a la conclusión de que el control judicial se extiende así de una forma total, porque la Administración ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley.

Por eso, hay que interpretar que el objetivo de la LJCA es someter a control de esa Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase, no sólo en cuanto expresión formalizada de la voluntad de la Administración, puesto que como poder público está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Porque, ¿qué razón jurídica o título justificativo podría invocar la Administración para no actuar el Poder?

La Administración debe contrastar el hecho de la construcción de un edificio, con las normas para decidir si debe o no adoptar alguna medida, y esta toma de decisión, que debe seguirse por el cauce legalmente establecido de forma básica en la Ley de Procedimiento Administrativo, es ineludible para el Ente público, como hemos visto en el apartado 6.2. no puede tomar "a simple vista" una decisión.

El sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho, es incompatible con la exclusión de la categoría genérica de inactividad administrativa del control jurisdiccional. ¿Podríamos entender que el control de la falta de ejercicio de un Poder Público, por estar regido por el Derecho Constitucional, tendría que llevarlo a cabo el Tribunal Constitucional? Sea cual sea la respuesta, lo que es incuestionable es que se trate de un supuesto excluido del control judicial.

Los Tribunales del orden contencioso-administrativo controlan la existencia y utilización de todas las potestades administrativas y han de examinar la legalidad de su ejercicio, así como su sometimiento a los fines que las justifican y de este modo poder señalar el único modo posible, en cada supuesto de ejercicio de una potestad, amparado por el ordenamiento jurídico, puesto que no es un control de la oportunidad de la actuación administrativa, sino de marcada legalidad.

En el apartado V de la Exposición de Motivos de la LJCA se contiene la siguiente afirmación: El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad. Y es precisamente de esto de lo que estamos hablando, del cumplimiento de la obligación legal por parte de la Administración de iniciar un procedimiento.

Interpuesto un recurso contra la inactividad de la Administración, el recurso se dirigirá a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, la adopción de un acto expreso, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas.

Aunque la Ley se refiere generalmente a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción, esto no es óbice a una sentencia de condena, que estime la antijuridicidad del incumplimiento del deber de ejercer el Poder de protección de la legalidad y la responsabilidad en que ha incurrido la Administración.

Como ha señalado con profusión el Tribunal Constitucional, el artículo 103.1 en conexión con el artículo 106.1 de la Constitución, impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública -positivos o negativos- inmunes al control judicial. Consecuentemente, no puede haber un supuesto de manifestación de la acción administrativa, un ámbito de actuación administrativa excluido del control judicial, por el principio de total juridicidad del Poder y de las potestades y por la posición institucional del titular del

Poder, en este caso la Administración pública. La actuación administrativa no puede consistir en ocultar su deber de ejercitar la potestad.

Un análisis más pormenorizado, como el realizado por el Profesor RICARDO DE VICENTE sobre la inactividad administrativa, puede dar lugar a entender que con el recurso contencioso contra la inactividad, si bien no se puede pretender una actividad administrativa especificada en su contenido último, que sólo sería posible mediante un acto administrativo definitivo dictado en el correspondiente procedimiento, si se puede reclamar, cuando la Administración no ejercita una potestad pública, la actuación de esa potestad con un acto de inicio de un procedimiento. Por tanto, este acto de trámite, a los efectos del artículo 29 LJCA, puede entenderse como prestación concreta.

Porque, como sostiene RICARDO DE VICENTE¹⁶¹, el ciudadano tiene derecho a que la Administración salga de su pasividad, de esa falta de ejercicio de las potestades administrativas, en definitiva, a la activación de la potestad con el cumplimiento de la obligación de iniciar un procedimiento administrativo, que concluya con el acto que establezca el contenido de la situación jurídica, para los destinatarios potenciales de la disposición general. Así, considera como inactividad formal – dando a lo formal un carácter jurídico- los actos debidos de procedimiento, incluida la resolución¹⁶² y constata una orientación clara en la jurisprudencia hacia la admisión de estas prestaciones de carácter formal.

Dicha jurisprudencia deduce la idoneidad de la inactividad formal como supuesto de enjuiciamiento, en primer lugar, de la Exposición de Motivos de la LJCA, en segundo lugar, del artículo 71.1.c de la LJCA y en tercer lugar del artículo 108.1 del mismo texto normativo.

La STSJ de la Comunidad Valenciana, nº 933/03, de 29 de mayo de 2003, recurso 131/2000, en su Fundamento de Derecho Quinto afirma que la mejor

¹⁶¹ DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *“La inactividad administrativa prestacional y su control judicial”* Ed. CIVITAS- THOMSON REUTERS, Navarra, 2014. Pág. 45

¹⁶² Pág 67 op. Cit.

plasmación del incumplimiento por la Administración de sus obligaciones está en la falta de autotutela administrativa, que será analizada posteriormente en el capítulo 9.1, en virtud de la cual la Administración hubiera debido utilizar su legítima potestad de fiscalización y control.

Como pone de manifiesto el profesor RICARDO DE VICENTE¹⁶³, *la Administración puede tener discrecionalidad para actuar de una manera o de otra, pero no para no actuar, o para una actuación tibia, de medias tintas; no para dejar de alcanzar los fines de la potestad o para no obtener los resultados apropiados al caso o al tipo de potestad; no para dejar de atajar una situación ilegal. Consentirla sería tanto como renunciar a la competencia, al imperativo legal de su ejercicio, y sucumbir a la ineficacia.*

Como se señaló anteriormente, la Constitución impone mandatos al legislador y a los poderes públicos, que han de actuar siempre previa esa habilitación legal, como el establecido en el artículo 45.2 de la CE.

Cuando este cometido no es bien atendido por la Administración y los particulares hacen un uso antiestatutario del derecho de propiedad del suelo rural, las consecuencias son a muchos niveles perjudiciales e irreversibles.

Porque en muchos casos, si bien se hubiera podido declarar judicialmente que la inactividad de la Administración revelaba un proceder ineficaz y antijurídico, ha entrado en juego la figura de la prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, impidiendo la demolición de la construcción ilegal y, por tanto, se ha perpetuado la ilegalidad debido al comportamiento tolerante de la Administración.

¹⁶³ Pág 136 op. Cit.

**VII.- POTESTAD ADMINISTRATIVA DE RESTABLECIMIENTO DE LA
LEGALIDAD URBANÍSTICA.**

En el capítulo XII de su manual de Derecho Urbanístico Común¹⁶⁴ JOSÉ M. BAÑO LEÓN indica cuál es la cruda realidad de nuestro Derecho urbanístico, que es en parte la misma, ¡treinta y cuatro años después! Los hechos tozudos muestran que el fenómeno generalizado de la indisciplina urbanística está lejos de haberse erradicado.

Pero la falta de eliminación de ese fenómeno no se puede localizar sólo en los infractores, sino en la Administración encargada de custodiar esa legalidad, en el escaso enjuiciamiento que ha tenido la inactividad administrativa y en la necesidad de engarzar de una forma más expeditiva la normativa que emana de diversas fuentes de creación de preceptos tendentes a defender la legalidad urbanística y ambiental. No puede ignorarse la gravedad de esta situación de la que, en gran parte, depende la legitimidad del sistema en su conjunto.

7.1.- DELIMITACIÓN DE LA POTESTAD: LA INFRACCIÓN URBANÍSTICA EN EL ÁMBITO PENAL Y EN EL ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.

En este capítulo se va a tratar la naturaleza jurídica de esta institución, partiendo de la base de que la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística engloba tanto su reintegración, mediante el procedimiento administrativo que culmine con la orden de demolición de la edificación ilegalizable, como la reposición de la realidad física alterada, sin dejar de lado la referencia al Poder genérico de protección de la legalidad, en cuyo contexto se enmarca esta potestad.

La tarea de delimitar la potestad administrativa de restauración de la legalidad urbanística comporta la de perfilar sucintamente la potestad sancionadora administrativa, regulada por el legislador autonómico, y la penal, de competencia exclusiva del Estado (Art. 149.1.6 CE).

¹⁶⁴ BAÑO LEÓN, JOSÉ M. Derecho Urbanístico Común. IUSTEL, 2009, Pág 492

De ahí, que sea conveniente diferenciar la sanción penal, de la administrativa¹⁶⁵, señalando que, iniciada la instrucción de los expedientes administrativos de reposición de la legalidad, los órganos administrativos pueden denunciar, ante el Ministerio Fiscal y los órganos del orden jurisdiccional penal, los hechos que a resultas de las actuaciones practicadas, se consideren constitutivos de delito.

1.- En el ámbito penal, para que entre en juego la sanción, es necesario que concurra una infracción urbanística, entendida como conducta típica, antijurídica y culpable, sancionada con pena, que es la medida reservada a los tribunales penales, con plena aplicación de las garantías constitucionales de los artículos 24 y 25 de la CE. Ese mismo hecho puede ser el origen de la actuación de la potestad de restablecimiento de la legalidad.

Ahora bien, cuando los hechos puedan ser constitutivos de ilícito penal, la jurisdicción penal es preferente sobre la potestad sancionadora administrativa.

Sin embargo, a fin de que opere la reintegración de la legalidad urbanística, es suficiente la constatación de la mera ilegalidad – que es sólo uno de los elementos configuradores de la sanción – es decir, la contradicción entre la realidad y las exigencias del orden jurídico, sin que deban concurrir el conjunto de requisitos justificadores de la imposición de una sanción penal, la tipicidad y culpabilidad.

2.- Respecto de la normativa administrativa, como se puede observar a lo largo de este estudio, la jurisprudencia y la doctrina han efectuado una insigne labor tendente a resaltar las diferencias de la aplicación de la potestad de restablecimiento del orden urbanístico, con el resto de efectos que el ilícito urbanístico produce, concretamente con las medidas administrativas sancionadoras, fruto de un procedimiento sancionador, y

¹⁶⁵ STC 87/1985, 16 julio; STSJ Comunidad Valenciana de 26/09/2014, rec. 402/2011.

resarcitorias de daños y perjuicios, para concluir que la naturaleza jurídica de la demolición no es la de sanción¹⁶⁶.

Consiguientemente, la medida de demolición no constituye una sanción administrativa propiamente dicha, sino el mecanismo adecuado para el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada¹⁶⁷. Precisamente, destaca esta jurisprudencia, que estamos ante una potestad de restauración del orden jurídico estrictamente reglada, que funciona de forma automática, *ipso iure*, una vez constatado su presupuesto (imposibilidad de legalización de la construcción ilegal o falta de petición de ésta por el interesado).

El Tribunal Constitucional por su parte, ha declarado que no toda consecuencia jurídica gravosa, impuesta por un poder público a un sujeto, puede conceptuarse sin más como una sanción¹⁶⁸. En este sentido considera que el carácter sancionador de un acto, más allá del *nomen iuris* que formalmente le atribuya el legislador, depende de la función que la medida pretenda alcanzar, es decir, si existe en el fondo una finalidad represiva, retributiva abstracta o de castigo, característica de las sanciones administrativas¹⁶⁹, que no asiste a la que persigue el restablecimiento de la legalidad infringida¹⁷⁰.

La reparación de los daños ambientales, mediante la eliminación de la edificación ilegal, y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas

¹⁶⁶ SSTs de 3 de octubre de 1991 (RJ 7600); 15 de diciembre de 1992 (RJ 9838); 16 de octubre de 1995 (RJ 7702); 26 de septiembre de 1995 (RJ 6824); 15 de febrero de 1996 (RJ 971); 19 de febrero de 2002 (RJ 2002\1363); 4 de noviembre de 2002 (RJ 9913); 12 de noviembre de 2003 (RJ8065); 28 de marzo de 2006 (RJ 2006/3255). SSTSJ de Asturias 523/2000, de 20 de julio; de Cataluña 669/2004, de 7 de octubre.

¹⁶⁷ La infracción urbanística se regula en el artículo 230 TRLS/1976 y en el 92 RDU, mientras que a la medida de restauración de la legalidad le es aplicable, de forma diferenciada, el artículo 185 y los artículos 31 y 32 RDU. No obstante, la compatibilidad de ambas medidas, sanción y acuerdo de demolición, se desprende del artículo 225 TRLS/1976.

¹⁶⁸ SSTC Pleno 164/1996, de 13 de noviembre y 48/2003, de 12 de marzo.

¹⁶⁹ STC, Sala II, 239/1988, de 14 de diciembre.

¹⁷⁰ STC, Sala II, 119/1991, de 3 de junio.

diferentes de tutela ambiental y, como tales se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto. Esta distinción deriva ya de lo dispuesto en el artículo 45.3 de la CE, tras reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medioambiente adecuado: *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

Para que la medida correctora se imponga no es necesaria la previa existencia de sanción administrativa, sino el incumplimiento o la infracción del orden jurídico. La independencia de sanciones y medidas de prevención, evitación de nuevos daños y reparación, sin que en nada afecte al artículo 25.1 CE, ha sido puesta de manifiesto también por el Tribunal Constitucional¹⁷¹, en relación a preceptos como el art. 36.4 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de responsabilidad medioambiental (modificada por Ley 11/2014, de 3 de julio). Esta ley establece un plazo de prescripción de la obligación de reparar los daños ambientales de treinta años (art. 4).

Sin embargo, en Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, ante el silencio del legislador resulta aplicable el plazo general de 15 años que establece el artículo 1.964 del CC¹⁷².

Además, la reposición de las cosas a su estado original podrá exigirse aún cuando haya prescrito la infracción y no puedan imponerse sanciones administrativas.

En esta línea, la jurisprudencia ha identificado, además de las figuras sancionadoras y resarcitorias de los daños patrimoniales (responsabilidad civil), una serie de medidas, caracterizadas por una función de reintegración

¹⁷¹ Auto del TC 145/2012, de 16 de julio de 2012, cuestión de inconstitucionalidad 6897-2011, (FJ 4).

¹⁷² STSJCV de 8 de enero de 2013, recurso de casación en interés de Ley nº 6/2011, (FJ 3).

del orden jurídico urbanístico perturbado por la edificación ilegal, que no pueden equipararse a esas dos otras formas de tutela.

La distinta naturaleza de las potestades sancionadora, restauradora y resarcitoria también se puede apreciar en el artículo 130.2 LRJPAC. Cada una de estas potestades es conferida a la Administración en términos de potestad autónoma.

Siguiendo esta tendencia, se maneja dentro de la disciplina urbanística la diferencia sustancial entre el concepto estricto de infracción urbanística y el de mera ilegalidad.

Todo esto nos conduce a tener presente que la coercibilidad de la norma urbanística se disocia en varios mecanismos de protección, que pueden estar conectados entre sí y ser compatibles todos ellos. De ahí que, la medida de restauración del orden urbanístico, pueda concurrir con la sanción administrativa, sin que se infrinja el principio de *non bis in idem*¹⁷³

Sin embargo, si la infracción es constitutiva de delito o falta, sí que entra en juego el principio de incompatibilidad de la doble punición penal y administrativa, siempre que se cumpla la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento¹⁷⁴, tal y como establece el artículo 42 TRLS/2008¹⁷⁵ y los artículos 133 y 137.2 LRJPAC.

Pese a ello, esta interdicción no afecta a la coexistencia de doble procedimiento, penal y administrativo, que no ocasione doble sanción.

¹⁷³ SSTS 24 de mayo de 1995 y 28 de abril y 19 de mayo de 2000; STS 25 de noviembre de 2002 (RJ 10509, Rec. Cas. 1017/1999).

¹⁷⁴ STC 77/1983, de 3 de octubre; STC 177/1999, de 11 de octubre; STC 2/2003, de 16 de enero.

¹⁷⁵ Art. 42: *Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.*

Puesto que, la Administración podría adoptar las medidas legales procedentes para la reposición de la realidad física a la situación anterior a la comisión de los hechos que se sancionan penalmente.

Ahora bien, la Administración no puede llevar a cabo actuaciones sancionadoras en los supuestos en que los hechos puedan ser constitutivos de ilícito penal, mientras la autoridad judicial no se pronuncie sobre éste. Procederá, por tanto, la suspensión de todo procedimiento administrativo que se instruya, hasta que el órgano judicial se pronuncie, y aplicar el principio de incompatibilidad entre sanción penal y administrativa aludido.

Desde otra perspectiva, es necesario singularizar lo concerniente a las reglas y principios que rigen la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y lo que atañe al régimen jurídico de la medida de demolición. De este modo, particularizando entre los aspectos predicables de la potestad y los de la medida, se pueden apreciar diferencias significativas, que se irán poniendo de manifiesto en los apartados siguientes.

En definitiva, lo que resulta concluyente es que la racionalización del uso y aprovechamiento del suelo, junto con el perfecto desarrollo del proceso urbanístico, conforme a la secuencia planificación-ejecución (urbanización, edificación e implantación de usos), no quedaría completa si no se asegura, con el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad, que se actuará para hacer frente a la infracción, cuando dichas finalidades no se cumplan voluntariamente.

Todos los objetivos que debe garantizar la actividad urbanística, relacionados en el capítulo 6.2 (desarrollo urbanístico sostenible; asegurar la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos y la aplicación del principio de distribución equitativa de beneficios y cargas; subordinar los usos del suelo al interés general definido por la ley y la ordenación urbanística; rehabilitación y renovación de suelos urbanos etc.) implican el ejercicio del poder de protección y la función de restauración – si procede – de la legalidad urbanística, para conseguir dichas finalidades.

Tradicionalmente la potestad de restauración de la legalidad urbanística se ha conceptualizado como una potestad administrativa de intervención susceptible de producir actos desfavorables o de gravamen¹⁷⁶, como una actividad administrativa de limitación o policía.

Si por acto desfavorable, o lo que es lo mismo, si por acto que limita la libertad o los derechos de los administrados o restringen las facultades de los administrados, entendemos el de demolición de la construcción ilegal, podemos comprobar de nuevo la falta de ajuste entre la concepción civil y la administrativa de adquisición de la facultad de edificar. Del mismo modo, si la orden de demolición se incluye en la modalidad de orden de policía, entendida como acto administrativo que concreta un deber establecido en una norma y que hasta entonces no era exigible.

¿Podríamos entonces considerar la inactividad como una actuación que constituye situaciones jurídicas de carácter activo, declarativa de derechos, que entraña un efecto favorable para su destinatario? La respuesta sería negativa.

7.1.1.- HECHO DESENCADENANTE DE LA REACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

Lo que aquí se va a tratar representa uno de los anillos del tronco de ese árbol común que es el Poder de protección de la legalidad urbanística y del medio ambiente. Como antecedentes, hay que constatar el hecho en sí mismo de la producción de una trasgresión de normas urbanísticas por la realización indebida de obras de edificación, bien porque las mismas excedan de lo autorizado en la licencia o ésta fuera ilegal, bien porque la construcción se hubiera levantado prescindiendo de la previa obtención de

¹⁷⁶ TARDÍO PATO, José Antonio. "Caducidad y prescripción en el ejercicio de la potestad para la restauración de la legalidad urbanística" Revista Urbanismo y Edificación, Editorial Aranzadi, año 2005, pág 81.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público Genera*. Civitas, 2004, Madrid, pág. 121.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General II*. IUSTE, Madrid, 2009, pág 110

licencia municipal. Tal y como se ha ido señalando, este estudio se ciñe a los expedientes de restablecimiento de la legalidad urbanística por obras ilegales y no por actividades ilícitas.

De la vulneración del ordenamiento jurídico, surge el deber de la Administración Pública de ejercitar su genérico poder de protección o garantía de la legalidad urbanística, poder éste enmarcado en la denominada disciplina urbanística y en general en el Derecho Administrativo.

La habilitación legal, que dota de legitimidad a esta concreta actuación de la Administración Pública, está prevista, de forma expresa, en la legislación estatal y también en la autonómica.

Es sabido que la infracción de la legalidad urbanística desencadena dos mecanismos de respuesta: de un lado el procedimiento de restablecimiento de la legalidad, dirigido a su restauración; de otra parte, el procedimiento sancionador, dirigido a sancionar a los sujetos responsables por la infracción cometida. De forma que en el expediente administrativo sancionador puede tenerse en cuenta el contenido de informes emitidos en el expediente de restablecimiento de la legalidad, sin que esto constituya ningún defecto determinante de la nulidad del procedimiento, y viceversa, porque se trata de informes emitidos en expedientes iniciados por los mismos hechos.

El acto de indisciplina urbanística puede ser atribuible también a una Administración Pública, cuando ésta realiza actuaciones materiales o en vía de hecho, como la realización de obras de construcción sin título administrativo previo, que habilite para su ejercicio. De tal suerte que, ejercitada la actuación sin la adopción del previo acto o título que le sirva de fundamento y habiendo sido impugnada, si con posterioridad a ésta oposición se lleva a cabo la adopción de cualquier resolución administrativa tendente a dar cobertura posterior a las obras realizadas, esto no sería óbice para considerar que efectivamente se produjo la vía de hecho¹⁷⁷. Pese a la legalización, se podría exigir la responsabilidad patrimonial de las autoridades

¹⁷⁷ STSJ Cataluña nº 83, de 31 de enero de 2008, Rollo Apelación 151/2007

y personal al servicio de las Administraciones Públicas, que regula el artículo 145 de la LRJPAC.

La acción para denunciar estos hechos es pública, de forma que para denunciar no haría falta ser interesado. En este caso, el denunciante sería interesado por ser titular como ciudadano de derechos que se ven afectados. Por tanto, la Administración está obligada a dictar resolución expresa al ser formulada la denuncia por un interesado (art. 41.2 en relación con los arts. 31, 69 y 70 LRJPAC). Ver apdo 8.2

7.1.2.- VINCULACIÓN POSITIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LA LEY.

Las normas urbanísticas de protección de la legalidad urbanística pertenecen a la categoría de las denominadas imperativas o cogentes y, en cuanto a su protección, de las "*pluscuamperfectae*"¹⁷⁸. Como ya se ha mencionado, la coercibilidad de estas normas se disocia en dos mecanismos de protección de la legalidad (art. 51.1 RD 2187/78RDU: el encaminado a la restauración de la legalidad (art. 184 TRLS/1976) y el sancionador, conectados entre sí y compatibles entre ellos, pero perfectamente diferenciables y diferenciados.

La coercibilidad también se predica de las normas de planeamiento, de modo que una trasgresión de las mismas desencadena el deber de actuar el poder de protección de la legalidad en toda su amplitud.

Como se viene resaltando, el ejercicio del Poder de protección de la legalidad urbanística es de obligado cumplimiento para la Administración y su falta de ejercicio es inexcusable, de modo que la Administración está legalmente obligada a intervenir cuando se edifica vulnerando la normativa legal.

Si la Administración tiene que actuar y no lo hace, la permanencia de la edificación ilegal conlleva, entre otros efectos, la obligación de indemnizar al

¹⁷⁸ STS de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002\1363), FJ 5º; Auto del TC 214/2000, de 21 de septiembre, FJ 1º;

propietario civil de la edificación ilegal cuando ésta se tenga que demoler por ser incompatible con el planeamiento en un procedimiento reparcelatorio.

Al mismo tiempo se ha justificado que el debe de actuar en cumplimiento del principio de legalidad, que impera en todo Estado de Derecho, se ha visto reforzado con el sometimiento a control de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de esta forma de inactividad y con la interpretación que del artículo 29.1 de la LJCA ha hecho la doctrina.

Por tanto, nos encontramos ante un poder y potestades públicas o “potestad deber” como la califica el Tribunal Supremo¹⁷⁹; pero no entendidos sólo como tradicionalmente se han venido considerado, estimando que la calificación de deber viene dada por su carácter reglado, que ya recogían artículos como el 179.2 del TRLS/76, al exigir la motivación de la denegación de licencia, si no como un deber de actuación eficaz.

La jurisprudencia, en general, ha destacado que son potestades de ejercicio inexcusable, irrenunciable¹⁸⁰ y preceptivo. Los Tribunales Superiores de Justicia han resaltado igualmente la naturaleza reglada de la potestad de restauración de la legalidad urbanística, que excluye toda clase de discrecionalidad administrativa, de forma que verificado el presupuesto de hecho, es obligada la adopción de la medida necesaria¹⁸¹. Evidentemente, los textos normativos con absoluta contundencia imponen el ejercicio inexcusable y preceptivo¹⁸² de la potestad.

¹⁷⁹ STS de 15/02/2012, rec. casación nº 5346/2008, FJ 5º aplica la nueva corriente jurisprudencial que toma en consideración el carácter preceptivo y no facultativo de la demolición como medida restauradora de los valores infringidos por la conducta ilícitamente realizada.

¹⁸⁰ Art. 12.1 LRJAP. STS de 8 de mayo de 2001. STSJCV nº 166/2014, de 21 de febrero de 2014, rec. 1170/2010, (FJ 3º)

¹⁸¹ STSJ de Baleares 621/1996, de 22 de noviembre (RJCA 1933, rec. 562/1994); STSJ de Cataluña 275/2007 (Rec. 216/2006), de 21 de marzo.

¹⁸² A nivel legislativo hay numerosos ejemplos, como el artículo 220 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana -LUV-, que habla de competencia irrenunciable y de inexcusable ejercicio por la administración actuante

Si no tiene sentido que se recondujera el fundamento del poder a un plazo de existencia, tampoco lo tiene el establecimiento de un plazo de caducidad de la potestad.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1981 (Arz. 4762), se aludió expresamente al principio de vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, en virtud del cual ésta no puede actuar ninguna potestad que no le haya sido atribuida explícita o implícitamente por aquel ordenamiento. Y destacó, respecto de la atribución implícita, que el art. 171 LS 1956, en el contexto de este cuerpo legal, ofrecía base para entender existente dicha asignación implícita de potestad para ordenar la demolición de las obras ya terminadas puesto que – *“no podía quedar el interés público indefenso en este supuesto, otorgando un injustificado beneficio a la rapidez de ejecución de los infractores”*–.

En virtud de dicho mandato, la Administración debe inspeccionar, hacer las comprobaciones pertinentes y adoptar, en su caso, la medida adecuada y la sanción. Tras dar cumplimiento al deber de protección de la legalidad se podrá actuar la potestad de restauración de la legalidad, la Administración queda habilitada para imponer la consiguiente medida al administrado, y, en caso de no ser ejecutada por el mismo, hacerla efectiva mediante ejecución forzosa¹⁸³. Como se viene insistiendo, la actividad de la Administración en el ejercicio de velar por la legalidad urbanística y de la represión de las conductas que infrinjan la misma, no puede conceptuarse en ningún caso de discrecional¹⁸⁴ (Art. 52 RDU).

Las medidas que se adopten deben de hacerse a través del procedimiento adecuado (Art. 53.1 LRJPAC), por ser desfavorables para el administrado

¹⁸³ STS 24 mayo de 1985 ponente Manuel Gordillo García; STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de abril de 2010, AP 1069/2008.

¹⁸⁴ SSTS de 4 de febrero de 1992 (Rec. núm 4099/1990; RJ2245) y 24 de febrero de 1997.

deben ser motivadas y, a fin de que puedan cumplirse por el interesado obligado a ello, deberán concretar la actividad a desarrollar.

Ahora bien, el carácter esencialmente reglado del ejercicio de esta potestad, no deriva del hecho de que la medida resultante de dicho ejercicio limite derechos, sino de la pauta genérica de proceder que guía toda actuación administrativa (Art. 103 CE).

7.2 ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD RESTABLECEDORA DEL ORDEN JURÍDICO URBANÍSTICO A LOS TRIBUNALES PENALES.

La consideración generalizada por parte de los que edifican ilegalmente de que la medida de demolición es desproporcionada y tremendamente injusta, y de que esta conducta constituye una mera infracción administrativa, reconducible al pago de una multa, unido a la proximidad de los infractores a los órganos municipales que han de adoptar esa decisión, ha hecho necesaria la intervención de los tribunales penales para atajar esta situación.

Hay que comenzar este capítulo con la afirmación de que no existe obstáculo alguno para que las tres tutelas, sancionadora, resarcitoria y restablecedora del orden jurídico, puedan prestarse por un mismo órgano judicial penal (Art. 319.3 Código Penal), aunque en ciertos sectores del Derecho Administrativo se ha cuestionado la legalidad de la atribución de esta potestad de forma directa a los tribunales penales.

Precisamente, el incumplimiento manifiesto por parte de la Administración de las reglas y principios que rigen la demolición, como expresión concreta de la tutela restablecedora del orden jurídico, ha sido la razón fundamental que ha llevado al legislador a atribuir expresamente dicha potestad al juez penal (art. 319.3 del Código Penal)¹⁸⁵, el cual puede proceder a reintegrar la legalidad

¹⁸⁵ RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ignacio, "El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: La demolición de la construcción o edificación ilegal". Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, 30 de enero de 2008.

urbanística, acumulando esta función independiente, que tiene su propio presupuesto, a la sancionadora y a la resarcitoria patrimonial¹⁸⁶.

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del código penal tiene como objetivo su revisión integral dado que afecta a nada menos que a 150 artículos y entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. La Exposición de Motivos de la Ley expresa los motivos de la reforma, principalmente la armonización con la Unión Europea derivada de varias Decisiones Marco y Directivas, así como además la adaptación de los delitos y sus penas a la realidad social y jurisprudencial, y en ella, ha tenido mucho que ver, la presencia actual del interés por proteger el medio ambiente.

En el sentir de la ciudadanía se ha hecho patente la necesidad de que se produzca ese desdoblamiento penal – administrativo en torno a esta materia, acogiendo favorablemente la entrada del derecho penal, para promover el cumplimiento de la legalidad y erradicar la práctica habitual del pago de una suma de dinero a la Administración, como único inconveniente asociado a la construcción de una edificación ilegal.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2012, Roj 7842/2012, nº rec. 194/2012, resolución 901/2012, es un ejemplo que basta para ilustrar lo manifestado. Por su parte, en el tema de la demolición han incidido sentencias como las SSTS Sala de lo Penal nº 443/2012, de 22 de mayo, o la más reciente de 24 de noviembre de 2014, dictada en el recurso: 698/2014, que interpretan el artículo 319.3 del C. Penal.

7.3.- INTERÉS PÚBLICO A SATISFACER.

Como se ha podido percibir en toda esta exposición, actualmente está generalizada la percepción de que en el urbanismo se encierra el equilibrio de las ciudades y del territorio en general. Cuando se produce la reintegración del orden urbanístico, conculcado por una edificación ilegal, el

¹⁸⁶ La posible comisión de un delito por la omisión en la adopción de las medidas de restauración es enjuiciada en sentencias como las SSTS 27-12-1995 y 14-07-1995.

bien jurídico protegido es la preservación del crecimiento ordenado de la ciudad y la protección del medio ambiente (como derecho colectivo, cuya regulación compete al Estado, según el artículo 149.1.23¹⁸⁷), así como el desarrollo sostenible, mediante la implantación de una serie de técnicas, dirigidas a hacer valer los principios que se plasman en la ordenación urbanística y esto ya se aprecia como un bien común de la ciudadanía.

Pero la anterior manifestación no siempre ha sido entendida con ese concreto alcance. Como recalcó FEDERICO CASTILLO BLANCO, las medidas de protección de la legalidad urbanística nacieron estrechamente ligadas a las técnicas de protección del demanio público y a la tutela de los intereses particulares de los vecinos.

Indiscutiblemente estos son puntos de partida diametralmente opuestos en apariencia, pero que a la larga si se acoplan debidamente pueden satisfacer todas las necesidades.

Poco a poco se ha podido apreciar que el fundamento de las medidas de protección de la legalidad se ha transformado sustancialmente y se ha visto progresivamente incrementado acogiendo otras finalidades y principios más propios de la actual ciencia urbanística¹⁸⁸ y del reconocimiento del derecho supraindividual al espacio urbano configurado legalmente. El principal cimiento en el que estriba y sobre el que se apoya la ciencia urbanística es, actualmente, la protección del medio ambiente y del paisaje, como

¹⁸⁷ *Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.*

¹⁸⁸ El urbanismo se concibe ahora desde una perspectiva global e integradora de todas las acciones con incidencia en el territorio, de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace del suelo su eje operativo. El urbanismo tiene múltiples facetas y representa la suma de conocimientos relacionados con la construcción de ciudades, que ha pasado de la "urbe" a la organización de todo el territorio, sin constituir ya el producto de un proceso espontáneo (intereses particulares), sino el resultado de la voluntad colectiva, del interés general.

elementos fundamentales de la calidad de vida común de todos los ciudadanos y de su desarrollo sostenible¹⁸⁹.

El derecho participativo de los vecinos en la ordenación de su entorno propio, se está recuperando a través de figuras como los Estudios de Paisaje y los Estudios de Integración Paisajística.

Justamente, la tendencia actual es eliminar el modelo de urbanismo desarrollista o de expansión, para implantar un urbanismo sostenible o sustentable, en el que el criterio de lo razonable se aúne a la consumación de intereses generales, tal y como establece el artículo 2 del TRLS/2008 o se desprende del Decreto 1/2011, de 13 de enero, del Consell, por el que se aprueba la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana.

A lo largo de este estudio no se ha dejado de insistir en que, para conseguir estas finalidades, el urbanismo se configura como una función pública, encomendada a los poderes públicos, que conlleva la atribución de una serie de potestades, como la de planeamiento, expropiación forzosa, sancionadora y la de restablecimiento del orden jurídico vulnerado. Precisamente el carácter público de esta cuestión, que versa sobre la obligada observancia de la legalidad urbanística, hace que no sea susceptible de un tratamiento privado convencional.

Por otro lado, como se ha indicado, se detecta que la sensibilización social frente a transgresiones urbanísticas es cada vez más patente, especialmente cuando éstas suponen atentados a la naturaleza y al medio ambiente.

En definitiva, ahora el objeto digno de protección es la prevalencia de esos primordiales intereses generales, quedando desbancada la idea de que se deba imponer sobre ellos el principio de seguridad jurídica para el

¹⁸⁹ Comisión BRUNDTLAND de Naciones Unidas: el desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Porque el suelo es un recurso escaso y no renovable y su urbanización tiene consecuencias sobre los otros recursos naturales.

ciudadano, considerado en su individualidad, derivado de la existencia de un posible derecho subjetivo, el derecho a edificar.

De modo que, si, en su día, fue posible justificar el establecimiento de plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de restauración de la legalidad urbanística en el principio de seguridad jurídica, este razonamiento ha de ser aquilatado, para colegir que las tareas que desempeña la Administración sobre esta materia han de perseguir unos objetivos públicos, que nada tienen que ver con la protección de la seguridad del tráfico jurídico de bienes entre particulares.

El valor urbanístico de la edificación ilegal no se puede patrimonializar, ni siquiera cuando la Administración haga una dejación del ejercicio de una potestad, como es la de reintegración de la legalidad en unos plazos, que pueden ser fijados de manera diversa por los distintos poderes legislativos de las CCAA. Es imprescindible desechar la idea de que estamos ante una cuestión privada, atinente al derecho de propiedad, porque, para llegar a poder desplegar esos intereses privados, previamente hay que acatar un tema de carácter público, que versa sobre el cumplimiento del orden jurídico por los particulares y la obligada tutela de la legalidad urbanística por la Administración.

Como el desarrollo urbano está subordinado, conjuntamente con la utilización conforme al interés general y a un uso racional del territorio, a la preservación del medio ambiente, y siendo la composición del derecho ambiental¹⁹⁰ competencia del Estado, es indiscutible la presencia del mismo en la materia objeto de este estudio por la vía de una regulación de los temas ambientales, que junto con los de valoración de bienes, la inscripción registral de los mismos la normativa catastral, etc. debe propiciar una reglamentación congruente de todo aspecto jurídico que entraña la utilización del suelo, por afectar a la colectividad.

¹⁹⁰ RAMÓN MARTÍN MATEO, considerado por muchos el *padre* del derecho ambiental en España, era muy crítico con el urbanismo desaforado del litoral valenciano y se interesó por la protección del paisaje.

7.4.- PRINCIPIOS PROPIOS O REGLAS GENERALES APLICABLES A LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO PERTURBADO.

En primer lugar, hay que resaltar que, en lo relativo a la configuración de esta potestad, no rige el principio de responsabilidad subjetiva del procedimiento sancionador.

Mientras que el procedimiento administrativo sancionatorio se rige por el principio de personalidad, esto es, sólo se dirige contra los infractores y no cabe la subrogación, del de restablecimiento de la legalidad se predica, por el contrario, el principio de objetividad. Así, las medidas adoptadas en el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística tienen un carácter real y no personal (Art. 88 TRLS/1976, Art. 21 LS/1998) refrendado por un sistema de publicidad urbanística (Art. 3.2c) y Art. 4 c TRLS/2008).

También se ha venido acentuado su carácter esencialmente reglado, si bien éste se ha justificado en la limitación de derechos privados que la adopción de dichas medidas comportaba y no el principio de completa juridicidad de la acción administrativa.

Igualmente, y en consideración al principio *favor libertatis*, se ha hecho hincapié en que, puesto que toda intervención administrativa supone una ordenación restrictiva de situaciones subjetivas de los ciudadanos, se debe imponer su interpretación estricta y no extensiva, mucho menos analógica, añadiéndose que no ha de haber otra medida menos restrictiva de la esfera de la libertad de los ciudadanos. En este sentido se hacía especial énfasis al hecho de que la Administración está obligada a limitar lo menos posible los espacios de libertad de los particulares y el contenido sustantivo de sus derechos.

De nuevo, en lo antedicho se puede apreciar la inexactitud del punto de partida escogido, que hacen que estas expresiones, no casen con la ideología que sustenta el articulado de la nueva ley de suelo y la

racionalidad del sistema, que parten de la consideración objetiva del derecho de propiedad del suelo, del hecho de que no se puede limitar el derecho a edificar, puesto que éste no se adquiere en origen junto con la propiedad del terreno.

En toda la argumentación expuesta en este estudio, sobresale la tesis de que no existe un contenido sustantivo, connatural, del derecho de propiedad del suelo, que se limite con la adopción de la medida de demolición de una construcción ilegal, cuando ese contenido, la facultad de edificar, no se ha producido conforme a lo que establece la Ley y el planeamiento.

De ahí que la relación entre el fin de la actividad administrativa de restauración de la legalidad y la medida específica de demolición podría considerarse desproporcionada, si vemos la medida como algo que limita un derecho subjetivo patrimonializado, pero en realidad aquí no hay más razón que la vinculación entre ilegalidad y la eliminación de la misma.

La perspectiva de la ciudadanía ha de prevalecer sobre el derecho individual de propiedad de unos terrenos (recordemos que a los derechos del ciudadano se refiere el artículo 4 RDLeg. 2/2008).

Por esa razón, aquella visión debe ser descartada y sustituida por el principio de legalidad, lo que a su vez arrastra el ajuste a la realidad actual del principio de proporcionalidad, al que a continuación se hará referencia.

El principio de legalidad implica el apoderamiento a la Administración para desarrollar una serie de actuaciones tendentes a preservar la ordenación urbanística, que es de interés general, dotándola de legitimidad. La actuación administrativa en esta materia incide sobre el derecho de propiedad del suelo conceptuado, no ya desde el ideario liberal, sino de modo objetivo.

De igual manera, se ha hecho mención al principio de igualdad jurídica frente a las medias y al de congruencia, en el sentido de que debe existir una relación razonable, adecuada y no desproporcionada entre el fin perseguido

por la actuación administrativa y los instrumentos empleados para su alcance.

La adecuación del contenido de los actos administrativos, con los motivos y fines que justifican la actuación administrativa, fue resaltada en sentencias como la del TS de 25 de octubre de 1989. Así se ha traído a colación el principio de buena fe y equidad¹⁹¹, así como al de igualdad. Este último, debe impedir las políticas selectivas de derribos, suponiendo un veto a la posible invocación, por parte de los infractores, de la existencia de otras edificaciones ilegales, que ya no pudieran demolerse, puesto que el principio de igualdad sólo opera dentro de la legalidad, y de nada sirve invocarlo ante la ilegalidad¹⁹².

También está muy unido a esta cuestión, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el tratamiento de la inactividad de la Administración, para evitar que se haga patente, como está ocurriendo en la realidad social, que en unos casos la Administración actúe la potestad y en otros no.

Retomando el denominado principio de proporcionalidad¹⁹³, hay que reparar en diversas resoluciones judiciales¹⁹⁴, que han declarado que no es aplicable

¹⁹¹ STS 16 de mayo de 1990, 18 de febrero de 1992; la STS de 13 de diciembre de 1984, en aplicación del principio de justicia material declaró preferente la posibilidad de legalizar la obra.

¹⁹² STC Sección primera nº 166/2012, de 1 de octubre; STS 3ª, Sección 5ª de 15 de febrero de 2011 rec. Casación 6380/2006; STSJ CV, Sección 1, de 25 de marzo de 2014 rca 182/2011.

¹⁹³ BARRANCO PEREZ, Mª Teresa. *Aplicación del principio de proporcionalidad en las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*. Universidad Internacional de Andalucía, 2010.

¹⁹⁴ STS 3ª, Sección 5ª, de 15 de febrero de 2012, rec. nº 5346/2008, el Tribunal Supremo tiene manifestado que la línea jurisprudencial que proclamó, tiempo atrás, el principio de proporcionalidad o menor demolición, ha sido superada, al hilo de la nueva realidad jurídico-social, caracterizada por la mayor sensibilidad y protección jurídica nacional e internacional del medio ambiente en sentido amplio, así como de la reiteración de situaciones de indisciplina urbanística que se han venido produciendo, por una nueva corriente jurisprudencial que toma en consideración el carácter preceptivo y no facultativo de la demolición como medida restauradora de los valores infringidos por la conducta ilícitamente realizada.

en esta cuestión el principio de proporcionalidad, siendo la demolición de la obra ilegalizable una consecuencia natural, insoslayable, de la nulidad de licencias y que toda anulación de licencia comporta necesariamente el derribo de la edificación a la que sirve indebidamente de cobertura. Pero el principio de proporcionalidad si que puede estar presente en la fase de legalización administrativa de la obra.

Ahora bien, en su origen el principio de proporcionalidad se interpretó como regla de comportamiento de la Administración que garantizaba la esfera jurídica individual de los ciudadanos. Y así fue configurado como un medio extraordinario de evitar derribos que, si bien procederían por una estricta aplicación de las normas urbanísticas, se consideraban que pugnaban con las de justicia material.

Igualmente, se especificó que este principio se positivizaba en otros dos, el de congruencia y el principio *pro libertate* o *pro activitate*. En el primer aspecto se reflejó la coherencia, justificación o adecuación entre el hecho determinante de la actuación administrativa y los fines o intereses públicos concretos a que esa actuación responde. La relación entre el fin perseguido por la actividad administrativa y los instrumentos o medidas empleados para alcanzar el mismo había de ser razonable y ajustada. El segundo de los principios que integra el de proporcionalidad implicaba la elección del medio menos restrictivo o lesivo para el administrado¹⁹⁵.

En definitiva, esa tendencia a establecer concretos límites a la actuación de la Administración cuando ésta se dirige a la restricción o intervención de la actividad de los particulares, refleja un planteamiento netamente liberal del contenido del derecho de propiedad del suelo¹⁹⁶, tras descartar que el citado principio tuviera que suponer una prohibición de restringir los intereses

¹⁹⁵ STS 2 de marzo de 1994.

¹⁹⁶ En base al mismo se ha llegado a afirmar frente al ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística que la actividad administrativa de intervención no podía reducir, ni limitar, ni sacrificar de forma innecesaria el principio de libertad que informaba, con carácter general, la actividad de los particulares.

del particular de forma desequilibrada, en relación a los beneficios generales que se pretenden alcanzar. Quizás este principio, como ha venido siendo interpretado, hubiera tenido sentido en actuaciones aisladas, esporádicas y precisas, pero no ante una realidad de indisciplina generalizada.

De ahí que la jurisprudencia ha oscilado desde una conceptualización que hacía prevalecer la riqueza inmersa en la obra de construcción sin licencia, hacia otra en la que domina el interés público y la necesidad de no transigir ante el rigor de la demolición.

Definitivamente ha ido prevaleciendo la postura que considera que la Administración resulta obligada a restaurar la legalidad física alterada, sin que tenga la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos, cuando ha constatado que la obra es ilegalizable, de lo que se infiere la falta de aplicación del referido principio de proporcionalidad, debiéndose ordenar la demolición¹⁹⁷. Por esa razón se ha llegado a la conclusión de que, si la Administración debe intervenir para alcanzar un fin de interés público, cual es el cumplimiento de las normas imperativas de planeamiento, no cabe una intervención alternativa, que lo pudiera satisfacer igualmente¹⁹⁸.

En cuanto a la medida de demolición, por su naturaleza no sancionadora, se anticipa que la misma, ni está sujeta a las garantías de los artículos 24 y 25 CE, ni, singularmente, queda afectada por el principio *non bis in idem*.

Por lo que respecta a la acreditación de la total y absoluta conclusión de la obra, como se indicó, no rige el principio "*in dubio pro reo*" ya que lo que

¹⁹⁷ STS de 3 de diciembre de 1991; STS de 28 de abril de 2000 (Rec. nº 369/1995); 2 de octubre de 2002 (RJ 8858), 3 de junio de 2003 (RJ 5035), 28 de marzo de 2006 (3255). Cuando no se trate de simples desajustes o desfases entre lo permitido por el Plan y lo construido, sino de obras ilegalizables, prevalece la obligación de la Administración de ordenar el restablecimiento de la legalidad mediante el derribo (SSTS 15 y 18 de enero de 2002).

¹⁹⁸ El TS tiene manifestado que la línea jurisprudencial que proclamó, tiempo atrás, el pº de proporcionalidad o menor demolición en materia de disciplina urbanística, ha sido superada por una nueva corriente jurisprudencial que subraya el carácter preceptivo y no facultativo de la demolición: STSJ CV, sección 1, de 25 de febrero de 2014 rca 242/2012.

está en juego no es un juicio o proceso de carácter penal, ni un recurso de prevalente condición sancionadora¹⁹⁹.

7.5.- EJERCICIO DE LA POTESTAD: SUJETOS.

A) Atribución de competencias.

Existe la creencia generalizada de que, en caso de poder afirmar una determinada competencia estatal que incidiera en materia de urbanismo, la misma se ceñiría a determinados títulos sectoriales que están muy distantes de la disciplina urbanística²⁰⁰.

La manifestación de que los títulos de intervención estatal en el urbanismo no guardaban la suficiente relación con la protección de la legalidad urbanística ha sido en mi opinión desacertada, porque la legislación y el Poder de protección de la legalidad han de estructurarse en su conjunto con total correspondencia. De nada sirve negar alcance patrimonial a una edificación ilegal si, en determinados ámbitos o por criterios jurisprudenciales, esas edificaciones siguen siendo objeto de relaciones jurídicas.

No obstante, antes de analizar la preeminencia entre actuaciones en este campo llevadas a cabo por distintas Administraciones de una misma comunidad autónoma, también cabe aquí centrar el estudio en la intervención del Estado sobre el suelo perteneciente a una Comunidad Autónoma o Entidad Local en ejercicio de sus competencias propias (medioambientales, de ordenación del territorio, defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación (del que resulta claro ejemplo la actuación en torno al PEPRI

¹⁹⁹ STS de 31 de enero de 1984.

²⁰⁰ STC 61/1997 y 164/2001: El Estado carece de título suficiente para establecer un régimen jurídico básico del urbanismo, porque las **condiciones básicas** del art. 149.1.1CE no son sinónimo de *legislación básicas*, *bases*, o *normas básicas*; las condiciones básicas, como técnica de atribución competencial, se remiten al contenido primario y esencial del derecho a fin de garantizar la igualdad de sus titulares en su ejercicio.

CABANYAL de Valencia)²⁰¹, costas (el Art. 92 Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, dispone que se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior cualquiera que sea el tiempo transcurrido), etc.²⁰²

²⁰¹ En este asunto han recaído múltiples resoluciones judiciales: del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV): Sentencia de 29 de enero de 2002, Auto de 29 de enero de 2002, Sentencia Nº 1.376/04, de 1 de octubre de 2004; Resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM): Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM, de 27 de septiembre de 2004, Auto de 29 de diciembre de 2011 Ejecución de títulos judiciales en procedimiento ordinario 799/2001; Resoluciones del Tribunal Supremo: Sentencia de 12 de marzo de 2008; Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, de 25 de mayo de 2009 (Esta sentencia en torno a la distribución de competencias relativas a la protección del patrimonio histórico cultural y artístico, rechaza la pretensión de la Generalitat, tendente al reconocimiento de su competencia exclusiva urbanística y de protección del patrimonio histórico, así como de la inexistencia de atribución al Estado de cualquier tipo de tutela sobre esta materia al no concurrir expolio. Consecuentemente reconoce la competencia del Estado en la defensa del patrimonio histórico contra la expoliación, derivada del art. 149.1.28 y 149.2 de la CE, desarrollados en la LPHE; Sentencia del TS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de junio de 2011, rec. casación 4423/2010; Auto del TS, Sala de lo Penal de 14 de septiembre de 2011, por el que se acuerda la inadmisión de la querrela formulada por la Generalitat y el Ayuntamiento de Valencia contra la Ministra de Cultura por la presunta comisión de sendos delitos de prevaricación y usurpación de atribuciones.

Resoluciones del Tribunal Constitucional (TC): Providencia del Pleno del TC, de 18 de febrero de 2010, admitiendo a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno sobre el Decreto-Ley 1/2010, de 7 de enero del Consell de la Generalitat Valenciana de Medidas de Protección y Revitalización del Conjunto Histórico de la Ciudad de Valencia"

Entre los actos y disposiciones administrativas generales dictadas por la Administración del Estado y por la Administración de la Generalitat se encuentra la Orden del Ministerio de Cultura, de 29 de diciembre de 2009, por la que se resuelve el procedimiento por expoliación del conjunto histórico del Cabanyal.

Esta Orden se acuerda para dar cumplimiento a los fallos de las sentencias del TSJM, de 27 de septiembre de 2004, confirmada por la STS de 25 de mayo de 2009, relativa al procedimiento por expoliación del conjunto histórico del Barrio del Cabanyal, como consecuencia de las actuaciones derivadas del PEPRI.

En los antecedentes de hecho de la mencionada Orden se ponen de manifiesto la secuencia de hechos que han ido produciéndose, comenzando por la solicitud de 23 de septiembre de 1999, formulada, por INDIPCAACC al Ministerio de Cultura, para que por el mismo se adoptaran las medidas conducentes a evitar lo que calificaban de expolio. A consecuencia de esa solicitud se dictó la Resolución de 29 de enero de 2001, que no apreció la existencia de tutela superior del Estado y que fue impugnada dando lugar a las resoluciones judiciales que se indican en el párrafo anterior. A la vista de las citadas sentencias, el Ministerio de Cultura, con fecha 4 de agosto de 2009, solicitó informes técnicos a la Generalitat y al Ayuntamiento de Valencia, así como a diversas instituciones consultivas, como la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Colegio de Arquitectos de la Comunidad Valenciana, Universidad Politécnica de Valencia, Consejo Internacional de Monumentos y Sitios -ICOMOS- e Hispania Nostra. El 16 de septiembre de 2009, se solicitó informe al Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España y a la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Vivienda. En fecha 13 de octubre de 2009 se requirió que la Real Academia de la Historia se pronunciara sobre esta cuestión. Todos ellos, además de los emitidos por el Museo Nacional de Cerámica y Artes Suntuarias de Valencia y de la Abogacía General del estado, son incorporados al expediente de expoliación.

El resultado de los informes emitidos por el Ayuntamiento de Valencia se ha fundamentado en la legalidad del PEPRI, avalada por las STS de 12 y 13 de marzo y 16 de diciembre de 2008, que tienen carácter firme y cuyo contenido tiene fuerza de cosa juzgada. En cuanto al PEPRI en sí mismo considerado, se argumenta que contribuye a la mejor conservación general del

conjunto, desde el punto de vista urbanístico y desde el de sus consecuencias sociales y económicas, sin alterar la estructura urbana del conjunto histórico. El resto de los informes han estimado la existencia de expolio.

El 18 de agosto y el 6 de octubre de 2009 la representación legal de INDIPCACC denunció ante el Ministerio de Cultura la realización de derribos de inmuebles en el entorno del conjunto histórico del Cabanyal, solicitando la adopción e medidas cautelares.

La Orden resuelve declarar que el PEPRI determina la EXPOLIACIÓN del Conjunto histórico de Cabanyal, declara la obligación del Ayuntamiento de Valencia de proceder a la SUSPENSIÓN INMEDIATA DE LA EJECUCIÓN DEL PEPRI, en tanto se lleve a cabo una adaptación del mismo, que garantice la protección de los valores histórico-artísticos, que motivaron la calificación de éste como conjunto histórico y requerir a la Generalitat para que suspenda inmediatamente todas las actuaciones administrativas relacionadas con el PEPRI y adopte las medidas oportunas para asegurar que el Ayuntamiento cumple la obligación de suspender la ejecución del mismo, requerimiento que, en caso de no atenderse, posibilitará que el Ministerio pueda ejecutar, de forma subsidiaria, las medidas oportunas para garantizar la protección del interés público en juego, y ello sin perjuicio de las responsabilidades que dicho incumplimiento pudiera conllevar. El contenido de esta resolución se sustentó en que el PEPRI constituye una expoliación del conjunto histórico del Cabanyal y es en este ámbito de defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la expoliación, en el que se centra toda la cuestión. La competencia exclusiva de esta concreta finalidad esta atribuida al Estado (art. 149.1.28CE).

A los efectos de considerar qué debe entenderse por expoliación, esta Orden parte de lo preceptuado, sobre dicho concepto jurídico indeterminado, e los artículos 4, 21.3 LPHE y trae a colación la consideración del TC sobre dicho concepto, expuesta en la STC 17/1991, de 31 de enero, e incide de nuevo que las sentencias que confirman la adecuación a Derecho del PEPRI únicamente se han pronunciado sobre la adecuación del mismo a la legalidad ordinaria, legalidad urbanística, no sobre el expolio.

En base a todas estas consideraciones e informes, la Orden concluye que el PEPRI constituye un expolio del conjunto histórico del Cabanyal puesto que prescinde de la protección del conjunto histórico, desfigurando el mismo, hasta el punto de hacer perder a éste su propio carácter, "*su peculiar trama de retícula*" (que el Ayuntamiento de Valencia identifica como barrio de callejuelas y mal aireado). Dicha opción urbanística es incompatible con el mantenimiento de los valores del conjunto histórico y ha sido adoptada apriorísticamente por el Ayuntamiento obviando los principios de proporcionalidad y mínima intervención, sin el debido estudio de las distintas soluciones técnicas posibles y sin motivar adecuadamente la elección de la solución definitiva de entre las existentes. Continúa afirmando que las determinaciones del PEPRI únicamente están al servicio de la consecución de una determinada solución de política urbanística y comportan el derribo de bienes de gran valor histórico-artístico, que contribuyen al deterioro del conjunto y agravan la desfiguración de aquellos que motivaron la protección del conjunto histórico.

Contra esta Resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por parte del Ayuntamiento de Valencia. En la Pieza separada de suspensión N° 07/92/10, la Sección Séptima, acordó que no procede acceder a la suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa impugnada, mediante auto de 9 de abril de 2010.

²⁰² STS 28-12-1993, 24-11-1998, 19-02-2000.

Otro ejemplo, es la actuación de restauración ambiental llevada a cabo en el Parque Natural de Cap de Creus (Gerona), en el ámbito urbanizado del antiguo Club Mediterráneo, ejecutado por el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino (MARM) y el Departamento de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalitat de Catalunya (DMAH, a partir de un protocolo de colaboración firmado en 2007).

Mientras que el Estado y las CCAA tienen atribuido un ámbito competencial por la CE, las entidades locales, que tradicionalmente ha ostentado la potestad de policía, no tienen un espacio predeterminado de atribución de competencia exclusiva, salvo el de intervenir o participar, de forma cualificada, en todos los procedimientos de otras Administraciones que afecten directamente a sus intereses²⁰³.

Adentrándonos en la relación que existe entre las competencias de la Administración autonómica y la de las Corporaciones locales, como es sabido, en base a lo previsto en los artículos 137, 140 y 141 CE, que establecen la garantía institucional de la autonomía local y el 149.1.18²⁰⁴ CE, el legislador estatal ha determinado unos principios o bases relativos a las competencias de las corporaciones locales en la Ley de 2 de abril de 1985, LRBRL, a los que la legislación autonómica sectorial debe ajustarse, para atribuir esta clase de competencia a la propia CCAA y a los municipios, sin excluir la posibilidad de que exista concurrencia o competencia compartida.

Existen mecanismos, como los informes vinculantes emitidos por órganos autonómicos, que no responden a las técnicas de control sometidas al régimen establecido en los arts. 60, 61, 65 y 66 de la LRBRL, sino que están destinados a lograr la acomodación o integración entre las competencias concurrentes de la CCAA y la Entidad local, por tratarse de aspectos que

²⁰³ El Profesor BAÑO LEÓN mantiene que, constitucionalmente, se podría llegar a sustraer, *ex lege* a las corporaciones locales la disciplina urbanística, total o parcialmente, pág 498 y ss de su manual *Derecho Urbanístico Común*. Porque el campo abierto a la discrecionalidad del legislador autonómico para atribuir a los municipios todas las competencias, o discriminar la atribución de competencias en base a criterios objetivos, como el del número de habitantes, o atribuirles una parte de las potestades públicas, sólo está limitado por la interdicción de un trato arbitrario y por el respeto al principio de participación local en los procedimientos correspondientes, que puede sustanciarse con un informe no vinculante. Por Ley de las CCAA determinadas competencias disciplinarias locales pueden ser atribuidas a Administraciones con mayores recursos y algo más distantes de los intereses concretos.

²⁰⁴ STC 32/1981, STC 84/1982, STC 170/1989, STC 46/1992, STC 159/2001: la autonomía local, el ejercicio de competencias municipales exclusivas, es un concepto jurídico de configuración legal y contenido mínimo fijado por la CE. STC 159/2001, de 5 de julio; STC 11/1999, de 11 de febrero (que incide en los Arts. 2, 55.3, 58.3, 65 y 66 LRBRL)

trascienden la esfera de lo municipal, dejando incólumes las potestades municipales por ejemplo para el otorgamiento de la licencia de obras²⁰⁵.

Igualmente en el supuesto de determinación de los plazos de inicio y terminación de viviendas protegidas por afectar, al igual que la materia de vivienda en general, a intereses que exceden del ámbito estrictamente local. Estos intereses supramunicipales han amparado también intervenciones estatales derivadas de lo establecido en el artículo 149.1.13 de la CE, esto es, en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica²⁰⁶.

No obstante, no es admisible cualquier fórmula de concurrencia, pues al legislador le está vedado elegir aquéllas que constituyan de hecho un control de oportunidad o de legalidad de la actuación administrativa.

Esos criterios generales (entre los asuntos de interés de los municipios figuran: el urbanismo [art. 25.2 a) LBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local] y el medio ambiente [art. 25.2 b) LBRL], así como los que reflejan los arts. 2.1, 26 y 36 LRBRL) no fijan de forma detallada las competencias locales por lo que, en ámbitos de competencia autonómica, son las CCAA las que llevan a cabo la atribución legislativa de competencias a las entidades locales de forma específica.

Esa atribución, que en definitiva define el ámbito material en que los entes locales pueden ejercer su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, ha de ajustarse a los criterios de la LRBRL, debiendo realizarse ponderando en todo caso el alcance o intensidad de los intereses locales y supralocales implicados y asegurando siempre el derecho de la entidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración.²⁰⁷

²⁰⁵ SSTC 57/2015, (FJ 16 b) y 92/2015, (FJ 7 b).

²⁰⁶ SSTC 112/2913, de 9 de mayo (FJ 3) y 139/2013, (FJ 3).

²⁰⁷ STC 32/1981, (FJ 4); STC 61/1987, (FJ 25, b); STC 170/1989, de 19 de octubre, (FJ 9); STC 40/1998, de 19 de febrero, (FJ 39); STC 159/2001, de 5 de julio, (FJ 4, 12); STC

Consecuentemente, el legislador estatal y el de las CCAA, ha de dotar de funciones a las corporaciones locales, de todas las competencias propias y exclusivas²⁰⁸ que sean necesarias para satisfacer sus respectivos intereses, en el marco de las competencias que aquellos entes territoriales ostentan. El problema no ha sido la asignación de competencias, sino la falta de ejercicio de las mismas.

El art. 25.2.d) LRBRL²⁰⁹ establece que, en todo caso, los Municipios deberán tener competencias propias en materia de disciplina urbanística, porque el urbanismo es un ámbito de interés municipal preferente²¹⁰

Reiteradamente las distintas fuentes formales urbanísticas hablan de Administración urbanística actuante, expresión esta en la que subyace el necesario equilibrio entre el poder municipal y la salvaguarda de los intereses supramunicipales autonómicos. Así, la acción directa de la Administración de las CCAA, cuando los actos o usos se desarrollan en suelo no urbanizable, se justifica en el bien jurídico de que se trata, cuya protección cubre un interés general, que rebasa estrictamente el municipal y valores medioambientales.

En cuanto a los órganos municipales competentes para la adopción de las medidas de restablecimiento de la legalidad hay que acudir a la legislación

51/2004, de 13 de abril (FJ 9); STC 95/2014, de 12 de junio (FJ 5); STC 57/2015, de 18 de marzo (FJ 6) y STC 92/2015, de 14 de mayo, (FJ 4).

²⁰⁸ STC 4/1981, de 2 de febrero, (FJ 3º).

²⁰⁹ Del Art. 25.2d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, no se deduce que las competencias del Municipio en materia de disciplina urbanística excluyan en todo caso cualquier intervención de las CCAA, pues aquéllas se ejercerán en los términos de la legislación del Estado (Art. 184.4 TRLS/1976) y de las CCAA, según sostiene, entre otras, la STS de 24 de octubre de 2002 (RJ 9710, Rec. Casación 10.423/1998). La autonomía local goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar, pero que más allá de ese contenido mínimo, la autonomía local, como afirma la jurisprudencia, es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto configuraciones diversas (Art. 184.4 TRLS/1976, Art. 252 TRLS/1992) válidas en cuanto respeten esa garantía institucional.

²¹⁰ STC 204/2002, de 31 de octubre, (FJ 13); STC 104/2013, de 25 de abril (FJ 6).

de régimen local y a la regulación llevada a cabo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de medidas para la modernización del gobierno local.

Existen también Agencias de Protección de la Legalidad o Disciplina Urbanística a cuya creación hace alusión Fernando RENAU FAUBELL²¹¹, como la Canaria o la Gallega, de naturaleza consorcial; la Agencia de Protección de la legalidad urbanística y territorial de Mallorca, que es un organismo autónomo; el Consorcio para la protección de la legalidad urbanística en suelo rústico de la isla de Menorca, Organismo del Consell Insular de Menorca.

Su cometido es ejercitar, de forma independiente de la instancia política y con eminente carácter técnico, las competencias autonómicas y municipales, ésta última respecto de aquellas corporaciones locales que voluntariamente se haya consorciado con la Agencia. Las mencionadas Agencias, dotadas de personalidad jurídica, patrimonio y presupuestos propios, se regirán por sus propios estatutos.

La inactividad municipal en el ejercicio de sus competencias propias en materia de disciplina urbanística, ha sido una constante a la que todavía, a mi entender, no se ha dado una solución efectiva. Las agencias de protección de la legalidad pueden ser una acertada medida para romper con la tenencia puesta de manifiesto.

B) Relaciones de colaboración.

Por otro lado, partiendo del concepto de competencia, hay que ser conscientes de la diversidad de municipios existentes (de interior, turísticos, metropolitanos, de montaña, municipios que tienen reconocidos valores ambientales o histórico-artísticos, etc.) para comprobar las necesidades de colaboración, en su acepción más amplia, y concretamente las relaciones de cooperación y coordinación con otras Administraciones, como pueda ser

²¹¹ RENAU FAUBELL, Fernando, *Manual de disciplina urbanística de la Comunidad Valenciana*, IUSTEL, 2008.

Ver también la Disposición Adicional Tercera de la LOTUP, que prevé la creación de la Agencia de Protección del territorio de la Comunidad valenciana.

la Provincia, en su vertiente de Administración de cobertura de la municipal (Art. 36 LRBRL) u otras entidades locales (comarca, mancomunidades, consorcios) y la Administración de las CCAA²¹².

De lo que se desprende la utilización de técnicas jurídicas de colaboración funcionales, como son los convenios urbanísticos, para asegurar el eficaz ejercicio de sus competencias urbanísticas por los municipios, convenios que en ningún caso pueden suponer alteración o renuncia de la propia competencia. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el deber de colaboración en el ejercicio de competencias para la gestión de los intereses propios de cada Administración, mediante el establecimiento de fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las CCAA²¹³

En esta materia tienen igualmente cabida las fórmulas o mecanismos de la delegación intersubjetiva de competencias, o la encomienda de gestión para actividades de carácter material o técnico.

En definitiva, el principio general es la atribución de la materia de protección de la legalidad urbanística con carácter principal o preferente a los municipios de forma que la competencia del Alcalde tiene carácter prevalente, por lo que la CCAA no debería intervenir, si ya lo hace aquél.

C) Controles autonómicos sobre la actividad local.

En este subapartado se van a desarrollar las técnicas de control autonómico cuando no hay actividad municipal y por tanto tampoco existe acto administrativo de reposición de la legalidad.

Al margen del carácter voluntario inmerso en las principales categorías relacionales, mencionadas anteriormente, hay que analizar cómo se regula la

²¹² CLIMENT BARBERÁ, Juan. *La cooperación estatal y autonómica en los servicios municipales* en Tratado de Derecho Municipal, Editorial Civitas, Madrid 2003

²¹³ SSTC 4 de mayo de 1982; 27 de febrero de 1987.

inactividad municipal (singularizándola de la inactividad administrativa) en el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad y cómo puede actuar otra Administración, previa advertencia, en su caso, de la referida pasividad, y tras señalar un plazo para que por la corporación local se adopte la medida de demolición, tras la incoación del pertinente procedimiento administrativo, siempre que la inactividad afecte a competencias de otras Administraciones.

En general, los controles administrativos sobre la actividad local deben estar previstos en normas legales, ser concretos y precisos, no “genéricos e indeterminados que sitúen a las Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales” y tener por objeto actos en los que incidan intereses supralocales, velando por la legalidad de la actuación local; el control de oportunidad de las decisiones correspondientes a la gestión de los intereses locales es incompatible con la autonomía local. La STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 6, aclaró que la suspensión de actos locales como método de control administrativo es constitucionalmente admisible respecto de los que vulneren competencias de otra Administración; no cabe si responde a la defensa genérica de la legalidad en el ámbito estricto de las competencias locales.

Por otro lado, en el campo de la inactividad administrativa, se establecen distintos mecanismos de subrogación/sustitución de la competencia municipal a favor de la Administración autonómica. Porque si persiste la indolencia del Ayuntamiento en el ejercicio inexcusable de la potestad, debe ser otra Administración la que ejerza directamente las competencias.

El sistema básico estatal de sustitución por Administraciones autonómicas de competencias, viene regulado en el artículo 60 LRBRL²¹⁴ y se ceñiría, en lo que

²¹⁴ Art. 60 LRBRL: “Cuando una entidad local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial, deberá recordarle su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario. Si, transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el

corresponde a este estudio, al supuesto de actos de edificación y usos del suelo realizados sin licencia e ilegalizables, en los que la Administración autonómica únicamente ha de constatar la inexistencia de la licencia municipal sin hacer ninguna apreciación de legalidad, puesto que cualquier valoración jurídica corresponde a los Tribunales. Consecuentemente la sustitución o subrogación habrá de ser meramente funcional y no general. La legislación urbanística autonómica podrá regular supuestos de subrogación, pero siempre dentro de los márgenes del artículo 60 LRBRL y por afectar al ejercicio de competencias de la Comunidad Autónoma. Este último es un elemento relevante, presupuesto habilitante de la intervención autonómica sustitutiva.²¹⁵

La paralización de actos de edificación y uso del suelo, realizados sin licencia municipal y la sustitución del Ente local por la Administración autonómica, ajustándose al art. 60 LRBRL, es viable legalmente, puesto que no se está en presencia de un juicio o control de legalidad, sino de un acto de mera comprobación. La Administración autonómica ejercerá competencias municipales en sustitución del Ayuntamiento, tras requerirle infructuosamente para que intervenga, por un plazo no inferior a un mes. Tras la declaración de inconstitucionalidad de preceptos autonómicos que han fijado plazos menores en aras a una intervención inmediata más eficaz ante la vulneración de la legalidad, únicamente se halla, quizás porque no puede ser de otra manera, la constatación de haber alterado el nivel de autonomía local que asegura el artículo 60 LRBRL, invadiendo con ello competencia estatal en materia de bases del régimen local.

Tal vez, si de este modo no se puede impulsar una intervención administrativa pronta y efectiva, que evite los hechos consumados, si sería relevante exigir cuantas responsabilidades se deriven legalmente. Porque la ley hace un importante esfuerzo por evitar la subrogación del ente local mediante el

incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la entidad local".

²¹⁵ STC de 9 de julio de 2015, en la que se enjuicia la legislación andaluza de medidas para la vivienda protegida y suelo (FJ 6).

cumplimiento autónomo de las competencias de dicho ente, pero tal vez sería más relevante incidir en la necesidad de que el Ayuntamiento cumpla con su deber y ejercite la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Si el municipio ha ejercido la competencia, mediante la incoación del correspondiente procedimiento, la Administración autonómica no podrá ejercitarla.

Así, el artículo 184.4 TRLS/1976 prevé un simple control de legalidad sin contradecir acuerdo alguno del Ayuntamiento, pues no hay en esta hipótesis acto de la corporación local que se impugne, sino un acuerdo de demolición de obra ilegalizable emitido por Administración no municipal, cuando ésta ha dejado transcurrir los plazos sin adoptar resolución alguna al respecto.

D) Suspensión y anulación de actos de las Entidades locales.

Otra cuestión diferente, a exponer en este apartado, es la impugnación de actos y acuerdos de la Administración local y el ejercicio de acciones por la CCAA cuando los considere ilegales, actos producidos en ejercicio de competencias de la Administración local, aspectos contenidos en los artículos 63 a 66 de la LRBRL, que imponen a la CCAA la carga de impugnar los actos de la entidad local que considere ilegales ante el órgano judicial²¹⁶.

Consiguientemente, y pese al carácter específico de las legislaciones sobre suelo, el control de la legalidad de los actos y acuerdos municipales, que comporta la suspensión o revocación de los mismos, en este caso la suspensión o revocación de licencias urbanísticas instada por órganos autonómicos, corresponde a los Tribunales, tal y como determina la legislación de régimen local.

²¹⁶ SSTC 213/1988, de 11 de noviembre (FJ 2 y 3) y 259/1988, de 22 de diciembre (FJ 2).

Luego de conformidad con lo preceptuado por los artículos 65 y 66 LRBRL, los actos administrativos de las corporaciones locales han de ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando sean fiscalizados por la CCAA y estime que la licencia es nula de pleno derecho, previo requerimiento a la entidad local.

Y en este sentido se ha expresado la jurisprudencia constitucional, al examinar disposiciones contenidas en leyes autonómicas que se apartaban del sistema reaccional contenido en la LRBRL²¹⁷ y que en consecuencia, han sido

²¹⁷ Artículo 65 LRBRL. 1. *Cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.*

2. *El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.*

3. *La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para la interposición del recurso de tal naturaleza señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la Entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello.*

4. *La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá también impugnar directamente el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción.*

Artículo 66. *Los actos o acuerdos de las Entidades locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, podrán ser impugnados por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo anterior. La impugnación deberá precisar la lesión o, en su caso, extralimitación competencial que la motiva y las normas legales vulneradas en que se funda. En el caso de que, además, contuviera petición expresa de suspensión del acto o acuerdo impugnado, razonada en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado, el Tribunal, si la estima fundada, acordará dicha suspensión en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación. No obstante, a instancia de la entidad local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que de ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación.*

declaradas inconstitucionales, debido a que atribuían a las CCAA la facultad de suspender por sí mismas acuerdos municipales²¹⁸.

Aunque el Tribunal Constitucional ha reconocido que la legislación autonómica que ha atribuido a la Administración de la Comunidad Autónoma el poder de suspender licencias, manifiestamente ilegales, libradas por Ayuntamientos, lo ha hecho tratando de proteger un indudable interés general, esto no ha sido suficiente para entender que tal previsión autonómica es inconstitucional por no ajustarse a los criterios generales de la LRBRL.

La legislación autonómica puede establecer también la previsión de que un gobierno autonómico pueda decretar la suspensión cautelar de los actos de uso del suelo y de la edificación, aún cuando estuvieran amparados por licencia o autorización, cuando promueva la aprobación de un plan especial de naturaleza ambiental, de protección del espacio natural. Ahora bien, este supuesto no debe estar encuadrado en las técnicas de control administrativo de la legalidad de los acuerdos locales²¹⁹.

E) Regulación en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana.

El ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad es de competencia municipal, salvo en los casos que expresamente se prevea que su ejercicio corresponde a la Comunidad Autónoma en régimen concurrente o exclusivo (art. 266 LOTUP). En el artículo 268 se regulan las competencias de la Generalitat.

²¹⁸ STS 27 de mayo de 1988; STC 213/1988, de 11 de noviembre, 259/1988, 22 diciembre y 46/1992, 2 de abril; STC 11/1999, 11 febrero; STC 159/2001, 5 de julio.

²¹⁹ SSTC 148/1991, (FJ 5 y 6); 36/1994, de 10 de febrero (FJ 7).

7.6.- PLAZO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA PARA REACCIONAR FRENTE A LA TRASGRESIÓN DEL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO.

Tras haber resaltado la naturaleza jurídica del Poder de protección de la legalidad urbanística, en el análisis de una de sus derivaciones, la potestad de restauración de dicha legalidad, se exponen las implicaciones que ha tenido la introducción del transcurso del tiempo en el ejercicio de la potestad.

7.6.1.- TRATAMIENTO GENERAL Y FUNDAMENTACIÓN.

En esta tarea, desde su inicio, creo que es conveniente no perder de vista la trascendencia que tiene la configuración de la vertiente temporal en el ejercicio de la potestad, respecto del correcto funcionamiento de la competencia administrativa. Porque el ámbito de actuación propia en el cumplimiento del fin de defensa de la legalidad, para cuya realización es investida de Poder jurídico la Administración, apela en primer lugar al principio de eficacia. Este principio es un postulado constitucional dotado de fuerza normativa directa, que dificulta que se sujete el ejercicio de la potestad, única y exclusivamente, al transcurso de unos años.

Cabría preguntarse ¿por qué la Administración ha dejado pasar el tiempo sin hacer nada? ¿Por qué se permite que, tras un espacio de tiempo en el que cabe el ejercicio de la potestad, reine la inactividad administrativa frente a la ilegalidad?

Según el autor que sentó las bases de la teoría de las potestades SANTI ROMANO los poderes son imprescriptibles, ahora bien, el no ejercicio de ellos durante un cierto tiempo podía dar lugar a figuras distintas de la pérdida del poder, porque esa pérdida, en el campo de lo Público, debía excluirse siempre. Entre estas figuras destacaba la decadencia o caducidad, la cual determinaba la imposibilidad de ejercitar un poder en casos singulares, cuando se ha dejado transcurrir los términos prefijados para su ejercicio, pero dejaba el poder siempre íntegro y a disposición de poderse ejercitar en los demás casos.

Ahora bien, en esta materia no resulta congruente que el poder sea imprescriptible y no lo sea la potestad, que es parte del poder.

Desde esta perspectiva el tiempo constituye un límite al ejercicio de la potestad, impidiendo su actuación más allá del marcado límite, ya que el ordenamiento jurídico no ampararía el ejercicio del poder cuando éste escapa de los márgenes que el Derecho previamente ha marcado.

Ahora bien, lo que a los efectos de este estudio interesa, es destacar que la causa principal que se ha utilizado para motivar el establecimiento de un tiempo preciso para el ejercicio de la potestad administrativa, cuyo transcurso se traduce en la prohibición de ejercitarla de forma extemporánea, ha sido la existencia de derechos subjetivos de propiedad de los particulares que no podían quedar indefinidamente en manos de la Administración, en clara alusión a una percepción antiestatutaria de la propiedad de la edificación ilegal.

Como se ha apuntado en varias ocasiones, la existencia de un plazo de prescripción/caducidad para ejercitar la acción de restauración de la legalidad urbanística, se justificó en la necesidad de aplicar el principio de seguridad jurídica, frente al principio de satisfacción del interés público y social que persigue el Derecho Urbanístico.

Cabe entender que la seguridad, era operativa para los particulares que podían disfrutar de la tranquilidad de saber que su construcción ya no podría ser objeto de una orden de derribo. Así, el posible ejercicio de la potestad en estas condiciones provocaba en el particular una situación provisional o transitoria, que devenía definitiva cuando pasaba el tiempo y salía de la inseguridad, que generaba no saber si la Administración actuaría o no, con el reconocimiento implícito de que había unos derechos que no podían quedar indefinidamente bajo esa incertidumbre. Pasado un tiempo, razonablemente se percibía, o no cabía ya esperar que la Administración ejercitara la potestad, por lo que primaba dar seguridad a la situación de dominio sobre

la edificación, que se consideraba ya definitivamente adquirida por el titular del suelo.

De lo que se desprende que el legislador autonómico ha primado la defensa del tráfico jurídico privado, frente al interés de ver cumplida la legalidad y frente a las determinaciones del legislador estatal en torno a la configuración estatutaria de la propiedad del suelo y el modo de adquisición de facultades que se incorporan al derecho de propiedad del suelo. Pero el fin de la legislación urbanística no es garantizar el tráfico privado, sino impedir la utilización y uso del suelo contrario a la Ley y normativa de suelo y de ordenación del territorio.

La justificación de la prevalencia de la seguridad jurídico-privada se sustenta en un postulado, a mi entender erróneo, la consideración de que las obras, una vez consumadas, se incorporan al patrimonio de su titular y son objeto de relaciones jurídico-patrimoniales válidas si caduca la acción de restauración de la legalidad.

Con la legislación actual de suelo del Estado, no puede afirmarse que cuando se tolera una obra ilegal, porque no se exige por la Administración su demolición, dicha obra se incorpore al patrimonio del titular del suelo.

Hay que resaltar igualmente, que la denominada prescripción/caducidad de las "acciones" de restauración de la legalidad urbanística sigue un camino y un régimen completamente distinto al de las vicisitudes que se produzcan en los procedimientos mediante los cuales se ejercita la correspondiente potestad, que son objeto de análisis separado.

Ahora bien, hay que hacer hincapié en que el tema verdaderamente controvertido, objeto de este estudio, es el de la procedencia de la fijación de los referidos plazos. Porque, a pesar de que no es difícil entender que la Administración debe utilizar el Poder (la ley le ordena que disponga la suspensión inmediata de la obra sin licencia), cuanto menos formalmente, para formar su decisión y corroborar si procede o no la adopción de la medida de demolición de la construcción ilegal, se llegó a la consideración

de que las acciones, se extinguían por su falta de ejercicio y el transcurso del tiempo.

Consiguientemente, en lo referente a este punto y los que se consignan en posteriores apartados, a fin de esclarecer la materia objeto de exposición, hay que distinguir:

- a)** Las posturas que han sustentado la existencia de un plazo dentro del cual se debía iniciar el procedimiento administrativo mediante el que se ejercita la potestad de restauración de la legalidad urbanística y las que han mantenido la existencia de un plazo durante el cual, si no se ejercita la potestad, se entendía extinguida²²⁰. Implantación de estos tipos de plazos para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y adopción de medidas. En este punto ha de repararse en que la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo interrumpe el plazo cuando éste es de prescripción. Pero si después se produjera la caducidad del procedimiento, la interrupción de la prescripción de la acción se tiene por no producida y se considera que el plazo de prescripción de la acción ha seguido corriendo desde el mismo momento en que se inició el procedimiento caducado.

- b)** El plazo de caducidad del procedimiento administrativo concreto en que se ejercita la potestad de restauración del orden jurídico infringido, esto es, la caducidad procedimental.

- c)** Y, por último, una vez acordada la medida de protección, hay que determinar cual es el plazo para que la Administración, en caso de incumplimiento de la orden por el interesado, ejecute subsidiariamente la orden de derribo, esto es, el plazo de prescripción de las facultades administrativas de ejecución forzosa de la orden de demolición ya adoptada.

²²⁰ VILLANUEVA LÓPEZ, Angel. *A vueltas con la restauración de la legalidad urbanística: especial referencia a la caducidad de la acción y sus consecuencias*. Práctica Urbanística N° 96, año 2010.

El citado plazo de ejercicio de la potestad de restablecimiento del ordenamiento urbanístico, fue fijado por la legislación estatal, primero, en un año y con posterioridad, en cuatro –art. 185.1 TRLS/1976 y art. 9 del Real Decreto Ley de 16 de octubre de 1981-, a contar desde la fecha de terminación de las obras. La normativa autonómica ha señalado también plazos similares y en algunos casos superiores.

En el supuesto de que no existiera una regulación propia autonómica sobre la restauración de la legalidad urbanística, se aplicarían también las normas, concordantes con los artículos mencionados, contenidas en el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio (art 31 y 32).

En general, con independencia de la categorización de la institución concerniente a la intervención del tiempo en la extinción del derecho o de las acciones, se ha mantenido que la carga de la prueba de los hechos determinantes de la prescripción pesa sobre el que la alega, de forma que si la antigüedad de la edificación no consta por ningún medio de prueba, no quedará acreditado que la realización fuera anterior a la fecha que determina la prescripción; de este modo, los Tribunales han hecho recaer la carga de la prueba del transcurso del plazo en aquellos que lo invocan²²¹.

Esta postura se ha sustentado, tanto en el principio general de atribución al acto administrativo de una presunción *iuris tantum* de validez o legalidad, constitutiva de la prerrogativa que asiste a la Administración identificada con el término de autotutela declarativa, como en el principio de la buena fe, que impide que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por dicha ilegalidad. Igualmente se ha justificado en el hecho de que la duda, que pudiera surgir en torno a la finalización de las obras, no puede resolverse aplicando en esta materia el principio “*in dubio pro reo*”.

²²¹ Conforme a las reglas sobre la carga de la prueba del artículo 1.214 del Código Civil.

También se ha destacado por la jurisprudencia, que el *dies a quo* para el cómputo del plazo ha de ser el de la total terminación de las obras, debiendo entenderse que ésta se produce cuando la obra está ultimada y dispuesta para servir al destino previsto, sin necesidad de ninguna actuación material (la posibilidad de acreditación de este extremo por cualquier medio de prueba ha sido recogido en totalidad de las legislaciones autonómicas), como han manifestado las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1994 (RJ 1994\2397) y 8 de junio de 1996, entre otras²²².

A lo largo de este capítulo he tratado de justificar que el tiempo no debería comportar relevancia alguna en el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística por la concurrencia de un importante interés público, desterrando la presencia de posibles derechos adquiridos por los particulares respecto de los cuales se ha de asegurar una seguridad jurídica. No se puede detectar en este supuesto, una tensión entre un interés particular que, en caso de no implantar límites temporales, podría verse expuesto *sine die* a la actuación de la Administración en ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad y un interés público.

Tampoco se puede fundamentar el instituto de la prescripción en el hecho de que el mantenimiento de una determinada situación durante cierto tiempo, la ocupación de la edificación ilegal, crea una apariencia de derecho que deba acabar por convertirse en realidad inatacable en aras a la seguridad jurídica, situación propiciada en este caso, por el supuesto no ejercicio del derecho de restablecimiento de la legalidad durante un determinado tiempo. La Administración acabará por perder la facultad de restablecer la legalidad.

²²² La jurisprudencia ha resaltado la necesidad de que la obra esté totalmente terminada sin que falten partidas o remates por ejecutar (STS 24-12-1980) y que sirvan para el fin previsto sin necesidad de ninguna otra intervención (STS 7-11-1981), así como la de utilizar todos los medios de prueba posibles (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 5 de julio de 2005, rec. 120/2004). El RD 2.187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de Disciplina Urbanística acomete esta cuestión en su artículo 32.

Por último cabe preguntarse, en cuanto a las actuaciones administrativas realizadas fuera de plazo sustantivo, si debe considerarse que existe causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad.

7.6.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAZO: CADUCIDAD/PRESCRIPCIÓN.

El primer aspecto que suscita el estudio del establecimiento de plazos temporales para que la Administración pueda reaccionar frente a la ilegalidad urbanística acordando la demolición de la edificación ilegal, es la controversia surgida entorno a la naturaleza jurídica de los mismos. Aunque considero que adquiere mayor relevancia la labor de encuadrarlos en lo que es estrictamente el ejercicio del Poder administrativo, alejando esta cuestión de lo que concierne a las acciones procesales y a la seguridad del tráfico jurídico privado²²³.

Si no estamos ante una acción procesal, tampoco creo que sea acertado pensar que es una acción en sentido sustantivo o facultad que pudiera llevarnos a entender que lo que prescribe o caduca no es la potestad sino las facultades que se ejercitan a través de la misma, porque mediante la potestad no se posibilita una actuación u otra, sino que se actúa un deber concreto y predeterminado.

Puede detectarse un amplio abanico de posibilidades existente en relación al ejercicio temporal de determinadas potestades, como la sancionatoria en la que rige la prescripción, mientras que cuando se trata de la autorización de licencias de obras, la potestad de autorizar la obra queda sujeta al régimen del silencio positivo y en la potestad de revisión de oficio de los actos de concesión de esas autorizaciones la regla es que no se somete a plazos la

²²³ SANCHEZ GONZÁLEZ, J.F. “La coordinación del procedimiento sancionador y del procedimiento para la restauración de la legalidad urbanística y la incidencia en los mismos de las instituciones de la caducidad y de la prescripción”. Revista digital del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), N° 19 abril a junio de 2013.

DÍEZ SANCHEZ, J.J., “La protección de la legalidad urbanística” en Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana, Ed. LA LEY, Madrid 2006, pág 1509.

declaración de nulidad de los actos administrativos, que puede realizarse en cualquier momento (art. 102 LRJPAC).

Y cuando entramos de lleno en cómo han ido perfilando las singulares regulaciones legales autonómicas este tema, comprobamos que la falta de un criterio común en la definición de la naturaleza del plazo para el ejercicio de la potestad es alarmante²²⁴.

La doctrina y jurisprudencia, mayoritariamente, afirman que se trata de un típico plazo de caducidad.

No obstante, BAÑO LEÓN afirma que, respecto del artículo 185 del TRLS/1976 y de todas las leyes urbanísticas que guarden silencio sobre la naturaleza del plazo, conviene observar que no existe ninguna razón jurídico-pública para considerar que el plazo es de caducidad. Al contrario, la lógica jurídica aconsejaría pensar que el plazo es de prescripción²²⁵.

Abundando en la caótica regulación de este tema, sentencias, como la del TS de 4 de diciembre de 1974, ya advirtieron de la inexistencia de una normativa sistemática y completa de la prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo, en forma paralela a la que existe en el Derecho Civil.

Y, aunque ciertamente la legislación civil rige relaciones entre particulares, hay que acudir a la única fuente que define estos conceptos, para insistir en la falta de encaje de esta institución, relativa al transcurso del tiempo, en la dinámica de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

²²⁴ La Exposición de Motivos, apartado V, de la LOTUP dice literalmente: *En materia del régimen sancionador, destaca un cambio importante en el plazo de caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística, que pasa a ser de quince años. Tradicionalmente, se ha identificado el régimen de prescripción de las infracciones, cuatro años, con el de caducidad de la acción restauradora de la legalidad.*

²²⁵ Manual de Derecho Urbanístico Común, Pág 518.

Entre otros, DÍEZ-PICAZO²²⁶ ha explicado que en origen la caducidad se vincula al ejercicio de derechos potestativos, de ahí que, por razones de seguridad jurídica la ley establezca un plazo perentorio de ejercicio, mientras que la prescripción es una garantía frente al silencio de la parte que ostenta el derecho, de ahí que pueda interrumpirse la acción en el momento en que ese silencio se rompa. Afirma así mismo que son figuras que se encuentran a disposición del legislador que las implantará, o podrá emplear indistintamente, valorando el conjunto de los intereses en juego.

Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ²²⁷ define la prescripción extintiva como una causa de extinción del derecho subjetivo, y de las acciones, cuando permanece inactivo e irreconocido (el titular no lo ejercita, ni el obligado lo reconoce) durante cierto tiempo, el derecho o la acción se extingue por su inactividad durante un tiempo. Pero puede haber un acto jurídico que revigore el derecho subjetivo, acto de conservación y defensa del mismo, volviendo el derecho a tener plena eficacia y, por ello, el tiempo debe volver a comenzar a contarse de nuevo para dar lugar a una nueva prescripción.

La caducidad, por su parte, la identifica con la extinción de la posibilidad de ejercicio de un derecho, no ejercitado en breve plazo. Afirma que se trata, en este caso, de un derecho que nace con un plazo de vida y que, pasado éste, se extingue: es un derecho de duración limitada. El derecho debe ejercitarse en un corto plazo, si no, se extingue. Por tratarse de la extinción fatal del derecho de duración limitada, no cabe interrupción, produce como efecto la extinción *ipso iure* del derecho, inmediatamente a la llegada del plazo y es apreciable de oficio.

A diferencia del señalamiento de plazos para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, que instituyen el artículo 184 y el artículo 185 del TRLS/1976, su artículo 188 establece que la limitación de plazo,

²²⁶ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, "La prescripción extintiva (en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo)", THOMSON-CIVITAS, Madrid 2003, pág 66 y ss.

²²⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte General, EDERSA, Madrid, 1986, pág 403 y ss.

no será aplicable cuando se trate de terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes o espacios libres. Así mismo, el ejercicio de la potestad de referencia no está sometido a límite de plazo alguno cuando se trate de suelo no urbanizable protegido, haciéndose extensivo el señalado régimen a este suelo, en virtud de la regulación llevada a cabo por las distintas normas autonómicas.

Como viene estableciendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²²⁸, tanto la institución de la prescripción como la de la caducidad, responden a la común razón de la presunción de abandono del derecho y de las acciones que son su consecuencia; añadiendo que la prescripción, como limitación al ejercicio tardío del derecho en beneficio de la seguridad jurídica, ha de acogerse en aquellos supuestos en que la Administración, por inactividad o laxitud, deja transcurrir el plazo máximo legal para ejercitar su derecho a exigir o corregir las conductas ilícitas administrativas, o interrumpe el procedimiento de persecución de la ilegalidad durante un lapso de tiempo.

Ahora bien, tal y como se viene testimoniando a lo largo de este estudio, sería más exacto hablar de una auténtica potestad administrativa y no de derecho o acción. Además, se trata de una de las potestades administrativas que ha venido estando totalmente vinculada a parámetros jurídicos como los establecidos en el artículo 184, 3 y 4 del TRLS/1976 y artículo 38 TRLS/1992.

Pero es que indiscutiblemente, la previsión de un plazo para el ejercicio de la potestad, si esta no se produce, supone una infracción del principio de actuación eficaz de la Administración. Otra cosa es que la finalidad del plazo fuera la imposición de una intervención administrativa inmediata y nunca más allá de dicho plazo, más razonable al cumplimiento del concreto interés a satisfacer por la Administración.

²²⁸ SSTs de 24-3-1988 (RJ 2510); 24-05-1991 (RJ 4341); 20-02-1996 (RJ 1213); 18-06-1999 (RJ 4336); 8-03-2000 (RJ 967); STSJCV nº 195/2006, de 22 de febrero Rec. Apelación 380/2005 (JUR 221973).

Sorprende en gran medida, que se haga referencia a un derecho cuando estamos tratando del ejercicio de un poder. A mi entender lo que ha podido suceder es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha centrado en distinguir la distinta naturaleza de la caducidad y la prescripción²²⁹, pero no ha dado una explicación satisfactoria sobre los motivos jurídicos que justifican la existencia de los referidos plazos.

1.- Concretamente en lo concerniente al plazo de caducidad del ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística, hay que hacer constar que al mismo se han referido la doctrina y la jurisprudencia²³⁰ como periodo máximo dentro del cual debe iniciarse (y resolverse añaden algunas sentencias) el procedimiento en el que se ejercitará eficazmente la citada potestad. También se ha sugerido, que lo adecuado era hablar de caducidad del presupuesto temporal habilitante de la reacción administrativa, frente a una obra sin licencia.

Acorde con esta postura, diversas sentencias del Tribunal Supremo han dejado constancia de que el transcurso del plazo implicaba que la Administración urbanística en cada caso concreto se viera desapoderada de

²²⁹ La prescripción es una figura que emana del Derecho civil y de él es importado al campo del Derecho administrativo. La STS Sala de lo Civil de 30 de enero de 1983 (RJ1983\393), estimó lo siguiente: la prescripción y la caducidad se caracterizan como dos modos distintos de impedir que prosperen ante los Tribunales los derechos cuya virtualidad se ha extinguido por el transcurso de tiempo prefijado para su ejercicio; se distinguen fundamentalmente en el sentido de entender que mientras la caducidad descansa no sólo sobre la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino también sobre una presunción de abandono por parte de su titular, la prescripción se funda exclusivamente en la necesidad de la seguridad del tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo, por lo que es estimable solo a instancia de parte, en tanto que la caducidad es acogible también de oficio. Ambas instituciones responden a la común razón de la presunción de abandono de los derechos y de las acciones, pasado el plazo de caducidad el derecho o la acción dejan de existir.

La prescripción ganada es susceptible de renuncia, mientras que en el caso de la caducidad la renuncia no resulta posible. En la prescripción se admite con carácter general que pueda interrumpirse el plazo por cualquiera de las causas reconocidas en derecho; en la caducidad no operan las causas de interrupción, ni con carácter general las de suspensión, computándose el plazo como un plazo fatal, que transcurre desde principio a fin sin interrupciones ni suspensiones.

²³⁰ STS 2 de octubre de 1990 (RJ 1990\7826); 17 de octubre de 1991 (RJ 1991\7843); 24 de abril de 1992; 22 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8644); 7 de diciembre de 1994; 14 de marzo de 1995 (RJ 1995\2087);

la potestad que la Ley le otorgaba para acordar la demolición de las obras sin licencia, o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma. Esto significaba que el plazo era pura y simplemente un plazo de caducidad señalado en la Ley para el ejercicio de la potestad de demolición de las obras ilegales.

Estas sentencias destacaban así mismo, que en modo alguno cabía válidamente deducir de este dato temporal la legalización <<ex lege>> de unas obras contrarias a la ordenación urbanística. De lo que se deducía, que no debía confundirse la caducidad (en una misma sentencia, respecto de la legalización *ex lege*, se habla de prescripción de la acción, cuando antes la tilda de caducidad) de la acción administrativa para obrar conforme al art. 185 TRLS/1976, con la extinción de la ilegalidad urbanística, porque el hecho de que ésta ya no pudiera perseguirse, no determinaba que el acto ilegal se invistiera de legalidad.²³¹

Si la Administración no ejercitaba en plazo las medidas de restauración de la legalidad urbanística, el transcurso de dicho plazo determinaba la consideración como fuera de ordenación del edificio.²³²

A la caducidad de la acción se refieren, entre otras²³³, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana nº 524/2008, de 17 de abril de 2008, al indicar que la posibilidad del ejercicio de la acción de restauración de la legalidad está limitada en el tiempo, señalando que el plazo legal se fija en cuatro años desde la terminación de la obra.

Entre la doctrina, E. GARCÍA DE ENTERRIA Y L. PAREJO ALFONSO, argumentaron que se trataba de un plazo cuya naturaleza era de

²³¹ STS de 8 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5410); 25 de marzo y 3 de mayo de 1985 (RJ 1985\ 1642 y 2891); STS 5 de junio de 1991 (RJ 4865).

²³² STS, Sección 5, de 15/02/2012, recurso nº 2473/2009 (FD Cuarto).

²³³ STSJ Madrid, nº 917/2010, de 22 de abril, rec. apelación 2.143/2009, FJ 3º: *caducidad de la acción administrativa o de presupuesto habilitante de la reacción, por supeditarse ésta a que desde la total terminación de las obras no haya transcurrido un año o cuatro.*

caducidad, en base a que, por un tiempo, prevalece el interés público urbanístico, de modo que, durante el mismo, pueden válidamente realizarse sus exigencias y sacrificarse cualesquiera situaciones creadas con motivo de obras ilegales, pero, pasado ese tiempo sin que tal interés público se haya efectivamente actuado, el orden de valores se invierte, primando el también interés público de la seguridad jurídica en las relaciones, derechos e intereses constituidos. Señalan así que la caducidad es la naturaleza propia, en Derecho administrativo de los términos para el ejercicio de acciones o competencias y, consecuentemente su transcurso no se puede interrumpir a efectos de un nuevo comienzo de cómputo, por lo que sólo puede quedar enervado por la efectiva puesta en marcha de las medidas previstas en el artículo 185 TRLS/1976, que por cierto, se abstiene de calificar en forma alguna.

2.- En lo atinente a la prescripción hay que señalar que la misma alude al no ejercicio de la acción durante un periodo de tiempo en el que debía dictarse la orden, en clara referencia a la inactividad de la Administración. En cuanto al cómputo de los plazos, admite su interrupción, y el día de inicio de su cómputo es el del final de la obra²³⁴.

La legislación Valenciana, por ejemplo, determinó que el plazo de prescripción de cuatro años, establecido en el apartado primero del art. 224 LUV, no sería de aplicación a las actuaciones que se hubiesen ejecutado sobre terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes, viales, espacios libres o usos dotacionales públicos, terrenos o edificios que pertenezcan al dominio público o estén incluidos en el Inventario General de Patrimonio Cultural Valenciano, o sobre suelo no urbanizable protegido, respecto a los cuales no existirá plazo de prescripción, en cuanto a la posibilidad de restauración de la legalidad.

En el vigente artículo 236.1 LOTUP establece un plazo de quince años que califica de caducidad y determina, reproduciendo los supuestos del derogado artículo 224, cuando no será de aplicación ese plazo de

²³⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana nº 192, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de 28 de febrero de 2014 (FD 3º).

caducidad de la acción, en cuanto a la posibilidad de restauración de la legalidad y reparación al estado anterior de los bienes a que se refiere este apartado.

7.6.3.- CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE DEMOLICIÓN.

El contenido de esta sección representa un avance, en este tema concreto, de lo que serán las conclusiones del conjunto del trabajo.

Una de las consecuencias, es la que se relata a continuación. Si se acuerda la medida de demolición de las obras ejecutadas antes de 2007, el derribo es a costa del interesado; sin embargo, si la medida no se adopta y la obra persiste, cuando sobrevenga un cambio de ordenación que haga factible la inclusión de esta edificación en un procedimiento de equidistribución de beneficios u cargas, el derribo será un coste que deberá asumir la totalidad de propietarios de suelo incluido en el área reparcelable, no exclusivamente el obligado a demoler si se hubiera dictado la orden, ni, por supuesto, la Administración, que no ejerció su obligación.

Por otro lado, se debería considerar que la utilización como único parámetro de la imprescriptibilidad de la acción, la clasificación del suelo, zonas verdes, espacios libres, suelo no urbanizable protegido, puede no ser, en algunos supuestos, el más revelador de las ilegalidades más graves. Habría que acudir a factores medio ambientales: a datos reales de contaminación de los acuíferos por falta de una red de depuración de aguas residuales, por la masiva existencia de pozos ciegos y fosas sépticas; sobreexplotación de pozos para extracción de agua sin la pertinente concesión administrativa; ocupación de vías pecuarias y caminos públicos; vertederos ilegales de basuras y desechos; etc.

La manifestación vertida en el párrafo anterior no debe dejar de articularse en la principal que guía toda la exposición, esto es, que la única solución congruente es que la Administración pueda acordar las medidas de restauración de la legalidad sin sujetar su ejercicio a un plazo temporal, es decir, en cualquier momento desde que aparezca la edificación ilegal e

inicie el procedimiento para ejercer eficazmente el Poder de garantizar la legislación urbanística y del medio ambiente.

La creencia social generalizada ha sido que, a partir del transcurso del tiempo señalado para que la Administración interviniera, cualquier ilegalidad quedaba sanada. Esto también ha sido acogido por la doctrina y así, entre las consecuencias indeseables de la sujeción a plazo de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, el profesor BAÑO LEÓN refiere dos posiciones doctrinales clásicas sobre esta cuestión. La mantenida por GONZÁLEZ PÉREZ y la que sostienen GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO ALFONSO. Según el primero, transcurridos los plazos la obra queda legalizada, mientras que los segundos consideran que la obra no es susceptible de legalización²³⁵.

El artículo 237 de la LOTUP se refiere al régimen de las edificaciones una vez transcurrido el plazo para dictar la orden de restauración de la legalidad urbanística y establece:

El mero transcurso del plazo de quince años al que se refiere el artículo anterior no conllevará la legalización de las obras y construcciones ejecutadas sin cumplir con la legalidad urbanística y, en consecuencia, mientras persista la vulneración de la ordenación urbanística, no podrán llevarse a cabo obras de reforma, ampliación o consolidación de lo ilegalmente construido. Ello no obstante, con la finalidad de reducir el impacto negativo de estas construcciones y edificaciones, la administración actuante podrá ordenar la ejecución de las obras que resulten necesarias para no perturbar la seguridad, salubridad y el ornato o paisaje del entorno.

Resulta relevante reproducir parte del contenido de los fundamentos de la STC 61/1997, para ponerlos en relación con la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 248 y 249 del TRLS/1992, que fijaron el plazo de cuatro años para la adopción de medidas de reacción frente a la vulneración de la legalidad urbanística, por cuanto evidencian competencias legislativas del Estado en las que se apoyan las conclusiones de este estudio.

Así, si bien el Art. 37LS/92 (*"El derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con*

²³⁵ Derecho Urbanístico Común, Pág 521.

la ordenación urbanística²³⁶) fue un precepto no afectado por la STC 61/97, al no haber sido recurrido, el Art. 38.1 (*“La edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento vigente será demolida sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable”*) fue declarado constitucional por la indicada sentencia. En ella se argumentó que este artículo se limita, de una parte, a impedir la patrimonialización de una edificación que ha incumplido ese doble requisito (falta de licencia o de ajuste a sus condiciones e incompatibilidad con el planeamiento vigente), y, de otra, a establecer una garantía de procedimiento encaminada a verificar el efectivo incumplimiento, lo que también tiene su apoyo en el mismo artículo 149.1.18 CE.

Frente a las alegaciones formuladas por las CCAA que consideraron que el artículo 38 regulaba materia de disciplina urbanística, el Abogado del Estado adujo, por el contrario, que del carácter de disciplina urbanística que, sin duda, posee el precepto no se derivaba la incompetencia del legislador nacional, sea por el Art. 149.1.1 CE, en cuanto regula el estatuto jurídico básico de lo edificado –igual para toda España- o por el Art. 149.1.18, en la medida que establece un régimen básico que garantice el tratamiento común del administrado en supuestos que pueden afectar gravemente a propiedades privadas.

El TC en la ST 61/1997 afirmó lo siguiente: *“Es bien cierto, en efecto, que del hecho de que se trate de típicas normas de disciplina urbanística no se sigue, sin más, que el Estado carezca de toda competencia. Por encima de la calificación formal que la legislación o la doctrina le hayan atribuido, debe indagarse, a efectos competenciales, cuál es la materia o materias que esos preceptos encierran y si existen títulos a favor del Estado que, en su caso, puedan justificar tal normación.*

En este sentido, preciso es reconocer que los preceptos impugnados (artículos 38 y 41) guardan una relación material inmediata con el derecho a la edificación (art. 37) cuya regulación encabeza la sección 6. del capítulo III.

Por su parte, el art. 23.1 d), tampoco impugnado, define el contenido de la facultad urbanística a la edificación, integrante del derecho de propiedad urbana, como el derecho «consistente en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación

²³⁶ La referencia que a la ordenación urbanística hace este artículo ha de entenderse al que está vigente en el momento de la edificación y no al que legitima la expropiación.

ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable».

Fácil es comprender que los arts. 38 a 41 impugnados no hacen sino concretar los distintos supuestos y las subsiguientes consecuencias jurídicas anudadas en que puede encontrarse la edificación del propietario en relación con la licencia, que se convierte así en el punto de referencia obligado (edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento; sin licencia, pero compatible con el planeamiento; conforme a licencia que luego se declare ilegal; conforme a licencia y ordenación urbanística, pero excediendo del correspondiente aprovechamiento urbanístico). Significa ello que la licitud de la licencia y su conformidad con la legalidad urbanística [art. 23.1 d)] se erigen en el instrumento para medir la incorporación misma de la edificación en el patrimonio del titular dominical, puesto que el derecho a la edificación se adquiere una vez concluida la construcción al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística.

Lo que está en juego, en otros términos, son las condiciones para poder materializar el *ius aedificandi* del propietario del suelo, la obra realizada. Desde esta perspectiva, cabe concluir que la materia aquí regulada es, en primer término, el derecho de propiedad urbana y, más en concreto, una de sus facultades básicas o elementales, y no la regulación de la licencia en sí misma.

En línea de principio, pues, ha de admitirse que aquél que ostente la competencia material para regular este derecho básico podrá establecer también las condiciones de su adquisición o pérdida. La cuestión, con todo, reside en determinar el grado de detalle de esas condiciones y de las técnicas de reacción ante el eventual incumplimiento. En ese sentido, si la competencia material del Estado tan sólo comprende la regulación de las condiciones básicas de ejercicio y de cumplimiento de los deberes (art. 149.1.1. C.E.), lógico es concluir que al Estado únicamente le compete establecer, paralelamente, las condiciones, también básicas, de su adquisición o pérdida. Seguidamente, y a la luz de los indicados criterios y sin perjuicio del examen de otros títulos competenciales, ha de procederse al análisis de cada uno de los preceptos impugnados.

Con carácter previo, deben situarse estos preceptos en el contexto del entero texto normativo.

La edificación puede no estar legitimada por licencia y, a su vez, cabe que sea incompatible con el planeamiento (art. 38) o compatible con éste (art. 39). En segundo lugar, en la edificación legitimada por licencia cabe distinguir dos supuestos: que la licencia no fuese conforme con el ordenamiento urbanístico (arts. 40 y 240) o que fuese conforme a aquél [art. 23.1 d)]. De otra parte, para que la edificación se incorpore al patrimonio del titular es necesario que la licencia no esté caducada (en caso contrario, habrá de estarse a lo dispuesto por los arts. 35 y 36) y que sea conforme al ordenamiento (y si no es así serán de aplicación los arts. 38 a 40).

No pueden compartirse, en primer término, los argumentos que se han hecho valer frente al art. 38.1 T.R.L.S., atinente a las edificaciones sin licencia que sean incompatibles con el planeamiento, en cuyo caso se dispone la demolición sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable (apartado 1), por cuanto en sí mismo se muestra respetuoso con el bloque de la constitucionalidad a la luz de la doctrina expuesta".

Lo que se ha transcrito tiene el rigor suficiente para exigir una aplicación igualitaria en todo el territorio nacional que garantice la igualdad tanto en la adquisición de la edificación (art. 37.1), como en las técnicas de reacción ante el eventual incumplimiento de los requisitos legales de adquisición (art. 38.1) esto es, la obligatoria actuación de la Administración, tendente a declarar y ejecutar, en su caso, la demolición de la edificación ilegal, sin que del cumplimiento de esta obligación se pueda eximir a la Administración tras un periodo de inactividad de la misma.

De este modo se debe razonar, que la licencia de obras es un instrumento para medir la incorporación misma de la edificación en el patrimonio del titular dominical del suelo, puesto que el derecho a la edificación se adquiere únicamente con la conclusión de la construcción al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística, no por la falta de adopción de una técnica urbanística, que venía impuesta legalmente en su día por el artículo 38.1 sin sujeción a plazo o condición alguna.

La falta de proceder a la demolición durante un periodo de tiempo, no es una condición básica de adquisición del derecho a la obra realizada, ni es un presupuesto de hecho, al que anudar esos efectos jurídicos, porque el Estado reguló, con ratificación de la jurisprudencia constitucional, el único modo de adquirir el derecho a lo construido.

El desajuste que implica la existencia de plazos de caducidad o prescripción se aprecia también si se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 49 respecto de la demolición e intervención de los tribunales ordinarios. Puesto que en este último supuesto el plazo es de treinta años, según preceptúa el artículo 1.966 del CC.

VIII.- PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

8.1. DIFERENCIACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REPOSICIÓN DE LA LEGALIDAD DE OTROS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS, CONCRETAMENTE, DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CON MOTIVO DE UNA INFRACCIÓN URBANÍSTICA TIPIFICADA.

Hay que señalar en este punto, que definitivamente se ha descartado la tesis que consideraba la existencia, tan sólo, de un único procedimiento administrativo de protección de la legalidad urbanística. La conjunción de expedientes comportaba una cierta confusión en torno al planteamiento procedimental²³⁷.

Así ha prevalecido el reconocimiento de la existencia de una sucesiva prosecución de procedimientos administrativos, cada uno con su sustantividad y dirigidos cada uno de ellos a su propia funcionalidad, si bien todos ellos con la finalidad puesta, efectivamente, en el ámbito general de protección de la legalidad urbanística.

Así, a nivel general, hay que partir del principio de autonomía procedimental y distinción de los diversos expedientes, que puedan derivarse del ejercicio del poder de protección o garantía del cumplimiento de la legalidad urbanística –expediente sancionador, expediente de reintegración de la legalidad, vía administrativa de apremio-.

Las ventajas de esta postura se evidenciaron al reflexionar que, en la práctica, cuando la sanción administrativa y la medida de restauración se adoptaban en un mismo procedimiento acumulado, surgían graves consecuencias en torno a los plazos y aplicación de principios²³⁸, llegándose a la conclusión de que debían diferenciarse los procedimientos, según se tratara de una u otra medida.

²³⁷ STSJ Comunidad Valenciana nº 569/2014, de 12 de junio de 2014, recurso apelación 439/2010.

²³⁸ SSTs 12 de noviembre de 1997; 25 de enero de 1999, 20 de junio de 2001, 4 de noviembre de 2002.

De lo que se infiere que, una cosa es el procedimiento de suspensión de obras y usos, en su caso, con requerimiento de legalización; otra diferente es el procedimiento de legalización "ex post", a promover tan sólo a iniciativa del interesado y que por su propia naturaleza no puede caducar; y otra es el procedimiento en virtud del cual, agotada la última posibilidad de legalización "ex post", finalmente se acuerda la correspondiente orden de derribo.

Al procedimiento de legalización "ex post", que promueve el interesado, se le deberán aplicar las reglas del silencio administrativo, en caso de que el Ayuntamiento no resuelva expresamente la solicitud.

Esta diversificación no contradice el hecho de que todos estos procedimientos administrativos puedan tener su origen en una misma ilegalidad urbanística.

Consecuentemente, si se trata de una infracción urbanística, la misma dará lugar a un procedimiento administrativo sancionador. El acto de trámite de incoación del expediente sancionador puede acordar la suspensión de las actuaciones que infringen el orden legal.

Nuevamente se debe incidir en el hecho de que el procedimiento cauce para la reintegración de la legalidad urbanística, no tiene la naturaleza de procedimiento sancionador y por ello no le son aplicables sus principios (art. 51 y 52 RDU), sin perjuicio de que las medidas de demolición se acordaran en un procedimiento sancionador, en el supuesto de ser éste el único utilizado, e incluso en un procedimiento penal. El expediente sancionador tiene por fin la imposición de una sanción económica al infractor y ello aunque la construcción o el uso sean legalizables, ya que edificar sin licencia puede constituir por sí mismo una infracción.

Finalmente cabe mencionar que de forma progresiva las legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas han ido implantando la

independencia procedimental en los expedientes de restauración de la legalidad urbanística.

El art. 538.2 del Decreto 67/2006, de 12 de mayo del Consell estableció que, para que la restauración de la legalidad no se convirtiera en un procedimiento de recaudación, no podía iniciarse el expediente sancionador sin haberse restablecido la legalidad.

Sentados estos principios y entrando ya en lo que es la dinámica procedimental administrativa, se pone de manifiesto que, en sentido estricto, previamente a producirse el trámite de iniciación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, puede tramitarse un procedimiento de suspensión.

Cuando los actos de edificación se encuentran en curso de ejecución, tras las correspondientes inspecciones, puede dictarse un decreto u orden de paralización o suspensión de las obras, por no estar amparadas en licencia municipal o excederse de lo autorizado por ella. Dichos actos administrativos, que no tienen naturaleza sancionadora, constituyen una medida cautelar de carácter urgente tendente al restablecimiento de la legalidad, que por su propia naturaleza, no requiere tramitación específica, ni en particular trámite de audiencia previa, bastando el simple acuerdo suspensorio.

En la normativa urbanística estaba prevista la posibilidad de ordenar la suspensión en artículos como el 184 TRLS/76, sin requerir un procedimiento específico, cuando se observara que la obra no se ajustaba al contenido de la autorización otorgada, o ésta ni tan siquiera existía. Ese acuerdo podía adoptarse de oficio, o en virtud de denuncia²³⁹.

²³⁹ SSTS de 18 de febrero, 21 de abril, 13 de noviembre, 9 y 15 de diciembre de 1992; STS de 25-03-1994; SSTS 6-02-1996; 23-03-1998; 26 octubre de 1998; 18-12-2002; STS de 2 de marzo de 2009, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, recurso casación nº 10.462/2004.

La orden de paralización de las obras es por tanto diferente a la orden de demolición, por cuanto únicamente implica que se somete a estudio el ajuste a la legalidad de la obra, y es perfectamente impugnabile por el afectado.

El hecho de no tener esta medida cautelar un carácter sancionador, ha venido excluyendo las exigencias y formalidades propias del ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la reflexión de que la vía impugnatoria, que asiste al interesado, imposibilita la estimación de su posible indefensión.

Para decretar la orden de paralización de una obra, que se realiza sin la cobertura legal que proporciona la previa y preceptiva licencia, o sin ajustarse a ella, y puesto que el fin de la adopción de la misma es evitar que se consoliden situaciones urbanísticas, en tanto se decide sobre su legalidad, se exige que su ejecución sea inmediata²⁴⁰. No se trata por tanto de llevar a cabo una complejísima instrucción, sino una sumaria verificación de que se está ejecutando una obra sin licencia.

De este modo, la orden de suspensión se puede dirigir a quien esté ejecutando las obras, al promotor de las obras, que puede o no puede ser el propietario de los terrenos, el titular o no de la licencia, al constructor, al técnico director de las obras, etc., ya que lo importante a los fines del artículo 184 TRLS/1976 es quien está ejecutando la obra y no la titularidad que se tenga sobre el inmueble²⁴¹.

Además, en estos casos la Administración puede entenderse con un sólo copropietario, puesto que lo relevante urbanísticamente es la ejecución de obra ilegal y no la titularidad que se ostente sobre el inmueble.

El acuerdo de suspensión de obras puede ser impugnado en vía administrativa y judicial, si el afectado estima que no concurre el presupuesto

²⁴⁰ STS Sala de lo Contencioso Sección 5, de 2 de marzo de 2009, Rec. casación nº 10462/2004. En algunas ocasiones el Tribunal Supremo mantuvo la tesis opuesta en sentencias de 3 de mayo de 1980 (RJ2772) y 28 de marzo de 1985 (RJ1676).

²⁴¹ STS de 2 de julio de 1997, (RJ 5716) Rec. apelación 13407/1991; STS de 27 de octubre de 1998 (RJ8450) Rec. Apelación 7473/1992.

habilitarte, porque dispone de licencia o no se ha producido exceso de la obra iniciada respecto de los términos del proyecto presentado y de la licencia concedida. De no ser así, el acuerdo suspendiendo obras en curso, quedará firme y consentido.

Como se ha indicado, derivado de este planteamiento se colige la imposibilidad de que el interesado pueda aducir indefensión, al haberse adoptado el acuerdo sin audiencia previa, debido a que el administrado puede alegar a su favor todo lo que estime conveniente en el trámite de legalización que se le abre.

La desobediencia a la orden de suspensión puede acarrear la imposición de una multa coercitiva, que no es constitutiva de una sanción por infracción urbanística previa.

Como se verá a continuación, la tramitación del expediente de restauración, que realmente se inicia con el requerimiento de legalización de obras y obtención de licencia, conlleva un trámite de audiencia del interesado, en el que éste podrá alegar todo lo que a su derecho convenga. En este sentido, el interesado, con el que deberá entenderse la Administración, no es sólo el propietario, sino también quien efectúa las obras, en calidad de usufructuario, titular de un derecho de superficie, arrendatario, etc.

8.2.- NORMATIVA APLICABLE A CADA PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

La normativa de aplicación al expediente de restauración de la legalidad urbanística, incluida la contenida en los instrumentos de ordenación, es la que está en vigor al momento de incoarse el procedimiento administrativo.

La decisión del expediente no podrá hacerse depender de hipotéticos cambios futuros de planeamiento.

Por otro lado, si la obra está completamente finalizada²⁴², la posibilidad de legalización debe resolverse, no atendiendo a las previsiones de un posible proyecto de obra que hubiera acompañado a la solicitud de licencia previa a dicha finalización, sino a las obras realmente ejecutadas. Por tanto, es la obra ejecutada la que la Administración ha de tener en cuenta para declarar la posibilidad o imposibilidad de legalización.

Cuando se inicia el expediente, hay que aplicar la legislación vigente en ese mismo momento y las determinaciones del planeamiento en vigor, teniendo en cuenta que los regimenes especiales de protección medioambiental hacen incompatible que el suelo se transforme para ser edificado.

Nuevamente sobresale la competencia del Estado para dictar la legislación básica sobre protección del medioambiente y la influencia que esa forma de catalogar el suelo tiene sobre la clasificación del mismo en virtud de planes urbanísticos, sin necesidad de suplantarse la competencia municipal y autonómica de planeamiento. Esta afirmación contribuye a dar soporte a la necesidad de reconsiderar el sistema legislativo que concierne al suelo en su conjunto.

En ocasiones se ha podido producir la situación real de que en un instrumento de planeamiento de carácter espacial, como un plan general, un suelo concreto no esté clasificado como suelo no urbanizable de protección especial, pero que el mismo ámbito esté incluido en un plan de ordenación de los recursos naturales de esa zona. En este caso resulta determinante a la hora de configurar el expediente de restablecimiento de la legalidad tener presente la primacía de los planes de protección de la naturaleza sobre los planes urbanísticos, lo cual comporta que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística existentes, que resulten contradictorios con los instrumentos de ordenación de los recursos naturales, que preservan éstos de

²⁴² El concepto de obra terminada lo contempla por ejemplo el artículo 236.2 de la LOTUP.

ser transformados urbanísticamente, deben adaptarse a éstos²⁴³. En tal caso la clasificación como suelo no urbanizable no es discrecional, sino reglada.

De esta manera queda fijado el predominio de esos planes en artículos como el 35 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre al determinar: **1.** *Los planes de ordenación de los recursos naturales serán obligatorios y ejecutivos en todo lo que afecte a la conservación, protección o mejora de la flora, la fauna, los ecosistemas, el paisaje o los recursos naturales.*

2. *Los planes de ordenación de los recursos naturales a que se refiere esta Ley prevalecerán sobre cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física. En el acto de aprobación de estos planes se indicarán los instrumentos de ordenación territorial o física que deben ser modificados y los plazos para dicha modificación, así como las normas aplicables hasta tanto la misma tenga lugar.*

3. *Las previsiones de los planes de ordenación de los recursos naturales tendrán carácter vinculante para cualesquiera otras actuaciones, planes o programas*

²⁴³ Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana. Un primer intento de abordar esta compleja problemática en la Comunidad Valenciana fue el proceso de declaración de los primeros parques naturales valencianos a partir de 1986, en virtud de la hoy derogada Ley estatal de Espacios Naturales de 1975; siguieron a éstos los parajes naturales declarados según la Ley de la Generalidad Valenciana 5/1988, de 24 de junio, reguladora de los Parajes Naturales de la Comunidad Valenciana.

Esta Ley desarrolló y adecuó a la realidad territorial valenciana la legislación estatal básica, Ley 4/1989, de 27 de marzo, que fue posteriormente derogada por la Ley 42/2007. También tuvo en cuenta las Directivas europeas y, en concreto, la 79/409/CE y la 91/294/CE, así como la número 92/43/CE. De este modo, el objeto de esta Ley es establecer el régimen aplicable a los espacios naturales protegidos y a los espacios protegidos de la Red Natura 2000 en la Comunitat Valenciana, clasificando los terrenos afectados de suelos no urbanizables de especial protección.

El Decreto 161/2004, 3 septiembre, de Regulación de los Parajes Naturales Municipales desarrolla el artículo 9 de la Ley 11/1994 que establece en su apartado 2º que en estos ámbitos únicamente se admitirán los usos y actividades compatibles con las finalidades que motivaron su declaración, excluyéndose la utilización urbanística de sus terrenos.

Igualmente hay que considerar el contenido del Decreto 60/2012, 5 abril, del Consell, por el que regula el régimen especial de evaluación y de aprobación, autorización o conformidad de planes, programas y proyectos que puedan afectar a la Red Natura 2000

sectoriales en todo lo relativo a las materias a que se refiere el párrafo 1 de este artículo, y revestirán carácter indicativo en todo lo demás.

4. *Los planes rectores de uso y gestión se atenderán a los criterios y directrices formulados en los planes de ordenación de los recursos naturales.*

Cabe citar asimismo en este sentido los artículos 2.f) y 18.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que tienen carácter básico, los cuales proclaman la prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística y la aplicación en todo caso de las determinaciones de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales.

El principio de prevalencia de los valores de preservación y protección medioambiental sobre la planificación urbanística ha sido aplicado por la jurisprudencia en sentencias como la del TS de 22 de octubre de 2010 en el recurso de casación 5593/06. A tenor de la misma ha de considerarse que los planes de protección de la naturaleza vinculan a los planes urbanísticos y se superponen a éstos. Y esto aunque los planes de protección del medioambiente no recojan de forma explícita o directa la exigencia de no poder edificar en estos suelos, porque al establecer la aplicación territorial de los mismos determinan la imposibilidad de alterar un terreno que no es urbanizable.

Concluye la sentencia destacando la prevalencia de los valores constitucionales de preservación y protección del medio ambiente sobre aquellos otros valores a los que sirve la planificación urbanística; el superior rango jerárquico que la normativa estatal básica atribuye a los planes de ordenación de recursos naturales, art. 18 Ley 42/2007, de 13 de diciembre; y la necesidad de que los futuros desarrollos de los municipios, para usos, entre otros, residenciales, deban centrarse en suelos en los que no existan valores medioambientales incompatibles con su urbanización y, por supuesto, con su edificación.

8.3.- DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA OBRA. INICIACIÓN DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO DE REPOSICIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA E INICIO A INSTANCIA DE PARTE. LA ACCIÓN PÚBLICA.

En primer lugar se va a examinar quiénes son los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento, y posteriormente se concretará, cuándo se inicia el procedimiento.

La fase de iniciación del procedimiento administrativo de restauración de la legalidad urbanística, admite dos modalidades: que el mismo pueda ser incoado de oficio, que incluiría la iniciación por denuncia, o a instancia de parte.

Aparentemente, esta última modalidad tiene difícil encaje en esta clase de procedimiento, por el tipo de acto administrativo que se prepara, es decir la resolución de demolición. Puesto que el procedimiento tendría que afectar a la esfera de los derechos subjetivos del interesado que presenta la solicitud, esto es, producir un resultado previsiblemente favorable con el derribo para los peticionarios. Pero la solicitud, que de manera vinculante para la Administración inicia el procedimiento, puede formularse a instancia de terceros interesados titulares de derechos o de propietarios de suelo que reclaman que la obra se ejecute conforme a proyecto y licencia.

También tiene cabida en esta modalidad de inicio del procedimiento, la acción pública o popular, a la que alude la CE en su artículo 125, como forma especial de legitimación directa, cuya regulación es de competencia estatal y ha sido reconocida en ordenamientos sectoriales: Art. 223 LS/56; art 235 LS76²⁴⁴; 63.1 b) Ley 7/1985, de 2 de abril RBRL; Art. 4.f) TRLS/2008; 253.5 LUV) y también en los artículos 19.1h) y 74.3 y 4 de la LRJCA. El ejercicio de esta acción tendente a la anulación de una licencia, puede implicar que el resultado que se obtenga sea equivalente a los efectos producidos por el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, cuando se inste el derribo de un edificio ilegalizable.

²⁴⁴ STS N° 1.063 de 19 de septiembre de 1986.

En definitiva, para asegurar que la Administración no hace dejación del deber de exigir la observancia de la legislación y de los instrumentos urbanísticos (Art. 52 RDU) está abierta al ciudadano la correspondiente acción pública, en su vertiente de poder exigir a los órganos administrativos la observancia de la legislación y conminarles para que, previo el procedimiento administrativo correspondiente, adopten las medidas de restablecimiento de la legalidad; se trata en definitiva de instar la actividad de esa Administración pública.

No obstante, la cuestión que se plantea es la siguiente: si bien la acción pública a la que se refiere el Art. 4.f) del TRLS/2008 la vincula a la finalidad de hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, el artículo 48 del citado cuerpo legal, limita el posible ejercicio de la misma hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

Entiendo que la incoherencia del punto segundo del citado artículo 48 con lo razonado en esta tesis y desde el enfoque particular elegido, se debe a que el artículo 48 es una reproducción del 304 del TRLS/1992 que se agrupa, junto con otros preceptos vigentes del RDL 1/1992, en el Título VI del TRLS/2008 el cual se instaura a modo de cajón de sastre. Por tanto, la redacción del artículo 48 no habría considerado la filosofía que subyace en la nueva legislación de suelo²⁴⁵.

En la EM del TRLS/2008 refiriéndose al orden competencial instaurado por la CE para la materia establece: "aunque el legislador estatal se ha adaptado a este orden, no puede decirse todavía que lo haya asumido o interiorizado plenamente". Ni que decir tiene lo que está suponiendo interiorizar la concepción objetiva del derecho de propiedad del suelo, tras siglos de conceptuarlo como poder absoluto.

²⁴⁵ A la acción pública se refieren entre otras sentencias como las del Tribunal Supremo de 31-12-1990 (RJ 10429); 22-01-1998 (RJ 581); 11-05-1998 (RJ 3623); 24-11-2001.

En lo concerniente al momento al que debe referirse el comienzo del procedimiento, es oportuno traer a colación en este punto, las consideraciones efectuadas en la sentencia del *TSJ de la Comunidad Valenciana nº 524/2008, de 17 de abril de 2008*, en lo concerniente al trámite de requerimiento de legalización, al que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene atribuyéndole el valor de trámite de iniciación del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y requisito necesario y suficiente para las ulteriores actuaciones administrativas (en el mismo sentido las Ss. de 3-10-1988 y 7-2-1990, entre otras) Esta sentencia señala que el requerimiento previo cumple, no solo las funciones habilitadoras de una legalización, sino las generales propias del trámite de audiencia²⁴⁶.

Por tanto el día inicial para el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento, no es ni el de las denuncias, ni aquellos en que se ordena y practica la visita de inspección y se emite el informe técnico correspondiente, porque estas actuaciones administrativas son previas al acto de incoación de oficio del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y no tienen más función que la de investigar si concurren los presupuestos de hecho necesarios para la incoación del expediente. Se trataría, por tanto, de un preprocedimiento, cuya finalidad es determinar si se abre o no el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística.

Es importante tener presente que la legalización de las obras ha de ceñirse al orden urbanístico aplicable al tiempo de seguirse el procedimiento de restauración²⁴⁷, y por tanto las obras han de respetar los instrumentos urbanísticos en vigor al tiempo de iniciarse, sin se pueda especular con una posible legalización en base a un desarrollo futuro del planeamiento. La legalización de una obra resulta de la aplicación de normas urbanísticas de alcance autonómico exclusivamente.

²⁴⁶ STSJ Comunidad Valenciana de 7 de abril de 2010, rec. apelación 1069/2008.

²⁴⁷ La Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 10/2004 de Suelo No Urbanizable Valenciana, no estableció un proceso automático de legalización, sino un proceso de minimización del impacto territorial generado por los núcleos de viviendas en suelo no urbanizable, que permitía a los Ayuntamientos, una vez catalogada la zona, iniciar un proceso de urbanización y modificación del planeamiento, que debía aprobar definitivamente la CCAA.

Por otro lado, precisa también la sentencia del TSJ, que es constante la jurisprudencia que afirma que, practicado el requerimiento, éste ha de surtir sus efectos, de manera que ante la posibilidad de que la obra sea legalizada en el plazo de dos meses, que la Ley otorga al interesado, es, transcurridos éstos sin que dicha legalización se produzca, cuando comenzaría a computarse el plazo de caducidad del procedimiento.

De ser legalizable la obra, el procedimiento de restablecimiento de la legalidad terminaría, sin perjuicio de poder proseguir un procedimiento sancionador por haber construido sin licencia, constituyendo este hecho una infracción formal. La infracción sustantiva sancionable requerirá la previa declaración de que la obra es ilegal y no se ajusta a la ordenación urbanística.

Sin embargo, también se ha sostenido que cuando nos hallamos ante una obra ilegalizable, esto es, en supuestos en los que aparece de forma clara la ilegalidad de la obra, e imposibilidad de su legalización, puede decretarse la demolición de la misma sin necesidad de requerimiento, ni del transcurso de los dos meses referidos.

Para que proceda la adopción de la orden de demolición, además de dar la posibilidad de legalización y que ésta sea imposible, es precisa la audiencia previa de los interesados, incluidos los titulares arrendaticios.

De este modo, dentro del procedimiento de reposición de la legalidad urbanística se puede establecer el siguiente tracto o secuencia temporal que, en algunos casos, dará lugar al acto o decisión de demoler un edificio:

Si se ha incoado de oficio y se ha producido el previo acuerdo de paralización inmediata de obras, lo normal es que, simultáneamente a que se dicte dicho acuerdo, se efectúe el requerimiento de legalización de las mismas y obtención de licencia, acto de trámite cuya motivación es la referencia legal al tratarse de un acto reglado (Art 184 TRLS/1976).

Cuando el interesado solicita la legalización pueden darse estos supuestos:

- ❖ Que el Ayuntamiento no resuelva mediante acto expreso
- ❖ Que el Ayuntamiento resuelva expresamente concediendo la licencia en este subprocedimiento autorizatorio o de legalización, que se integra en el de restablecimiento de la legalidad. (sent. TS 27 de julio de 2007)
- ❖ Que se otorgue una licencia ilegal
- ❖ Que el Ayuntamiento resuelva expresamente aduciendo que la legalización es imposible

Si no resulta legalizable la actuación edificatoria, entre otras consecuencias, no habrá lugar a la conexión a la red de agua potable, pues lo que procederá será la demolición de lo construido.

Este tema lo ha abordado el profesor GONZALEZ-VARAS²⁴⁸, que mantiene que, en el caso de viviendas irregulares en situación de fuera de ordenación asimilada y sobre la base de distinguir entre obra y uso, estaría justificada la negativa del Ayuntamiento ante una solicitud de abastecimiento de agua, puesto que la Entidad local podría denegar su concesión sobre la base de la falta de autorizaciones que exige la normativa, en particular la licencia urbanística. Porque este estado no convalida la carencia de los requisitos que la normativa urbanística exige para tal concesión y como el suministro sirve al uso que se hace de la construcción, y éste tiene carácter continuado, no posee plazo que ponga término a las posibilidades de reacción frente al mismo por parte de la Administración, quien deberá acordar que no se conceda el servicio.

En lo que aquí interesa, la Administración estaría facultada para impedir el uso del inmueble, cuando ese uso se oponga al permitido por el plan, aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años desde la ejecución de la obra sin licencia (184.3 TRLS). El uso de un inmueble ilegal o

²⁴⁸ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO y CARRILLO MORENTE, JOSE A. *¿Abastecimiento municipal de agua potable para asentamientos residenciales irregulares en suelo rústico?*

clandestino no está sujeto al plazo de prescripción referido por tratarse de una infracción continuada, de una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística, es decir, no es una actividad transitoria o de limitada duración temporal que finaliza con la construcción de edificios.

8.4.- CONCLUSIÓN Y CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO.

Constatado que se ha producido el presupuesto desencadenante de la reacción de la Administración, y tras la oportuna tramitación procedimental, se ha de acordar la medida de demolición, cuya adopción es imperativa, pues está en juego la vigencia del orden público. La demolición puede tener también un alcance parcial.

La conclusión normal del procedimiento implicará la emisión de un acto administrativo, que concretará un deber establecido en una norma.

Debemos tener en cuenta que se trata de un procedimiento administrativo diferenciado, cauce para el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística, que puede estar previsto expresamente en la legislación autonómica. De no ser así, su regulación viene establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de la Administración Pública y del procedimiento Administrativo Común, según redacción dada por Ley 4/1999 de 13 de enero.

La introducción del principio de que todos los procedimientos deben tener un plazo máximo de duración ha llevado a la LRJPAC y a la reforma operada por la Ley 4/1999, a la conclusión de que el transcurso de dicho plazo tiene el efecto de finalización completa del procedimiento por caducidad-perención, tal y como determina el artículo 44.2 LRJPAC

En el régimen general, la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio viene contemplada en los artículos 42.3, 44.2, 53.1 y 92.3 (que habla también de prescripción de las acciones, cuando dice “la

caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones(...) de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción") de la mencionada Ley²⁴⁹.

De este modo, la caducidad de este procedimiento se genera porque la Administración, una vez iniciado el procedimiento de este tipo, no ha dictado resolución expresa, ni notificado la misma, dentro del plazo máximo concebido para emitir el acto administrativo y comunicarlo al interesado.

Consecuentemente, es importantísimo precisar cual es el momento en el que se inicia el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento. Si éste se inicia de oficio el plazo se contara desde la fecha del acuerdo de iniciación, tal y como establece el artículo 42.3, a) LRJPAC, que constituye normativa básica estatal dictada en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE). Luego este artículo resulta primordial para el cómputo del plazo de caducidad en el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Pero como se indicó, existe una postura jurisprudencial que revela que, en el supuesto de obra en construcción, el plazo de caducidad del procedimiento comienza a computarse (*dies a quo*), una vez transcurridos los dos meses para solicitar la legalización de obras y obtención de licencia. Mantienen que la naturaleza jurídica del expediente de restablecimiento de la legalidad es la siguiente:

1. Primera fase. Como presupuesto procedimental, se ha de requerir previamente al interesado por dos meses para que intente la legalización. Hasta que no termine esta fase, la Administración no puede realmente iniciar el procedimiento de restablecimiento de la legalidad, solamente acordar medidas cautelares (art. 185 TRLS/76; art. 227.2 LUV;)

²⁴⁹ Hay que contrastar la redacción del artículo en 1992 y la que da la Ley 4/1999. STSJCV 4 julio 2005 y 22-02-206, STS 15 junio 2004

2. Segunda fase. Una vez transcurridos los dos meses desde el requerimiento de legalización sin haber solicitado licencia o habiendo sido ésta denegada, comienza el *dies a quo*, comienza el plazo para ordenar el restablecimiento de la legalidad, esto es, se inicia el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento administrativo²⁵⁰.

Por otro lado, otras resoluciones judiciales han determinado que la fecha del acuerdo de iniciación o incoación del expediente de restauración de la legalidad urbanística coincide con el requerimiento de legalización.

Luego ¿cuál es el momento de inicio del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento, el del acto formal de incoación del procedimiento, tras practicarse actuaciones administrativas previas, el de la notificación del acto formal de inicio del expediente, si las obra no son legalizables, por ser incompatibles con el ordenamiento urbanístico; el derivado del transcurso de dos meses desde la práctica del requerimiento de legalización²⁵¹; a partir del transcurso del plazo de dos meses desde el día en la Administración emitió resolución para requerir al interesado para que solicite licencia? La soluciones dadas por la jurisprudencia son variadas, en función de cuantos condicionantes se han relacionado, a los que hay que añadir el de la posible paralización del procedimiento por causa imputable al interesado, cuando éste recurre el acto de incoación del expediente solicitando la suspensión prevista en el art. 111.2 de la Ley 30/1992, como señala la STSJCV166/2014 de 21 de febrero, recurso1170/2010 (FD 1º).

También se ha destacado que la fecha inicial de ese cómputo no puede ser el día siguiente al de la finalización de las diligencias previas informativas, ni se puede hablar de caducidad de las actuaciones previas a la incoación del

²⁵⁰ STSJ Comunidad Valenciana nº 569/2014, de 12 de junio de 2014, rec. apelación 439/2010 (FD Quinto)

²⁵¹ STSJ CV de 5 de marzo de 2014, Sección 1, rca 140/2011 FD Tercero: el momento a partir del cual comienza el cómputo del tiempo para estimar la caducidad del expediente administrativo ha de comenzar a contarse desde que transcurren dos meses desde la notificación al interesado del requerimiento de legalización sin que éste solicite la correspondiente licencia, y no desde el día en que la Administración dicta la la resolución de requerirle para que solicite licencia.

procedimiento de restauración de la legalidad urbanística. De manera que si se han llevado a cabo diligencias informativas previas, actuaciones de inspección por ejemplo, el tiempo que transcurra durante esa fase computa, o tiene efectos, en punto al plazo para el ejercicio por la Administración de la potestad de restablecimiento de la legalidad, sin que pueda computar en la caducidad del procedimiento.

La caducidad del expediente no produce por si sola la prescripción de las acciones de la Administración, considerando que la prescripción es una causa de **extinción del derecho** de restablecimiento de la legalidad urbanística por parte de la Administración. La caducidad constituye un modo de terminación del procedimiento administrativo por el transcurso del plazo fijado en la norma, por lo que su apreciación no impide la iniciación de un nuevo procedimiento.

En lo concerniente a la finalización del procedimiento hay que precisar varios supuestos. Si la iniciación del procedimiento no es de oficio, sino a instancia de parte que solicita que se dicte una concreta resolución, esto es, una orden de demolición de unas obras ilegalizables y esta solicitud no es resuelta por el Ayuntamiento, el transcurso del tiempo sin resolver no lleva a la caducidad del procedimiento, sino al acto presunto, que deberá entenderse en sentido estimatorio cuando se haya conculcado la ordenación urbanística aplicable al caso, por aplicación del instituto del silencio administrativo y de la inactividad formal de la Administración²⁵².

Así mismo, si la solicitud que incoa el procedimiento es a instancia de terceros interesados (Art. 31 LRJPAC), no se produce la caducidad que regula el Art 92 LRJPAC, puesto que la caducidad no podrá declararse en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, tal y como indica el apartado 4 de dicho artículo.

²⁵² STSJ Comunidad Valenciana de 1-11-2005, sentencia núm. 1275/2005, apelación nº 2/210/2005.

Si el procedimiento se ha iniciado de oficio, cuando el plazo máximo del procedimiento se ha sobrepasado sin que la Administración haya dictado y notificado la resolución de demolición, el procedimiento finaliza de modo irrevocable y automático, produciéndose su caducidad, puesto que la naturaleza del resultado final es desfavorable o de gravamen, y la Administración ejercita una potestad de intervención.

Sin embargo, tampoco en esta cuestión ha sido pacífica la jurisprudencia²⁵³, habiéndose producido fallos judiciales diversos en cuanto a la admisión o no de la caducidad del procedimiento, plazo máximo para resolver, posibilidad de interrupción, cómputo final de la misma, efectos del silencio administrativo, derivaciones de su incoación de oficio o a instancia de parte, etc.

El RD 1346/1976 no estableció ningún plazo específico para resolver el procedimiento, por tanto, de conformidad con el art. 42.3 de la Ley 30/1992, el plazo sería de tres meses.

Por el contrario, las legislaciones autonómicas si han establecido diferentes plazos. La LUV, en su artículo 227.2, se determinó que el plazo máximo para notificar y resolver el expediente de restauración de la legalidad urbanística era de seis meses. Este plazo de seis meses, también lo fija la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en su artículo 240.

El art. 209.4 de la Ley 9/2002, de 30/12, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia dispuso que el expediente debía resolverse en el plazo de un año a contar desde la fecha del acuerdo de incoación.

²⁵³ STS sobre el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, iniciado de oficio: 21 de diciembre de 2011 (RC 1751/2010 y RC4796/2010); 19 de abril de 2012 (RC 458/2010); 20 de septiembre de 2012 (RC 4888/2010); 3 de julio de 2014 (RC 441/2012)

En el supuesto de actuaciones y expedientes llevados a cabo tanto por una entidad local, como por su Administración autonómica, cabe señalar que la caducidad se proyecta sobre cada procedimiento en singular²⁵⁴.

La singularidad en lo concerniente a la caducidad del procedimiento estriba en que hace permisible incoarlo de nuevo.

Así resulta que las consecuencias de la caducidad genérica de un procedimiento administrativo, se definen en este concreto procedimiento con las mismas derivaciones que contienen las conclusiones de este estudio, entre ellas la posible responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento.

8.5.- SUJETO QUE OSTENTA LA OBLIGACIÓN DOMINICAL DE DESTRUIR LA EDIFICACIÓN ILEGAL.

Como regla general, la orden de demolición de la construcción ilegalizable debe dirigirse contra el propietario civil o contra el titular de un derecho de superficie (Art. 40 y 41 TRLS/2008), siendo el único legitimado para el derribo. El promotor, constructor o ejecutor de la obra, no tiene la facultad dominical de destruir la edificación.

La orden de demolición debe comunicarse también a las compañías suministradoras para que procedan a la suspensión de los suministros de agua, gas y telefonía.

No obstante ello, es innegable que en caso de tener que demolerse lo indebidamente construido, esa circunstancia afecta de forma directa a los intereses de quien ha sido simple ejecutor de la obra y no propietario, ya que ocupa una posición jurídica de la que pueden derivar importantes consecuencias, en el seno de las relaciones internas entre promotor y constructor, por su responsabilidad e intervención en la actuación ilegal²⁵⁵.

²⁵⁴ STS de 5 de julio de 2013, rec. casación 2590/2010.

²⁵⁵ La STS de 2 de febrero de 2011, Rec. Casación 6198 de 2006, estimó que sobre la constructora pesaba también el deber de reponer el suelo al estado anterior a las

Por tanto, la orden de demolición debe dirigirse contra el propietario civil del inmueble, en obligación que éste asume *propter rem* (Art. 19.1 TRLS/2008) y que no puede enervarse con la cualidad de tercero registral de buena fe²⁵⁶. Dicha obligación tiene por tanto carácter real, en aplicación del principio de subrogación, según el cual deben ser cumplidas por quien tiene la titularidad civil de la finca al momento de decidirse la medida de demolición, es decir, rige el principio de objetividad, ya que la acción se ejercita frente al titular actual de la construcción ilegal, aunque no sea el que haya incumplido la normativa urbanística.

De nuevo vemos en este punto, que este particular régimen se argumenta en la consideración de que, aunque el suelo sea de titularidad privada, el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria es de determinación pública y que la potestad de restauración de la legalidad se actúa al margen de la voluntariedad del infractor. En definitiva, resulta irrelevante el cambio en el propietario del bien a demoler a efectos de la observancia de esta puntual normativa urbanística, como han señalado puntuales preceptos (art. 88 TRLS/76) y determinadas sentencias²⁵⁷. Además, la restauración del ordenamiento jurídico no puede malograrse por el hecho de que la construcción ilegal esté arrendada.

obras que habían de derribarse y justificó que la empresa constructora de las obras ilegales tiene un innegable interés en el resultado del expediente administrativo de restablecimiento de la legalidad, en el que está legitimado pasivamente, ocupando una posición jurídica de la que puede derivar importantes consecuencias por su responsabilidad e intervención en la actuación ilegal, que se delimitará patrimonialmente en función de las relaciones internas surgidas entre promotor y constructora. Y ello pese a que dichas relaciones entre propietario y simple ejecutor de la obra resultan extrañas para terceros como es la Administración y debido a la pluralidad de consecuencias que puede acarrear la realización de obras ilegales, incluida la responsabilidad penal.

²⁵⁶ STS de 29 de diciembre de 2010, rec. casación 500/2008, FJ 7º.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, "*Demoliciones urbanísticas y buena fe dominical*", Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, parte Doctrina, N° 24/2001, Ed. ARANZADI, S.A., Pamplona, 2011.

²⁵⁷ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo sección 5ª, Rec. casación 971/1995 (RJ 6954), de 30 de junio de 2000; STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25-01-2002, rec. n° 2928/1998; STS 27 de octubre de 1992: declara que la obligación de restablecer la legalidad se transmite a los herederos del causante de la vulneración.

La resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento definitivo de la obligación principal de facilitar la posesión de la cosa vendida por parte del promotor o de un tercero, puede dar lugar a diversas acciones en el orden jurisdiccional civil: la acción de resolución, la de nulidad del contrato, la acción de responsabilidad contractual y/o extracontractual, o la de enriquecimiento injustificado.

Más la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido restringiendo las posibilidades de estimar la resolución contractual, considerado que las determinaciones urbanísticas que se imponen a través de los instrumentos de planeamiento no son subsumibles en la regla del Art. 1.483 del Código Civil. Por otra parte, el derecho público cada vez hace más énfasis en facilitar al ciudadano el acceso a la información urbanística²⁵⁸, lo que en definitiva sirve para respaldar aquella postura.

La obligación de demoler no es derivable por la Administración al ejecutor de la obra, sin embargo, como vimos, la orden de suspender la obra si podía tener como destinatario el mero promotor o constructor no propietario. La Administración consecuentemente habrá de requerir al propietario civil para que presente un proyecto de demolición, como primer trámite de la ejecución voluntaria, con apercibimiento de ejecución forzosa en caso contrario.

²⁵⁸ El artículo 70 ter. De la Ley 7/1985 establece: 1. Las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.

2. Las Administraciones públicas con competencias en la materia, publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración.

En los municipios menores de 5.000 habitantes, esta publicación podrá realizarse a través de los entes supramunicipales que tengan atribuida la función de asistencia y cooperación técnica con ellos, que deberán prestarles dicha cooperación.

3. Cuando una alteración de la ordenación urbanística, que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación, incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según conste en el registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia.

IX.- LA EJECUCIÓN FORZOSA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LAS ÓRDENES DE DEMOLICIÓN DE EDIFICACIONES ILEGALES. EL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EN ESTE CAMPO.

9.1.- EL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

En este subapartado se exponen axiomas del Derecho Administrativo, que hacen comprensible la actuación administrativa que culmina en la demolición de una edificación ilegal. Los mismos se van a utilizar incidiendo en las peculiaridades que podrán secundar las deducciones que se van alcanzando en este trabajo.

No obstante, hay que tener presente que estamos ante el supuesto de que la Administración si que ha ejercitado su potestad de restablecimiento de la legalidad, pero incluso bajo esta conjetura caben hacer comentarios para completar la materia que ha venido siendo analizada.

En líneas generales, hay que precisar que el poder de preservar el cumplimiento de la legalidad urbanística evidencia el reconocimiento, en nuestro ordenamiento jurídico, de las Administraciones Públicas como Poder Jurídico, poder dotado de privilegios, o prerrogativas, como el de autotutela administrativa y asistido de potestades, como la de ejecución forzosa de sus actos²⁵⁹.

La ejecución forzosa por la Administración de las órdenes de derribo comporta, cuando el obligado rehúse el cumplimiento voluntariamente, llevar a su aplicación práctica, en el terreno de los hechos, lo que el acto administrativo ordena. Esto consiste en determinar cómo se ha de imponer la materialización de los efectos jurídicos del indicado acto.

²⁵⁹ PARADA, RAMÓN, Derecho Administrativo I Parte General, MARCIAL PONS Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.

PAREJO ALFONSO, L. *Derecho Administrativo*, ARIEL, Barcelona 2003.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho Administrativo General Tomo II*, IUSTEL, 2009.

LOPEZ RAMON, Fernando, *Límites Constitucionales de la Autotutela Administrativa*, Revista de Administración Pública, Núm.115, enero-abril 1988.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*, CIVITAS, 2002.

BOQUERA OLIVER, J M, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, CIVITAS, 1988

Dentro de las medidas que forman parte de la coacción administrativa, las que se van a estudiar en este título tienen una naturaleza diferente a las medidas que se adoptan en ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad. Pero, precisamente, las medidas de ejecución de los actos administrativos son imprescindibles para evitar que todo el sistema de protección de la legalidad se venga abajo.

No resulta baladí, al objeto de este estudio, invocar la considerable prebenda que asiste a la Administración relativa a la competencia para ejecutar forzosamente sus actos, por sus propios órganos y procedimientos. Esa competencia hay que entenderla como función que integra tres elementos: sujeto, fin público y poder²⁶⁰.

Es bien sabido que en nuestro sistema jurídico los actos administrativos están dotados de una fuerza singular, que no tiene su origen en una característica intrínseca del referido acto, sino en los privilegios posicionales que ostenta la Administración, como organización integrante de los poderes públicos²⁶¹.

Así mismo, cabe considerar que los actos administrativos son decisiones unilaterales ejecutorias, que tienen consecuencias o efectos jurídicos, pero no una vigencia indefinida. Los dicta la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa y en base a ellos crean, reconocen, modifican o extinguen situaciones jurídicas subjetivas de sus destinatarios, sin contar para su reconocimiento con el concurso de órganos judiciales y con

²⁶⁰ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, TECNOS 1991.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, *La vía de hecho administrativa*, Editorial TECNOS, Madrid, 1994.

²⁶¹ GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, TECNOS Madrid 1994.

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Décima Edición, Madrid, CIVITAS, 2006.

GARCÍA -TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, CIVITAS, 1991.

independencia del consentimiento o colaboración del sujeto destinatario de la concreta decisión.

Precisamente, este tema, para su adecuado encaje en esta tesis, se debe abordar desde dos perspectivas:

1.- desde el aspecto subjetivo, para afrontar el examen de la autotutela administrativa, tanto declarativa, como ejecutiva, entendida como cualidad subjetiva, predicable, no del acto administrativo, sino de unos sujetos que son las Administraciones Públicas.

2.- desde el plano del acto administrativo, se deben analizar dos cualidades del mismo:

a) La EJECUTIVIDAD, que es predicable de todos los actos sujetos a derecho administrativo y que consiste en la eficacia, producción de efectos jurídicos o fuerza obligatoria del acto. Es la presunción de validez o eficacia del acto administrativo, con arreglo a la cual los mismos han de tenerse por ajustados a Derecho, mientras su invalidez no sea declarada formalmente por otro acto administrativo posterior, o por una sentencia judicial.

Esta es la causa, razón o fundamento para que, respecto de determinados actos y en caso de su incumplimiento por el administrado, se dicte otro acto que ordene la ejecución, el cual constituye el acto administrativo ejecutorio inmediato, para imponer la obligación que estableció el acto que le sirvió de presupuesto o título jurídico.

b) La EJECUTORIEDAD. Esta cualidad del acto administrativo, es consecuencia de la ejecutividad, pero no es un atributo de todos los actos jurídicos de las Administraciones públicas, sino únicamente de los actos de contenido decisorio obligacional, dictados en ejercicio de una función administrativa, como es la que nos ocupa, de hacer real la legalidad.

La ejecutoriedad hace referencia, a la aptitud del acto para ser ejecutado forzosamente en caso necesario, por órganos y procedimientos administrativos, a la susceptibilidad de materialización forzosa del mismo en caso de incumplimiento.

Ambos términos, ejecutividad y ejecutoriedad, se incardinan en la llamada autotutela declarativa, en clara referencia al plano de la declaración de voluntad²⁶².

Desde el punto de vista de la autotutela ejecutiva, hay que indicar que el procedimiento administrativo de ejecución, que tiene como soporte el acto ejecutorio, tiende a realizar materialmente la orden contenida en el referido acto ejecutorio, por la propia Administración, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, haciendo uso de una coacción legítima frente a terceros.

De este modo se entra de pleno en el plano material o de conductas físicas externas de la Administración, como la efectiva demolición de la construcción, con plenos efectos jurídicos.

En definitiva, la autotutela es el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de que la Administración está capacitada para tutelar por sí misma sus propios derechos y ejercitar sus potestades, como la de restablecer la legalidad urbanística, pues es ella la que define e impone el contenido de sus actos, sin recabar el auxilio judicial. Es la expresión de una posición institucional privilegiada de la que gozan las Administraciones que se plasma en dos genéricas potestades: la de decisión ejecutiva y la de ejecución forzosa.

²⁶² BARCELONA LLOP, JAVIER. *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995.

GONZALEZ PEREZ, JESUS, *Sobre la Ejecutoriedad de los actos administrativos*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 316, 1954.

La justificación política de dicha situación de privilegio es la satisfacción de los intereses públicos, mientras que el argumento jurídico que la sostiene, se corresponde con la presunción de legitimidad de los actos y con el principio de eficacia.

Dos de los pilares básicos de nuestro ordenamiento jurídico son la instauración en el mismo del principio de autotutela y la consideración de que lo que se somete al control jurisdiccional, no es el principio en sí mismo, sino el contenido de los actos administrativos. Pero estos privilegios han de ser siempre reflejo del recto ejercicio del Poder de garantizar la legalidad, que se concretará en una orden de demolición.

Tradicionalmente, los Ayuntamientos han dispuesto siempre de amplias potestades en orden a la restauración de la legalidad vulnerada y en la que las órdenes de demolición y su correlativa ejecución subsidiaria, constituyen los mecanismos últimos de que dispone la Administración, para velar por la legalidad en el urbanismo.

Ahora bien, la autotutela no puede ser un obstáculo para que se lleve a cabo el control jurisdiccional de la actuación administrativa, en base al principio constitucional de control judicial de la legalidad de dicha actuación. Es más, el sistema posicional de la Administración frente a los Tribunales es comprensible a través del sistema de autotutela.

De lo que se infiere que el juez ha de respetar la realización íntegra (declarativa y ejecutiva) por la Administración de su potestad de autotutela y sólo podrá intervenir cuando se impugne la orden de derribo o cuando se promueva recurso contencioso contra la inactividad por no ejecutar ese acto firme (art.29.2 LJVA).

Retomando lo perteneciente a la autotutela declarativa, hay que partir de la existencia de un acto declarativo previo, la orden de derribo de la edificación ilegal, el cual se ha de perfeccionar por la concurrencia de todos sus elementos esenciales. De la perfección del acto se derivará la atribución al mismo de una presunción iuris tantum de validez, en virtud de la cual el

acto es legítimo y la decisión obligatoria. Esta presunción de legalidad, impone al administrado la carga de recurrir el acto, si no está conforme con la demolición.

En suma, todo esto se expone para enlazarlo con la distinción entre acto administrativo y acto administrativo ejecutorio. El primero es el título jurídico del segundo y éste es el que ordena o autoriza la ejecución, legitimando la aplicación de hecho del medio coactivo. El fundamento propio del acto ejecutorio se encuentra en el fundamento normativo de cada acto, dictado previa habilitación legal.

En general, para la ejecución forzosa no es preciso que el acto sea firme, ni siquiera que agote la vía administrativa (a excepción de las sanciones administrativas. art. 138). La ejecución forzosa puede referirse también a las medidas provisionales.

Por su parte, la autotutela ejecutiva hace referencia al privilegio de decisión ejecutoria o acción de oficio, a la materialización forzosa del contenido del acto, de la prestación a que obligaba el acto administrativo al particular, que implica el uso de la propia coacción. Esta prerrogativa faculta a las Administraciones para hacer valer por la fuerza sus actos, e iniciar los mecanismos administrativos de ejecución forzosa.

En cuanto al régimen legal, es una materia cuya regulación normativa genérica compete al Estado, que ha establecido el marco de referencia de concreciones legislativas específicas. Consecuentemente, esta normativa debe considerarse de aplicación directa a todas las Administraciones públicas españolas, al considerarse propia del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico de las Administraciones.

En este apartado se abordará el tema de si las Administraciones Públicas tienen el deber o la obligación de ejecutar forzosamente sus propios actos, una vez que se dan las condiciones requeridas para ello y, paralelamente, en qué medida pueden existir terceros con derecho o interés a que se produzca la ejecución forzosa y poder solicitar de un órgano jurisdiccional, que

condene a la Administración Pública a ejecutar forzosamente un acto administrativo, que ella misma ha dictado²⁶³. ¿Puede renunciar el órgano administrativo a la ejecución forzosa de un acto administrativo?

Hay autores, que han defendido que la naturaleza jurídica de la potestad de ejecución forzosa viene caracterizada, entre otras, por la nota de que la misma implica una facultad o derecho de la Administración y no la obligación de hacer uso de la misma. HAURIUO, en sus comentarios de jurisprudencia administrativa, defendió la tesis de la obligatoriedad, mientras que a ella se opusieron autores como CHINOT y GIANNINI, quienes afirmaron la inexistencia de obligación por parte de la Administración de emplear la acción de oficio²⁶⁴.

Ahora bien, en lo concerniente a esta cuestión primordial, en este trabajo se estampa la consideración de que los procedimientos de ejecución forzosa se han de reconducir a la idea de potestad. En este sentido se debe admitir que los procedimientos ejecutorios materializan o actualizan una auténtica potestad, expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico, la cual es expresiva de los privilegios posicionales que el mismo reconoce a la Administración.

Si bien es cierto que la potestad permanece íntegra, se ejercite o no, y que de ella su titular no se puede desprender, por corresponderle a título originario, no es menos importante el aserto de que la potestad no puede ser objeto de actos de disposición por parte de su titular y que éste no puede modificarla, enajenarla, ni renunciar a ella.

²⁶³ STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 1990: menciona expresamente el deber de la Administración de ejecutar los actos firmes por ella dictados y muy primordialmente, el derecho del administrado de ver ejecutados los actos administrativos que le favorezcan.

²⁶⁴ GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Sobre la Ejecutoriedad de los actos administrativos*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 316, 1954.

Esta conceptualización hay que ponerla al servicio del fin que se persigue, es decir, que el cumplimiento de la legalidad urbanística sea una realidad efectivamente implantada.

Evidentemente, el carácter ineludible de la potestad de ejecución forzosa, deriva de su propia naturaleza de potestad administrativa.

Las Administraciones Públicas tienen la obligación de ejecutar forzosamente los actos administrativos incumplidos por los administrados, de modo que cuando la administración se resista a ejecutar un acto, por estimarlo nulo, debe proceder a revisarlo, pudiendo suspenderlo entre tanto, al amparo del artículo 104 LRJPAC.

Uno de los postulados relevantes en esta cuestión es la configuración legal de la inactividad material de la Administración como un nuevo supuesto de impugnación en sede contencioso-administrativa. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, la regula en sus artículos 25.2, 29, 32.1, 71 y 108, de manera que resulta admisible el correspondiente recurso contra la inactividad, cuando la Administración no ejecute sus actos firmes, ni declare su ilicitud. Tal posibilidad de someter al control judicial las omisiones o actuaciones debidas en base a la legítima potestad coactiva de la Administración, ya vino apuntada por el TC en Sentencias como la 294/1994, de 7 de noviembre, 37/1995, de 7 de febrero, 136/1995, de 25 de septiembre y 86/1998, de 21 de abril²⁶⁵. Luego estamos en otra de las modalidades, distintas a la que se abordó en la sección 6.2.1 de esta tesis.

Existen sentencias que aluden a posibles revocaciones implícitas de actos administrativos, no declarativos de derechos, que sean nulos de pleno derecho (STS de 17 de enero de 1985; RJ 1985/444). El Tribunal Supremo, ha reconocido el carácter obligatorio del ejercicio de la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos, cuando así lo exijan los intereses para los

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2002, recurso de apelación núm. 21/2002 (JUR 2003\153249), reconoce una indemnización de daños y perjuicios por inactividad administrativa.

cuales se constituye la potestad reglada, entre otras, en sentencias de 20 de febrero y 19 de julio de 1985 (RJ 498 y 5638). Lo que resulta inadmisibile es la no ejecución sin justificación alguna, cuando con ello se obstaculiza el cumplimiento de lo acordado en defensa de un interés colectivo (STS 13 de marzo de 1991, Aranzadi 1997).

En definitiva, hay que dejar sentado que, llegado el caso, la ejecutoriedad inmediata del acto es irrenunciable. La Administración no debe dejar de ejecutar un acto por razones de mera oportunidad, ni siquiera de legalidad, si no se procede a su revocación, entendida ésta en sentido general.

De este modo se da valor prioritario al interés público, el cual se refleja en el ejercicio imperativo de la potestad de ejecución forzosa que, de no ejercerse, podría ser causa de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Distinta de la renuncia o no ejercicio de la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos, es la colaboración de los órganos judiciales, caso de la preceptiva autorización judicial para la protección de derechos fundamentales, como la entrada en domicilios del artículo 96 LRJPAC.

Respecto de la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística, CASTILLO BLANCO, menciona en su trabajo²⁶⁶ que la jurisprudencia de forma reiterada no ha dudado en subrayar que su ejercicio resulta obligado para la Administración.

En todos los sectores del ordenamiento en que se admite la acción pública, la legitimación para instar el ejercicio de las potestades administrativas de ejecución forzosa se amplía subjetivamente de forma considerable. La acción pública para exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento, es suficiente para exigir a un Tribunal que ordene a la Administración que cese en su inactividad material.

²⁶⁶ CASTILLO BLANCO, Federico, *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título autorizante*, Pamplona, THOMSON ARANZADI, 2006, pag 67 y ss.

9.2.- IMPOSICIÓN DE MULTAS COERCITIVAS Y EJECUCIÓN SUBSIDIARIA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL ACTO EJECUTORIO, QUE ORDENA LA REPOSICIÓN DE LOS BIENES AL ESTADO ANTERIOR A LA TRASGRESIÓN.

La ejecución subsidiaria consiste en la realización de la conducta, que el acto ejecutorio impone, por el mismo órgano administrativo que lo dictó, en sustitución del ejecutado y a costa de éste. En este procedimiento, la Administración ejecuta el acto de demolición por sí, o a través de las personas que determine, a costa del obligado.

Este medio de ejecución, que se utiliza para llevar a efecto los actos que imponen al administrado una actividad material y fungible, puede ser realizada por sujeto distinto del obligado. Se trata en definitiva, de la conversión de una obligación de hacer, en una obligación patrimonial, es decir, traducir en dinerarias obligaciones que no lo son en principio.

Su regulación general se desprende de lo preceptuado en el Art. 98 LRJPAC. A nivel de normativa sectorial, se regula en numerosas legislaciones como el RD 1346/1976, de 9 de abril de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana (arts. 183.3 y 223)

Los requisitos esenciales para su ejercicio son los siguientes:

- Es presupuesto necesario de la ejecución sustitutoria, el adecuado requerimiento al interesado, a través de la oportuna notificación, apercibiéndole de ejecución subsidiaria, así como la concesión de un plazo para la realización voluntaria de lo ordenado, en el acto administrativo ejecutorio²⁶⁷.
- Ha de producirse una efectiva resistencia por los administrados frente a los requerimientos que se les hagan para llevar a cabo la prestación ordenada, la cual ha de ser determinada de manera inequívoca e indubitada, concretando con precisión la forma en la que debe

²⁶⁷ STS de 29 de septiembre de 1983 (RJ 5787); STS de 30 de enero de 1985 (RJ 2592)

efectuarse la prestación por el obligado²⁶⁸. Por tanto, la Administración debe limitarse a ejecutar exactamente el acto a que estaba obligado el administrado, sin realizarlo por procedimientos más costosos y limitándose a realizar estrictamente la parte incumplida. El hecho de que sea ineludible identificar las obras, hace que cualquier ampliación, en caso necesario, y su correspondiente valoración, deba ser acordada con la pertinente intervención del administrado. No obstante la jurisprudencia ha considerado justificada la adopción de medidas urgentes, como una orden inmediata de reparación, para prevenir un peligro en la vía pública, acordada sumariamente, sin otro antecedente ni actuación previa que los informes de los Servicios Técnicos Municipales que denunciaron la situación de emergencia, dado el grave peligro para la seguridad de los viandantes²⁶⁹, si bien esto no es óbice para que la determinación de los gastos y la causa en virtud de la cual el interesado viene obligado al pago pueda ser hecha unilateralmente por la Administración, sin audiencia del interesado.

- No exige autorización legal especial, a diferencia de otros medios de ejecución, como las multas coercitivas, que sólo proceden en los casos legalmente previstos. La ejecución subsidiaria procede con carácter general, sin necesidad de previsión legal específica.
- Como se ha señalado, este medio sólo podrá utilizarse cuando se trate de prestaciones de hacer, que por no ser personalísimas, puedan ser realizados por sujeto distinto al obligado.
- Al administrado se le notifica una liquidación provisional, antes de llevar a cabo la ejecución subsidiaria, que en muchos casos, en la práctica conlleva que el administrado, a la vista de la misma, cumpla directamente la obligación. El crédito puede ser exigido inicialmente

²⁶⁸ STS 27 de septiembre de 1989 (RJ 1990\10448)

²⁶⁹ STS de 6 de octubre de 1980 (RJ 1981\1801)

antes de la ejecución final del acto, y a reserva de la liquidación definitiva (cuando la cantidad cobrada fuera insuficiente para el pago total de las obras)²⁷⁰, pero no pueden exigirse exacciones complementarias, que tengan su causa en el retraso por parte de la Administración en la ejecución subsidiaria, es decir, en una dilación en el actuar administrativo, al no haber procedido de inmediato, ni a la exacción de la cantidad, utilizando si es preciso la vía de apremio, ni a realizar las obras de demolición ordenadas en el acto ejecutorio²⁷¹. La liquidación de los gastos derivados de la ejecución subsidiaria no puede hacerse unilateralmente por la Administración, sino a través de un procedimiento contradictorio, siempre dando trámite de audiencia al interesado y, en su caso, práctica de prueba, con sujeción al principio de interdicción de la arbitrariedad. Hecha la liquidación, se formulará un nuevo requerimiento para que el obligado la haga efectiva. De lo que se infiere, que este medio de ejecución se encuentra normalmente en relación de causa a efecto con el apremio sobre el patrimonio, ya que los gastos que ocasionen la ejecución del derribo del edificio, así como el importe de los daños y perjuicios que se produzcan, han de ser abonados por el destinatario del acto, y en caso de incumplimiento de esta obligación de pago, procederá su exacción por la vía de apremio (Art. 98.3 LRJPAC).

- Si la Administración realiza el acto ejecutorio a través de otras personas, ha de sujetarse a las normas de la contratación administrativa, puesto que tratándose de obra pública, exige contrato previo y vinculación a lo presupuestado inicialmente²⁷². En este caso el tercero no entra en relación jurídica con el obligado a la demolición, sino que los derechos que adquiere el que ejecuta la obra los ostenta frente a la Administración.

²⁷⁰ STS 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994\ 10396)

²⁷¹ STS 23 de octubre de 1990 (RJ 8258)

²⁷² STS de 17 de abril de 1989 (RJ 3115)

En cuanto a la multa coercitiva, este es el medio de ejecución, determinado en el acto ejecutorio (ejm. acuerdo por desobedecer una orden de suspensión de una obra sin licencia o no ajustada a ella), consistente en la amenaza e intimidación, que se va repitiendo sucesivamente, para coaccionar o forzar la voluntad del particular al cumplimiento de la obligación contenida en el acto administrativo declarativo previo, de contenido decisorio obligacional, que es incumplida. Pero como no se puede convertir en un medio recaudatorio, se ha llegado a sostener, que, si procede la demolición, no puede aplicarse la multa coercitiva.

La técnica de la multa coercitiva, importada del Derecho Alemán para compensar la falta de un delito de desobediencia a las órdenes oficiales, consiste en la imposición de obligaciones pecuniarias adicionales a la obligación principal establecida por el acto que se ejecuta, obligaciones, que pueden reiterarse por periodos sucesivos de tiempo, con objeto de, mediante su acumulación, vencer la resistencia del destinatario del acto a cumplirlo voluntariamente. Son multas que se establecen para forzar la ejecución de un acto administrativo anterior, en el que se impone una obligación.

La multa y la sanción son medidas de distinta naturaleza jurídica, por su carácter teleológico, la multa como medio de ejecución forzosa no se inscribe en el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, sino en la potestad de ejecución forzosa, de ahí la posibilidad de imponer medidas de coacción distintas de la ejecución sustitutoria como la multa coercitiva (Art.221.2 LUV) ²⁷³.

La multa sancionadora trae causa de la comisión de una infracción o ilícito administrativo (STS 26 de junio de 1998 (RJ 4562) tipificado legalmente y su objetivo es castigar al infractor, por una conducta que se considera administrativamente antijurídica, incoándose el correspondiente expediente sancionador.

²⁷³ GARCÍA VALDERREY, Miguel Ángel, *La multa coercitiva como medio de ejecución forzosa de las órdenes de ejecución*, Práctica Urbanística nº 79, de febrero de 2009.

Pero como ha destacado la jurisprudencia, no cabe una reiteración o duplicidad de unas sanciones pecuniarias por una sola infracción, por los mismos hechos por los que ya se ha sancionado. A la misma se le aplican los postulados del artículo 25.1 CE y representan el ejercicio del "*ius punendi*" del Estado, de la potestad sancionadora de la Administración. Ahora bien, tales postulados, como ha señalado la jurisprudencia, no pueden extenderse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador, como es el caso de las multas coercitivas.

En definitiva, la distinción entre ambas figuras resulta del propio criterio sistemático de la LRJPAC, de la elaboración doctrinal y jurisprudencial y de la independencia y compatibilidad entre ambas.

La multa coercitiva viene regulada genéricamente en los artículos 96 y 99 de la LRJPAC. En todo caso, la multa coercitiva se sujeta a un estricto principio de legalidad, por tanto, debe contar con el respaldo de una Ley formal, que determinará su procedencia y cuantía.

Casi toda la normativa autonómica urbanística recoge la multa coercitiva como modo de ejecución de los actos ejecutorios, concretamente órdenes de ejecución de obras, si bien debe estarse a la normativa estatal para la concreción del procedimiento a seguir en su imposición. Han de ser normas con rango de Ley, debido al carácter de prestación patrimonial de dichas multas (Art. 31.3 CE) y porque la Administración debe estar específicamente habilitada por ley, que de cobertura a la imposición de la multa coercitiva, puesto que en otro caso deberá acudir directamente a la ejecución subsidiaria.

La LRJPAC alude sólo a la coerción directa, concretamente en el artículo 99, distinguiendo la económica, esto es, la que incide sobre el patrimonio a través de las multas coercitivas, de la física, que denomina compulsión sobre

las personas. En la indirecta, se coacciona al obligado con la amenaza de la imposición de una sanción administrativa o penal.

El procedimiento para la imposición de multas coercitivas no es un procedimiento sancionador *stricto sensu*, puesto que, como se ha indicado, no se trata de una sanción en sentido técnico (como podrían ser por ejemplo las impuestas por vicios o defectos en la construcción), pese a su denominación de multa, sino un procedimiento de ejecución forzosa, que no es incompatible con la imposición de sanciones en sentido estricto (art. 99.2 LRJPAC). El procedimiento a seguir en la imposición de las multas, en el que constituye un trámite esencial el de audiencia a los interesados, representa un presupuesto indispensable para la consideración de la legalidad del acuerdo de imposición de las mismas.

No puede utilizarse este medio para la ejecución de cualesquiera actos administrativos ejecutorios, sólo puede imponerse cuando sea autorizado expresamente por las leyes formales, que las permita en una concreta materia, pues la Administración no puede aplicar directamente multas coercitivas al amparo de su genérica previsión en el artículo 99 LRJPAC.

Por tanto, la multa coercitiva requiere un precepto legal que permita su imposición, no bastando un simple reglamento²⁷⁴. El artículo 228 de la LUV estableció la imposición de la misma, hasta lograr la ejecución por el sujeto obligado de las medidas de restauración. Actualmente el artículo 182 de la LOTUP es un ejemplo²⁷⁵

²⁷⁴ STS 26 de junio de 1998 (RJ 4562)

²⁷⁵ Artículo 182 de la LOTUP: Órdenes de ejecución de obras de conservación y de obras de intervención 1. Las obligaciones del ayuntamiento en relación a las órdenes de ejecución serán: a) Dictar las mencionadas órdenes de ejecución de obras de reparación, conservación y rehabilitación de los edificios deteriorados o que estén en condiciones deficientes para ser utilizados. b) Tomar las medidas necesarias para ejercer, en su caso, la tutela y defensa de los intereses de las personas inquilinas. 2. Los órganos de la Generalitat competentes en materia de patrimonio cultural inmueble podrán, oído el ayuntamiento, dictar las órdenes a que se refiere el apartado anterior respecto a edificios catalogados. 3. Las órdenes de ejecución pueden conminar, asimismo, a la limpieza, vallado, retirada de carteles u otros elementos impropios del inmueble. 4. Dentro del plazo señalado en la orden de ejecución, que no podrá superar los seis meses, el propietario puede solicitar la licencia de rehabilitación o demolición, salvo que el edificio esté catalogado. También puede proponer alternativas técnicas para las obras o solicitar razonadamente una prórroga en su ejecución.

Es preciso tener en cuenta, sobre todo en esta materia, en la que el finalismo del acto no puede quedar desvinculado en ningún momento de su causa y de los presupuestos de hecho que lo determinan, el principio de proporcionalidad entre la entidad del hecho causante de la multa y la cuantía de ésta.

En último término, si la multa coercitiva no se paga, se pasa al procedimiento de apremio para su exacción, como cantidad líquida debida en virtud de un acto administrativo (art. 97 LRJPAC).

9.3.- PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS FACULTADES ADMINISTRATIVAS DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN O ACTO FIRME DE DERRIBO.

En el supuesto de que ya haya sido adoptada la orden de demolición de un edificio, tras denegar la Administración la solicitud de legalización de una obra, porque no exista un instrumento de planeamiento operativo que la legitime y ordene el inmediato derribo de lo construido, la ejecución subsidiaria o sustitutoria, ante el incumplimiento de lo ordenado, se podrá llevar a cabo durante el plazo de quince años, que establece el artículo 1.964 del Código Civil.

Este es el lapso de tiempo al que se ha de acudir cuando, ni la legislación específica urbanística, ni la general de procedimiento administrativo – arts. 93 a 100 Ley 30/1992, de 26 de noviembre LRJ-PAC- prevean plazos de prescripción para ejecutar lo acordado por la Administración. De modo que la ejecución forzosa se halla sujeta a plazos de prescripción.

5. El incumplimiento injustificado de la orden faculta a la administración para adoptar una de estas medidas: a) Ejecución subsidiaria a costa del obligado, hasta el límite del deber de conservación. b) Imposición de hasta diez multas coercitivas, con periodicidad mínima mensual, por valor máximo, cada una de ellas, de un décimo del coste estimado de las obras ordenadas. El importe de las multas coercitivas se destinará preferentemente a cubrir los gastos que genere la ejecución subsidiaria de la orden incumplida, y se impondrán con independencia de las sanciones que corresponda por la infracción o infracciones cometidas. c) Convocatoria de procedimiento de ejecución sustitutoria, en los términos establecidos para los programas de actuación aislada en sustitución del propietario por incumplimiento del deber de edificar.

6. Asimismo, en caso de incumplimiento por el propietario del deber de rehabilitar, cualquier interesado podrá iniciar los procedimientos establecidos en los artículos 185 y 186 de esta ley.

Por tanto, como consecuencia de la ejecutividad de la orden de derribo, practicada su notificación –sin que sea exigible el previo apercibimiento que establece el art. 95 Ley 30/1992, de 26 de noviembre LRJ-PAC, al no exigirlo los artículos 185.2, 184.3 TRLS/1976 y 29.4 RDU- y constando el incumplimiento de la misma, la Administración debe iniciar la actuación material, a costa del interesado, entrando de lleno en el campo de la llamada ejecutoriedad del acto administrativo.

Por consiguiente, el principio de eficacia de los actos de la Administración (art. 102 CE), tal y como declara la STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000\1951, rec. casación 5038/1994), cuya fundamentación reproducen resoluciones judiciales posteriores²⁷⁶, es el que debe tenerse presente en estas actuaciones de ejecución subsidiaria, para propiciar la consecución del fin de servir con objetividad los intereses generales, lo que significa que la ejecución forzosa debe llevarse a efecto de manera inmediata, tras constatar el incumplimiento.

De este modo, en esta sentencia se afirma que, en base a los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), hay que entender que la ejecución forzosa se halla sujeta a plazos de prescripción. Así, en la medida en que el acto administrativo ordene el derribo de un edificio, dicho acto contiene una obligación de hacer, la exigencia de cuya efectividad no puede quedar indefinidamente pendiente en el tiempo sino que, por tratarse en definitiva de una obligación personal, está sujeta al plazo de prescripción de 15 años, plazo del que dispone la Administración para acudir al mecanismo de ejecución subsidiaria.

Ha habido otras resoluciones judiciales que también han llegado a la misma conclusión²⁷⁷, afirmando que una vez se llega al pronunciamiento de derribo, nos hallamos ante la ejecución forzosa administrativa –arts. 96 y ss LRJPAC-,

²⁷⁶ STSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2011, RCA 304/09 (FJ 3).

²⁷⁷ STSJ de Cataluña 275/2007, de 21 de marzo de 2007, N° Rec.216/2006

cuando la orden no se cumpla voluntariamente. La acción administrativa para llevar a cabo forzosamente el acto ejecutorio adoptado puede prescribir –quince años-, en base a la aplicación de forma supletoria de lo dispuesto para la prescripción de acciones personales en el Código Civil, salvo que el Derecho civil propio de cada Comunidad Autónoma disponga otro plazo.

En conclusión, la prescripción de una orden administrativa de derribo, siendo una resolución administrativa firme, no tiene lugar hasta el transcurso del citado plazo de 15 años, contado a partir de la fecha en que el acto definitivo es firme²⁷⁸, bien porque no ha sido recurrido, habiendo pasado los plazos, o bien, habiendo sido recurrido en vía administrativa, la Administración ha denegado la petición, y contra él no caben recursos ya en vía administrativa.

Una consecuencia importante, derivada de esta situación, es que la vigencia y firmeza de la orden de derribo debe imposibilitar la adquisición de una licencia de actividad por silencio administrativo.

En definitiva, si no se acude a la ejecución forzosa, estamos ante otro supuesto de inactividad material de la Administración, en el cual se aplica lo preceptuado en el Art. 29 de la LJCA, dada la falta de ejecución de un acto ejecutorio, cuyo cumplimiento puede ser reclamado, por quienes tengan derecho a la concreta prestación que debe ejercitar la Administración. No es, por tanto, un caso de inactividad formal, puesto que no se da la omisión de un acto administrativo y la consiguiente posibilidad de aplicación del instituto del silencio administrativo.

Alguna resolución judicial²⁷⁹, ha entendido que este plazo es de cinco años, desde que se dictó la orden de demolición, y ello en aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁸⁰

²⁷⁸ STS de 5 de junio de 1987 (RJ 5927).

²⁷⁹ STSJ Madrid nº 917/2010, de 22 de abril, Rec. apelación 2.143/2009, (FJ 6º).

La prescripción de los plazos para ejecutar forzosamente una orden de derribo no producen la legalización de la obra, pero si, transcurridos los mismos, se declarara ilegal el derribo del edificio, por anulación judicial de un proyecto de reparcelación forzosa o por tratarse de una vía de hecho, una actuación de la Administración sin cobertura jurídica, por ejemplo, podría producirse una lesión indemnizable.

280 Artículo 518. Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación.

La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.

X.- CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE EJERCICIO DE LA POTESTAD DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

10.1.- OBLIGACIÓN DE REPARAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ANTE LA EXISTENCIA DE UNA EDIFICACIÓN ILEGAL.

La falta de incoación de expedientes en los que se actúe o ejercite la potestad de proteger la legalidad urbanística por parte de las Administraciones públicas, no sólo representa una dejación de deberes de orden público, sino, cada vez más, motivo de reprobación de carácter ético-político por parte de la ciudadanía²⁸¹. Estos hechos incluso pueden llegar a implicar la comisión, por la autoridad responsable, de un delito de prevaricación por omisión.²⁸²

Desde los ámbitos judiciales se ha puesto de manifiesto que, en el supuesto de que también los Tribunales Penales se sustrajeran a las exigencias institucionales de la potestad restablecedora del orden jurídico urbanístico, se daría el último paso en un discutible proceso de "legitimación de la ilegalidad", que ha debilitado considerablemente la credibilidad de nuestro Estado de Derecho y ha favorecido el fenómeno de la corrupción urbanística²⁸³.

En esta materia resulta ya incuestionable que la perspectiva de la ciudadanía debe prevalecer sobre la individual²⁸⁴ y que la Administración tiene el deber de actuar. La acción para exigir el restablecimiento de la legalidad es una acción de carácter público, dirigida a preservar el conjunto de principios, valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de protección por la normativa urbanística y cuya titularidad corresponde a la comunidad en su conjunto.

²⁸¹ TORRES MARTINEZ, J. El restablecimiento de la legalidad en la Comunidad Autónoma del País vasco, *Práctica Urbanística*, núm. 72, junio 2008.

²⁸² STS Sala de lo Penal, 24 -05-2003 resolución nº 449/2003.

²⁸³ STS de 27 de noviembre de 2009

²⁸⁴ En los últimos años ha cobrado vital importancia la adopción de medidas de protección del Paisaje, concebido como un patrimonio común de todos los ciudadanos y elemento fundamental de su calidad de vida (Convenio Europeo del Paisaje, Florencia, 20 de octubre de 2000)

Todo lo analizado converge en la idea de que cuando no hay actividad administrativa, cuando la Administración no cumple con sus funciones y se produce un daño, estará obligada a repararlo. Esta obligación deriva de un hecho jurídico, no de actos jurídicos²⁸⁵, puesto que no se ha formado la voluntad mediante la resolución de un expediente.

Respecto de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, ha señalado MARCOS GOMEZ PUENTE²⁸⁶, que pese al sistema general objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración, el comportamiento administrativo omisivo, el incumplimiento del deber de actuar la potestad, en definitiva, la inactividad, es culpable.

Según este autor, la inactividad singular o procedimental de la Administración, que se refiere a la ausencia misma de incoación del procedimiento administrativo, supone la falta de ejercicio de una potestad administrativa, cuya actuación resulta legalmente debida. Cuando la falta de ejercicio de la potestad no viene justificada por razones objetivas, puede ser arbitraria y rebasar el límite de la legalidad administrativa, e incluso, como se ha expresado, merecer reproche penal.

De forma que la no actuación de los poderes de inspección, restauración de la legalidad, etc., la tolerancia administrativa, por añadidura, son ejemplos de ese funcionamiento anormal antijurídico de la Administración.

La falta de incoación del procedimiento administrativo implica, consiguientemente, una dejación del ejercicio de una potestad administrativa, que ocasiona perjuicios tanto para el interés público, como para los intereses privados y que, si se cumplen los requisitos del artículo 139 LRJPAC, dará origen a que pueda surgir responsabilidad patrimonial administrativa.

²⁸⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana nº 1862, de 5 de diciembre de 2008, rollo de apelación 1736/07, (FJ 5).

²⁸⁶ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La Inactividad de la Administración*, Editorial ARANZADI, Navarra 2011, pág 1051 y ss.

Como hemos visto, las potestades pueden estar sometidas a un plazo perentorio, transcurrido el cual decae la posibilidad de ejercitarlas; ahora bien, los daños a que la preclusión de la potestad pueda dar lugar, han de ser indemnizables, cuando el daño real sea individualizable y evaluable económicamente y exista relación causal.

A lo largo de esta tesis se ha sostenido que difícilmente se puede respaldar la existencia de plazos de caducidad, para ejercitar la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, en el principio de seguridad jurídico-privada. Porque el principio de seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados²⁸⁷.

También la apreciación colectiva en torno a cuál ha de ser la actuación del poder, en la aplicación del Derecho²⁸⁸, está cambiando, puesto que la expectativa razonablemente fundada del ciudadano ya no es la de entender que con el pago de una multa se solventará el asunto. La claridad del legislador y no la confusión normativa²⁸⁹, están así mismo contribuyendo a ese cambio de mentalidad social.

Por consiguiente, el principio de seguridad jurídico-privada y el de legalidad urbanística, son principios antagónicos, cuando el propietario de suelo construye al margen de la autorización administrativa, o cuando no solicita licencia.

De manera que, cuando la Administración se muestra inactiva ante ilegalidad, no se puede justificar que sea necesario mantener en su situación al titular aparente de un derecho a lo edificado contraviniendo la normativa de suelo y urbanística. Porque supondría una convalidación de situaciones de

²⁸⁷ STC 15/1986, de 31 de enero, (FJ 1).

²⁸⁸ STC 36/1991, de 14 de febrero, (FJ 5).

²⁸⁹ STC 46/1990, de 15 de marzo, (FJ 4).

hecho o el reconocimiento de relaciones fácticas nacidas al margen del propio ordenamiento. Esto además, podría llegar a generar situaciones contradictorias cuando no se reconociera valor urbanístico a la edificación ilegal en las relaciones jurídico-patrimoniales que pudiera establecer el propietario de suelo.

Y aún resulta menos comprensible que la Administración pueda ampararse en algún razonamiento objetivo para justificara la inactividad, la falta de incoación de un procedimiento, que mínimamente le permitiera indagar sobre lo acaecido y fundar una decisión.

Actualmente, el artículo 259 de la LOTUP: resarcimiento de daños y perjuicios establece que, *“quienes como consecuencia de una infracción urbanística sufrieren daño o perjuicio podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento e indemnización de los daños o perjuicios causados”*. Luego existe también el derecho de los particulares a pedir indemnización si resultaren afectados por una infracción urbanística, en principio a los infractores, pero cabría también detraer de este artículo la posible responsabilidad de la Administración por inactividad.

10.2.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS FRENTE A LOS PROPIETARIOS QUE, EN PROCEDIMIENTOS REPARCELATORIOS, HAN DE ASUMIR EL COSTE DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESTRUCCIÓN DE EDIFICACIONES ILEGALES CONSOLIDADAS.

Como vemos, los presupuestos necesarios en orden a las posibles causas que pueden originar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, son diferentes si se aplica la normativa anterior a la Ley de Suelo de 2007, o se aplique ésta.

Porque, frente al hecho de que se constate la ejecución, producida antes de la entrada en vigor de la mencionada legislación, de una construcción ilegalizable, si la Administración no ejercitó su potestad de restaurar la legalidad urbanística, puede derivarse la responsabilidad patrimonial de la misma, por el perjuicio económico que a propietarios incursos en procedimientos de equidistribución de beneficios y cargas les acarrea el

hecho de tener que abonar indemnizaciones provenientes de la destrucción de las citadas edificaciones ilegales²⁹⁰.

La indemnización que percibe el propietario de suelo sobre el que se construyó una edificación de manera ilegal, cuando dicho suelo está afectado por una reparcelación forzosa, representa un valor de la edificación en sí misma.

La práctica habitual ha sido la tramitación de Programas de Actuación Integrada, que incorporaban en su alternativa técnica planeamiento reclasificadorio de terrenos rústicos o no urbanizables, sobre los que se construyeron las edificaciones ilegales, cuyo valor ingresó en el patrimonio del titular del terreno, tras no actuar la Administración el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística y ser demolidas a tiempo.

Esto ha implicado que el resto de afectados, que mantuvieron sus terrenos sin edificaciones cumpliendo la legalidad imperante, deban abonar aquel valor concreto que determine la cuenta de liquidación de la reparcelación, a quien construyó de manera ilegal.

²⁹⁰ Según el artículo 144.2 LOTUP son cargas de urbanización del programa de actuación integrada, en la categoría de cargas variables, las siguientes:

- a)** El coste de indemnización a cuenta de construcciones, instalaciones, plantaciones y sembrados que, en ejecución del programa de actuación integrada se hayan de derribar, arrancar o destruir, o ceder a la administración; y las indemnizaciones por traslado o cese de actividades, resolución de arrendamientos y extinción de servidumbres prediales.
 - b)** Las indemnizaciones a propietarios por obras de urbanización que ya hayan sufragado y sean útiles a la actuación.
 - c)** Los gastos por realojo y retorno de ocupantes a los que estos tengan derecho conforme a la legislación vigente.
 - d)** En su caso, el importe del canon de urbanización devengado a favor de la administración o el reintegro que proceda a favor de otras actuaciones conforme al artículo 146 de esta ley.
- El importe total de las cargas de urbanización variables se repercutirá entre todos los propietarios en régimen de equidistribución. Posteriormente, se asignará a cada propietario o titular de derecho indemnizable el importe que le corresponda percibir por los conceptos indicados en los apartados anteriores.

3. Los conceptos del apartado 2 se considerarán gastos variables ajenos al precio cierto del programa de actuación integrada. Podrán arbitrarse medidas para que sean directamente pagados y cobrados entre interesados sin anticipo y mediación del urbanizador. Este es responsable de que se hagan efectivos antes de la ocupación de los bienes afectados y de que sean tasados al valor que objetivamente corresponda según las normas que lo regulan, salvo en el supuesto previsto en el artículo 93.3 de esta ley.

El planteamiento que se formula en este apartado es el siguiente. Las construcciones ilegales con la anterior legislación, tenían un determinado valor urbanístico, debido a que se consideraban incorporadas al patrimonio de su titular. De la inactividad administrativa se derivaba, de este modo, un daño o perjuicio para tercero, por el que debe ser indemnizado conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración²⁹¹.

De lo que se infiere la necesidad de analizar la concurrencia de todos los requisitos que fundamenten la responsabilidad de la Administración por la omisión del ejercicio de la potestad pública de restauración de la legalidad urbanística.

Así, el título básico de imputación a la Administración del deber de reparar el daño producido al propietario, que debe abonar las indemnizaciones de referencia, es el funcionamiento anormal de los servicios públicos, sin que exista causa de justificación capaz de legitimar el perjuicio producido al mencionado propietario, que está cumpliendo la legalidad, participando en la ejecución de las actuaciones de urbanización (Art. 8.1,c) y debe pagar una indemnización al propietario de suelo que ha edificado ilegalmente.

Los presupuestos que originan la obligación de resarcir el daño, que se produce en el patrimonio del particular obligado al pago de la indemnización.

A)- En primer lugar se aprecia la omisión antijurídica, consistente en la falta de adopción por parte de la Administración de las medidas tendentes a la restauración de la legalidad urbanística y reposición de la realidad física alterada por la construcción ilegal a su estado originario. La lesión es

²⁹¹ ENTRENA CUESTA, Rafael. *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos*. MARCIAL PONS, Madrid 1999.

GARRIDO FALLA, F. *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*. Revista de Derecho Administrativo, núm.94, 1997.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones*. Revista de Administración Pública nº 150, 1999.

consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos, que no han incoado los preceptivos procedimientos administrativos en los que adoptar la medida de demolición.

En definitiva, el daño se ha producido por no realizar las funciones de inspección y control (culpa in vigilando) y la falta de adopción de las medidas (culpa in omittendo), ya que de haber realizado adecuadamente estas tareas y haber tenido la debida diligencia, el daño no se hubiera producido y los propietarios incurso en procedimientos reparcelatorios no tendrían que abonar indemnización alguna por la destrucción de las construcciones ilegales, que ya hubieran sido previamente eliminadas a cargo del propietario de suelo, sobre el que se edificaron improcedentemente.

B)- Se constata la producción de un perjuicio o menoscabo en el patrimonio del propietario afectado, el cual ha de abonar la parte proporcional que le corresponda de las indemnizaciones que procedan por la destrucción de edificaciones ilegales incluidas en el ámbito del proyecto de reparcelación o área de actuación.

Ese daño es efectivo, individualizado y evaluable económicamente, tal y como se hace constar en las cuentas de liquidación de los instrumentos de distribución de beneficios y cargas. Siguiendo la mecánica reparcelatoria, las indemnizaciones por este concepto se distribuirán entre los adjudicatarios de parcelas resultantes en función de su aprovechamiento objetivo (Art. 173.3 LUV y 377.7 ROGTU).

C)- De forma comprensible se puede considerar comprensiblemente que la Administración es la responsable directa de no haber adoptado el acto administrativo de demolición y no haber procedido, en caso necesario, a la ejecución forzosa del mismo.

La obligación de reparar el daño surge de la propia Constitución, que es norma directamente aplicable (Art. 106.2 CE) y de la Ley (Art. 139 y ss

LRJPAC). La Administración claramente ha vulnerado un mandato legal, considerando que la omisión de la actividad administrativa ha sido causa inmediata del daño.

D)- Igualmente, es fácil verificar la relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión sufrida en el patrimonio del afectado.

La causa es la omisión del ejercicio del poder de garantizar la legalidad urbanística y el efecto, la minoración en el mencionado patrimonio.

E)- La acción de responsabilidad deberá ser ejercida contra la Administración dentro del plazo de un año, contado a partir del momento en que legalmente sea exigible el pago de la indemnización por destrucción de la construcción ilegal incurrida en el procedimiento reparcelatorio (Art. 163, 176.6, 181 de la LUV).

Pues bien, como se ha mostrado, el propósito de este trabajo ha sido demostrar que a las edificaciones ilegales no se les puede asignar ningún valor urbanístico, de donde resulta que respecto de las indemnizaciones por la destrucción de una construcción preexistente al procedimiento reparcelatorio, pero posterior a 2007, sólo procederá repercutir el abono de las mismas al conjunto de propietarios incursos en la reparcelación, si la edificación es legal. Dicho de otro modo, no cabe asignar una partida de cargas variables en la cuenta de liquidación por la destrucción de la edificación ilegal.

10.3.- IMPOSIBILIDAD LEGAL DE QUE EL PROPIETARIO DE UN TERRENO SE APROPIE DEL VALOR URBANÍSTICO DE LO EDIFICADO ILEGALMENTE SOBRE ÉL, AUNQUE PRESCRIBA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

Como se ha analizado a lo largo de este estudio, uno de los planteamientos del que partió la Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo, corroborado en el RDLeg. 2/2008, es el siguiente: la ley y la ordenación urbanística fijan el contenido del derecho de propiedad del suelo, estableciendo el haz de facultades y obligaciones que configuran su estatuto, y ese contenido se define por medio de la categorización del suelo, es decir, vinculando el mismo a concretos destinos urbanísticos o usos determinados (artículo 7.1 RDLeg. 2/2008).

En este sentido, conforme al carácter estatutario de la propiedad, cabe entender la enumeración de las facultades del dominio, que se han resumido en facultades jurídicas (de libre disposición y de exclusión) y materiales (de libre aprovechamiento según la clase de suelo o facultad de edificar), considerando que el contenido del derecho de propiedad del suelo lo integran tanto las facultades (artículo 8 RDLeg. 2/2008, que adiciona el siguiente párrafo a lo que fue la redacción original del artículo 8 de la LS 8/2007: *“Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”*); como los deberes y cargas (art. 9, que se refiere tanto al derecho de propiedad de los terrenos, como de las instalaciones, construcciones y edificaciones). De estos razonamientos dimana su configuración como situación jurídica compleja.

Luego, si el aprovechamiento urbanístico o previsión de edificabilidad, no queda incluido en el contenido del derecho de propiedad del suelo por el solo hecho de que lo prevea la ordenación territorial y urbanística, la edificabilidad hay que adquirirla, cumpliendo con las obligaciones

urbanísticas y materializarla; lo edificado se patrimonializará, siempre que se ha construido conforme a licencia.

Este razonamiento, tal y como confirman los preceptos sobre valoración de edificaciones ilegales, comporta la tesis de que la patrimonialización del valor urbanístico de la edificación ilegal no se producirá por el mero hecho de que prescriba el ejercicio de la potestad, que tiene conferida la Administración, para restablecer la legalidad urbanística infringida. En este punto es suficientemente reveladora la comparación de la nueva Ley de Suelo, con artículos de anteriores legislaciones, como los artículos 30 y 31 de la LS/1992.

Consecuentemente la inactividad de la Administración Pública, no va a poder propiciar que a las construcciones ilegales, que se edifiquen tras la entrada en vigor de la LS 8/2007, se les pueda asignar algún valor legal, porque el valor urbanístico de esa edificación no forma parte del patrimonio del propietario del suelo, al no haberse adquirido por el procedimiento legal²⁹².

Pensemos en el siguiente supuesto: tras haber prescrito el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística, se declarara ilegal el derribo de un edificio ejecutado por la propia Administración, después de la anulación judicial, por defectos formales del programa de gestión directa y de su instrumento de desarrollo, que debía dar cobertura jurídica a la demolición. Con la nueva legislación de suelo del Estado, podría surgir un derecho a percibir una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, no por el valor del edificio, sino por el tiempo en que hubiese podido usarse dicho edificio hasta que la Administración ejecutara

²⁹² La legislación autonómica valenciana sigue aludiendo a la inexistencia de valoración legal únicamente cuando se ha iniciado el procedimiento restablecimiento de de la legalidad urbanística y dictado la consiguiente orden de restauración, pero no hace mención expresa a esa consecuencia material respecto de la falta de incoación del procedimiento para proteger la legalidad urbanística. Así, el artículo 242.1 de la LOTUP determina que *“Las construcciones, edificaciones, instalaciones y demás elementos pendientes de demolición, no darán derecho a efectos del pago de justiprecio expropiatorio, de indemnización de daños y perjuicios o de otro tipo de compensación económica”*.

correctamente la ordenación urbanística de ese suelo, bien porque expropiara el suelo, bien porque lo sometiera a una actuación sistemática.

En general, la potestad de ordenar, gestionar y ejecutar el planeamiento que afecte a ese suelo por parte de la Administración, no está sujeta a ningún lapso de tiempo, de ahí que la diferencia entre la regulación anterior a la LS 8/2007 y lo dispuesto por ésta, recogido así mismo en su texto refundido, se hará patente en lo atinente a la valoración o no del edificio ilegal, que podrá seguir en pie hasta que se gestione y ejecute el plan. Si la edificación ilegal se construyó con posterioridad a la LS de 2007 no se le asignará ningún valor, aunque haya caducado la acción de restauración de la legalidad.

Respecto de las edificaciones ilegales no se podrá emitir certificado final de obra, ni cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. Porque la Administración debe denegar la licencia de primera ocupación, que actualmente se ha fundido en casi todas las CCAA con la cédula de habitabilidad, cuando el edificio se haya construido sin licencia de obras y sin ejecutar las obras de urbanización que conviertan el terreno en solar.

Por otro lado, habrá que atender también al contenido del artículo 52 del RD 1.093/1997, de 4 de julio, que establece las reglas aplicables para poder inscribirse las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en el Registro de la Propiedad.

Los notarios y registradores de la propiedad, como preceptúa el artículo 17 TRLS/2008, tienen prohibido autorizar e inscribir cualquier escritura que vulnere la legislación urbanística, y que consiguientemente no incorpore licencia municipal. De ahí que las compraventas de suelo deban acompañar la cédula urbanística correspondiente, que de testimonio de las especificaciones urbanísticas que consten en los Ayuntamientos.

Todas estas medidas contribuyen a “inmovilizar” a la edificación ilegal en el tráfico jurídico inmobiliario.

10.4.- EXISTENCIA DE TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE Y SU DIFERENTE CONSIDERACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EN LOS ÓRDENES CIVIL Y PENAL.

En el supuesto de declaración judicial de derribos de edificaciones ilegales, cuando el propietario del suelo transmita el bien antes de esa anulación, también se dan importantes diferencias en cuanto a la consideración del derecho de propiedad de los terceros adquirentes de buena fe, según intervengan órdenes jurisdiccionales civiles y penales, o lo haga la jurisdicción contencioso-administrativa²⁹³.

En la jurisdicción penal, y respecto a la demolición de la obra ilegal prevista en el artículo 319.3 del CP, redactado conforme a LO 1/2015, de 30 de marzo, el texto punitivo deja libertad para estimarla y entonces, acudiendo a criterios prácticos para valorar esta resolución en cuanto a su afcción a terceros o vecinos, o al orden público, pudiendo tener en cuenta la poca importancia de la obra ilegal, establecer si procede o no decretar la demolición en vía penal.

En el orden contencioso-administrativo la nulidad de la licencia conlleva necesariamente el derribo de la edificación.

Respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa, el presupuesto de partida, que sirve de ejemplo para el desarrollo de este apartado, son edificaciones autorizadas, en su día, por la Administración, adquiridas a través de un fedatario público, inscritas en el Registro de la Propiedad y sin constancia alguna en dicho Registro de que se fiscalizara judicialmente su legalidad.

En estos casos, la divergencia de criterios, que de nuevo se ocasiona cuando no se ejercita la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, es

²⁹³ Al aplicar artículos como el 231.2 de la LOPTU: “Las medidas de protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado tienen carácter real y alcanzan a las terceras personas adquirentes de los inmuebles objeto de tales medidas”.

puesta de manifiesto por INMACULADA REVUELTA²⁹⁴, que considera que la demolición de viviendas, acordadas en vía judicial, tras declarar ilegales las licencias urbanísticas, podría vulnerar el derecho de propiedad de terceros adquirentes de buena fe.

La consideración en la jurisdicción civil y en la penal de la presencia de terceros adquirentes de buena fe, como causa que imposibilite la ejecución de las sentencias en sus términos, ya estuvo presente en el artículo de esta profesora y del Magistrado Edilberto Narbón²⁹⁵.

Según esta autora, cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo contra las licencias urbanísticas, el legislador debería de imponer al juez que ordenara, al mismo tiempo que admite el recurso contra la licencia, la práctica de anotación preventiva del recurso en el Registro de la Propiedad, para evitar que las viviendas afectadas se transmitan, y sea el tercer adquirente de buena fe la víctima de la declaración de ilegalidad de la licencia. El juez contencioso-administrativo tendría que valorar, en cada caso, el conjunto de derechos e intereses que entran en colisión, esto es, por un lado, la legalidad urbanística y el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos (art. 24 CE), y, por otro, el derecho de propiedad (art. 33 CE), los principios de fe pública registral (art. 34 LH) e inoponibilidad (art. 32 LH), el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) o la protección de la vivienda (art. 47 CE).

Lo que plantea por tanto INMACULADA REVUELTA es que el juez, antes de tomar la decisión de demoler, pondere las circunstancias concurrentes y todos los intereses en juego, incluido el derecho de propiedad de los terceros de buena fe y les permita demostrar su condición, así como defender sus intereses en el proceso. Y, que en caso de optar por la demolición, declare en dicho proceso las indemnizaciones que les corresponderían.

²⁹⁴ REVUELTA PÉREZ, INMACULADA. “Demoliciones Urbanísticas y buena fe dominical” Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación núm 24/2011, Pamplona, 2011.

²⁹⁵ REVUELTA PÉREZ, Inmaculada y NARBÓN LAINEZ, Edilberto, “Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirente de buena fe. El caso de la anulación de licencias”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 720 (2010), pág 1595 a 1646.

Consecuentemente, si hay terceros que adquieren de buena fe los inmuebles, con posterioridad al otorgamiento de la licencia, cuya legalidad se enjuicia, la demolición no puede ser la única solución frente a las edificaciones ilegales.

Respecto de estas consideraciones, entiendo que no se trataría de apreciar en la actuación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo²⁹⁶ una desconsideración de la buena fe dominical, incompatible con el derecho fundamental de propiedad que reconoce la Constitución, sino precisamente de la aplicación lógica de la concepción estatutaria del derecho.

Precisamente, la línea coherente con la consideración estatutaria del derecho de propiedad del suelo podría sustentarse en lo siguiente:

1. En la aplicación del principio *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse haberet*, si un sujeto no es titular del derecho de propiedad de lo edificado ilegalmente, no podrá transmitirlo; del principio de que nada se puede transmitir porque nada se ha podido adquirir, *nemo dat quod non habet*; en el principio de que la inscripción registral, como regla general, es declarativa y no constitutiva; en que uno de los requisitos para la protección del tercero hipotecario es que la adquisición de lo edificado sea válida, porque como expone el artículo 33 de la LH *la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes* y finalmente, en que entre las excepciones a la fe pública registral, por vía de inaplicación definitiva, se encuentran las derivadas de la legislación y el planeamiento urbanístico²⁹⁷. Por esta razón, la indemnización que pudiera corresponder a los terceros

²⁹⁶ El Alto Tribunal ha entendido que el derribo es la consecuencia, implícita, impuesta legalmente en estos casos, y anuda la anulación judicial de las licencias a la demolición de las edificaciones amparadas por aquellas: SSTs de 22-02-1988; 07-02-2000; 19-11-2001; 04-02-2009.

²⁹⁷ La doctrina hipotecarista ha entendido mayoritariamente, que el artículo 34 LH no protege a los terceros adquirentes frente a las limitaciones urbanísticas.

hipotecarios no sería por pérdida del derecho real y de naturaleza expropiatoria, sino por anormal funcionamiento de los servicios públicos que autorizaron la obra.

2. En que en este supuesto de anulación judicial de licencia de obra, no hay un acto de aplicación de la legislación urbanística por parte de la Administración, puesto que ésta no ha adoptado el acuerdo de demolición, en procedimiento de restauración de la legalidad, en el que es tramite esencial la posibilidad de legalizar administrativamente lo construido. El juez no va a entrar en el tema de la posible legalización de la obra, sino que lo que va a determinar es si la licencia otorgada es conforme a Derecho, con lo que el interés en juego es el cumplimiento de la legalidad urbanística.
3. De lo que se deriva que el juez lo que enjuicia es la acción de la Administración contraria a Derecho, no la inactividad, por lo que el nexo causal, entre la actividad administrativa y la obligación de la Administración de resarcir el daño causado a los terceros adquirentes de buena fe, es más complejo, que cuando hablamos de la falta absoluta de actividad administrativa o de tolerancia de la ilegalidad. Consecuentemente la posible responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ser objeto expreso de enjuiciamiento.
4. Además, habrán de aplicarse las reglas generales de la ejecución en el orden contencioso-administrativo, que no permiten que la ejecución de este tipo de sentencias quede en manos de la Administración mediante la vía de la alteración posterior del planeamiento urbanístico (art. 103.4 – art. 105.2 LJCA)²⁹⁸.

²⁹⁸ Muchas de las pretensiones de inexecución de sentencias fueron deducidas por el propio Ayuntamiento alegando cambios de clasificación de suelo, introducidos por instrumentos de planeamiento posteriores a las sentencias, bastante tiempo después de levantarse la edificación.

Es preciso por tanto, diferenciar lo que es el procedimiento administrativo de legalización de lo indebidamente construido (tanto si la obra está en construcción, como si está terminada), que compete a la Administración y en el que entrarían en juego múltiples circunstancias (que la obra sea sólo en parte ilegal, que pueda con determinados condicionantes legalizarse, existan terceros adquirentes de buena fe, que existan otras alternativas menos gravosas, que exista un proyecto de subsanación de los desajustes, la tramitación de un nuevo plan, etc.), de lo que es un pronunciamiento jurisdiccional de anulación de licencia y derribo de lo construido, en el que el juez tiene que aplicar la legislación urbanística sin más.

En suma hay que percibir que, respecto del proceso judicial, ya no es posible la exclusiva intervención Administrativa de legalización (igual que cuando se anula judicialmente un acto administrativo, no cabe la convalidación que regula la LRJPAC), sino el control del órgano judicial, en fase de ejecución de sentencia. En la tramitación del incidente se podrán depurar todas las consecuencias concurrentes, entre otras, las razones de utilidad pública en la ejecución de la sentencia.

Porque de nuevo hay que insistir en la idea fundamental de que la relevancia de las circunstancias concurrentes en el hecho de la edificación, así como la posible ponderación de los intereses concurrentes, ha de realizarse antes de que se adopte la decisión administrativa de derribo de una edificación ilegal, pues es la Administración la que debe determinar si cabe la legalización de la obra. Y esto tanto si utiliza la vía de la revisión de oficio de la licencia nula (art. 106 LRJCA), la declaración de lesividad, como en el caso de que, no existiendo licencia, inicie el procedimiento de restauración de la legalidad. Toda construcción que carezca de licencia no puede ser legalizada, pues la licencia es precisamente el título o credencial de legalización.

En definitiva, la legalización no compete al Juez, sino a la Administración.

De ahí, que sea primordial que se inicie un procedimiento administrativo a fin de establecer debidamente cuales son esas circunstancias, para que las

mismas sean operativas en esta fase y motiven una decisión administrativa u otra. Si no es así, el enjuiciamiento de la licencia y de la responsabilidad en que haya podido incurrir la Administración, han de ser objeto de encausamiento particularizado.

Como ha señalado MERCEDES FUERTES²⁹⁹, el hecho de no dar noticia al Registro de la Propiedad de los procesos, como los indicados en este apartado, no hace ineficaz el derribo, porque ninguna inscripción convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes (artículo 33 LH). Ni las actuaciones ilegales pueden cobijarse bajo el paraguas de la protección registral. Por muchas transmisiones que se realicen del edificio, la construcción seguirá siendo ilegal.

Y se pregunta ¿para qué entonces la publicidad registral? A lo que responde con la consideración de que la difusión es un instrumento de indudable relevancia para advertir en el tráfico jurídico de la existencia del procedimiento sancionador o de procesos judiciales. El Registro coopera en evitar que correctas expectativas de bienintencionados adquirentes queden frustradas por previas actuaciones ilegales de los transmitentes al edificar.

Luego, si se anula judicialmente una licencia la indemnización que pudiera corresponder a terceros adquirentes de buena fe no sería de naturaleza expropiatoria sino por responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero como en este supuesto el nexo causal para que proceda la responsabilidad es complejo, será necesaria la tramitación de un proceso específico para declarar si procede o no dicha responsabilidad y las indemnizaciones que correspondieran a los terceros adquirentes; la responsabilidad patrimonial, en este caso sería objeto expreso de enjuiciamiento.

Ahora bien, la cuestión cambiaría cuando no se ha otorgado licencia y persiste la inactividad administrativa, porque en base a lo dispuesto en el artículo 108.3 de la LJCA, entiendo que, en el mismo proceso, en el que se declara contraria a la normativa la construcción, cabría un pronunciamiento

²⁹⁹ FUERTES, Mercedes, Urbanismo y Publicidad Registral, Editorial MARCIAL PONS, Madrid, 2001, pág 126.

sobre la indemnización que debieran percibir los terceros adquirentes de buena fe. Porque en este caso el juez lo que enjuicia es la falta absoluta de actividad administrativa, ya que la Administración no se pronunció sobre la solicitud de licencia, ni inició el procedimiento de restauración de la legalidad y el órgano judicial tiene clarísima la ilegalidad de la construcción y su imposibilidad de legalización administrativa.

10.5.- CONCULCACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUELO.

A lo largo de esta exposición han ido aflorando múltiples casos en los que el ejercicio del derecho de propiedad del suelo, en idénticas circunstancias, deviene desigual según se ejercite o no el poder de protección de la legalidad urbanística. El arquetipo para sustentar la propuesta que mantengo es claro ejemplo de ello.

Así, verbigracia, tras iniciarse un expediente de restauración de la legalidad urbanística, la Administración actuante deberá acordar, entre otras medidas, el cese del suministro de agua, de energía eléctrica, gas y telefonía (art. 226.2 LOTUP)³⁰⁰. Por el contrario, si la Administración no actúa, el propietario del suelo en el que se construyó la edificación ilegal seguirá beneficiándose de esos servicios y podrá continuar con el uso del inmueble.

En otro orden de cuestiones, la consideración de la acción de restauración de la legalidad urbanística como exclusivamente de regulación autonómica, origina la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 86.4 de la LRJCA, impidiendo el acceso al recurso de casación y la posibilidad de aunar criterios, que eviten la desigualdad en el ejercicio del derecho

³⁰⁰ El artículo 242.2 describe otras medidas complementarias en caso de incumplimiento por el interesado de la orden de restauración de la legalidad urbanística: *El propietario de la construcción, edificación, instalación y demás elementos pendientes de demolición, quedará provisionalmente inhabilitado, hasta que se acredite la restauración, para ser beneficiario de subvenciones, incentivos fiscales y cualesquiera otras medidas de fomento de los actos y actividades que precisen de autorización o licencia urbanística. También quedará provisionalmente inhabilitado para asumir o ejercer la función de urbanizador o empresario constructor en un programa de actuación.*

producida por la falta de uniformidad en los plazos de caducidad de la acción.

Por consiguiente, sería preciso reparar en que el derecho material no es puramente autonómico, para poder justificar la intervención del Tribunal Supremo en la aplicación, no sólo del principio de proporcionalidad respecto de la demolición, sino también en base a los demás principios apuntados en esta tesis, a los que debe ajustarse la actuación administrativa que incide sobre el derecho de propiedad privada del suelo.

10.6.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR NO FACILITAR EL TRÁMITE DE LEGALIZACIÓN DE OBRAS.

Los procesos judiciales, en el orden contencioso-administrativo, en los que se cuestiona la posible nulidad o ilegalidad de licencias de obras, son de naturaleza especial y sumaria, limitados exclusivamente al análisis de las infracciones urbanísticas, que puedan concurrir en una licencia previamente otorgada.

Si la Administración hubiera iniciado el procedimiento de protección de la legalidad urbanística, en algunos casos, se podría llegar a adecuar la obra a las determinaciones urbanísticas si, a la luz de informes técnicos, se acuerda el trámite de legalización. Porque durante el mismo, se podrían llegar a corregir o subsanar las deficiencias o irregularidades detectadas. Pero, si se deja concluir la obra y además no se inicia el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, pasado el tiempo, cuando se anule judicialmente la licencia, pueden generarse responsabilidades por no vigilar la Administración el desenvolvimiento de la obra y su falta de adecuación a las determinaciones urbanísticas, pese a haber otorgado licencia.

Como ya mantuve en el capítulo 4.6 de esta tesis, las circunstancias particulares que pueden concurrir en el marco en el que se desenvuelve la edificación ilegal, han de ser consideradas por la Administración, bien al momento de otorgar la licencia o bien en la fase de legalización de la obra. De forma que, factores, como la mayor o menor gravedad de la ilegalidad,

que ésta sea más o menos manifiesta, o que afecte a la totalidad o no de la construcción, el entorno en el que se levante la obra, la confianza generada al administrado por la tolerancia de facto de la Administración en similares hechos, el destino de los edificios, etc..., puedan resultar operativos para la Administración. Porque en vía judicial únicamente se enjuicia la contravención de la licencia con determinaciones de la ordenación territorial o urbanística y, si se estima su ilegalidad, del hecho de la carencia de licencia se deriva la ilegalidad de la obra y su necesaria demolición, excepto si se dan las causas del artículo 105.2 LJCA.

Porque las divergencias en lo legislado por las CCAA no sólo afectan a los distintos plazos de caducidad o prescripción de la acción de restauración de la legalidad, algunas han pasado a positivizar en su legislación de forma expresa una referencia a la proporcionalidad o incluso la atribución de cierto margen de discrecionalidad al poder público en cuanto a la efectividad de la demolición³⁰¹.

También se puede apreciar la incidencia desigual en el ejercicio del derecho derivada del hecho de que algunos ordenamientos autonómicos han puesto fin a la separación entre régimen de persecución de la infracción urbanística y el de restauración de la legalidad en ese campo, mientras que otros no.

Como vimos al final del punto 6.1.1, la regulación de los supuestos no sujetos al plazo de cuatro años de prescripción de la potestad de restauración ha hecho que en unas CCAA se amplíen los mismos, frente a otras regulaciones autonómicas.

³⁰¹ Arte 231.3 TRLS de la Región de Murcia DL 1/2005, 10 junio; art. 48.4 RDUA.

XI.- CONCLUSIONES.

En este apartado se revelan las conclusiones de este estudio, en la forma que estimo más adecuada para mostrarlas, mediante la comparación entre las consecuencias de la edificación ilegal en la realidad jurídica antes y después de la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 2007. A partir de las consideraciones realizadas en el cuerpo del trabajo y de la contrastación de datos he podido formular las averiguaciones que a continuación se recogen, que reflejan la realidad del problema que ha dado origen a esta investigación y su posible solución.

La incongruencia entre la legislación estatal de la propiedad del suelo y el establecimiento de diferentes plazos de caducidad o prescripción para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, así como las consecuencias, que en la aplicación práctica de esos plazos, se han producido, hace de difícil encaje el sistema legal que incide en el derecho de propiedad del suelo.

Llegados a este punto, tras el desarrollo de este trabajo, considero que es defendible la tesis que postula la improcedencia de la existencia de un plazo preclusivo para el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística y que pasado éste, se extinga o que se presuma abandonada en caso de que no se ejercite, en definitiva, que haya un plazo habilitante para que se inicie la reacción, identificándose ésta con un poder en cuyo contenido aparezca integrado el elemento temporal como parte sustancial del mismo.

Sería más coherente con la legislación estatal plasmada en la Ley de Suelo 8/2007, y en su texto refundido, que las normas especiales autonómicas implantaran la imprescriptibilidad de la acción para ejercitar la potestad de protección de la legalidad urbanística, puesto que la restauración de la legalidad urbanística afecta al interés general, y ya no cabe hablar de pérdida de facultades, incluidas en el contenido del derecho de propiedad del suelo, como consecuencia de la intervención administrativa, tal y como se ha indicado al desarrollar el principio contenido en el art. 7 RDLeg. 2/2008.

De modo que si, a través de la normativa sobre valoraciones de bienes, se garantiza la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio Español, no se debería aunar la inactividad al reconocimiento de un cierto valor a la edificación ilegal.

Con el planteamiento que se realiza a continuación, se extraen los diferentes resultados producto de la comparación de los modos de adquirir el dominio en el Derecho privado y los sistemas de adquisición del aprovechamiento urbanístico y de la edificación regulados por el Derecho público.

I.- ANTES DE LA LEY 8/2007

1º.- Pese al reconocimiento legal del concepto estatutario del derecho de propiedad del suelo, se ha seguido manteniendo una concepción civilista de ese derecho, que, unida a la inactividad de la Administración en orden a restablecer la legalidad urbanística, ha derivado, cuando la Administración ya no podía ejercitar su potestad de restauración de la legalidad urbanística, o bien en la equiparación de las edificaciones ilegales a las legales, o bien, en base a criterios jurisprudenciales, a su asimilación a las edificaciones fuera de ordenación, aplicándoles un régimen análogo a éstas.

La idea de que el contenido congénito sustantivo del derecho de propiedad privada del suelo abarca o contiene, conforme a su naturaleza, el derecho de edificar sobre ese suelo, en cualquier circunstancia, ha estado latente durante mucho tiempo.

Consecuentemente, las derivaciones que ha supuesto la falta de ejercicio de esa potestad administrativa han ido más allá de su consideración como mera técnica jurídico-urbanística, y han sido la causa del reconocimiento de un valor a la edificación ilegal.

2º.- Aunque ciertamente el derecho al valor de lo edificado no lo creaba el hecho de que la Administración no ejercitara su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, en la práctica, con la legislación anterior y en aplicación de unos concretos criterios jurisprudenciales, si la

Administración no actuaba y pasaban unos concretos plazos, el propietario de lo edificado ilegalmente tenía derecho a percibir por ella un valor urbanístico, lo cual presuponía que en cierto modo patrimonializaba la construcción ilegal, cosa que no ocurría si se ejercitaba en plazo la referida potestad y se demolía lo construido.

3º.- Frente al principio de legalidad ha prevalecido el principio de seguridad jurídico-privada, en base al cual se ha justificado la existencia de los plazos para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, con el fin de garantizar el tráfico jurídico privado de las construcciones.

II.- DESPUES DE LA LEY 8/2007

1.- La falta de ejercicio del poder de protección de la legalidad urbanística ya no puede constituir un hecho jurídico del que se derive, a la postre, la patrimonialización de un valor urbanístico por parte del propietario del suelo de una edificación ilegal. Porque el legislador estatal ha realizado una actualización efectiva del derecho fundamental de propiedad privada del suelo, concordando todos los componentes que configuran el contenido de dicho derecho estatutario.

La clave la ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, al interpretar que el derecho de propiedad del suelo se conforma por su régimen jurídico y por el régimen de valoración del suelo. De forma que son ambos regímenes, que están ligados intrínsecamente, los que constituyen básicamente el régimen urbanístico del derecho de propiedad privada del suelo. Ese régimen urbanístico es producto de la concordancia de ambos regímenes llevada a cabo por la legislación estatal de suelo.

Los dos regímenes se han acoplado de forma armonizada en la legislación de suelo estatal y esta fusión está empezando a tener presencia en la jurisprudencia.

Pese a que se siga tolerando desde la legislación urbanística autonómica una obra ilegal, por limitar temporalmente, con plazos de caducidad o de prescripción, las posibilidades de reacción frente a la misma, no puede considerarse que dicha obra se incorpore al patrimonio del propietario del suelo, porque es la legislación estatal la que determina los sistemas legales de adquisición del contenido del derecho de propiedad del suelo y la valoración de la facultad de edificar.

2.- La Ley de Suelo estatal ha conseguido fusionar el régimen de valoración con el régimen jurídico básico del suelo, de manera que ambos son determinantes para establecer el contenido básico del derecho de propiedad del suelo. De este modo, tanto el Título I, como el Título II del TRLS/2008 conformarían el régimen urbanístico básico, al que se uniría el Título III, para establecer dicho contenido general.

En el Título III se contiene el régimen que atañe al valor urbanístico del suelo, que como se ha puesto de manifiesto, tiene un mayor alcance jurídico que el que puedan tener los simples criterios de valoración económica de bienes.

Puesto que en ese valor entra en consideración, tanto su aspecto de equiparación dineraria del bien, como el de cualidad extrínseca del suelo, esto es, el relativo a los atributos alcanzados o características adquiridas tras un proceso legal de transformación de los terrenos. Porque la valoración no sólo permite determinar con objetividad el valor de sustitución del bien en el mercado, sino cuáles han de ser las cualidades que el bien ha incorporado legalmente para poder integrarse en el patrimonio de la persona titular del suelo y ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales eficaces.

Los criterios legales de valoración determinan el alcance patrimonial de las facultades que pueden formar parte del contenido del derecho de propiedad privada del suelo, para que, materializadas conforme a la legislación estatal, puedan formar parte de ese conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales, cuya titularidad corresponde al dueño del suelo y constituyen su patrimonio.

3.- La concepción estatutaria de la propiedad del suelo, implica la consideración de que es la Ley, con la cohesión de los regímenes de valoración y jurídico del suelo, y la ordenación urbanística particular la que define, en cada momento, el contenido del derecho de propiedad del suelo, por medio de la categorización de dicho suelo, al vincularlo a concretos destinos urbanísticos.

El Estado es competente para regular la adquisición del contenido urbanístico general del derecho de propiedad del suelo susceptible de apropiación privada. La derivación más importante que se puede extraer de esta función legislativa es la consecución de la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental de propiedad privada del suelo.

Para asignar un valor urbanístico al suelo, producto de la vinculación de los regímenes de valoración y jurídico, la Ley de Suelo se ocupa de la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico en todas sus vertientes, esto es, del sistema de adquisición de la edificabilidad, desde la previsión de la misma en el planeamiento, hasta su adquisición y posterior materialización.

Entre otros efectos dimanantes de la nueva legislación de suelo, debe desecharse la posibilidad de realizar valoraciones de suelo en las que se presuma que el aprovechamiento que establece el planeamiento pertenece al propietario de dicho suelo por el mero hecho de haberse aprobado el correspondiente plan, porque sólo se puede hablar de un derecho consolidado cuando se ha patrimonializado conforme a los requisitos marcados por la Ley (art. 7 TRLS/2008).

4.- Es muy significativo cómo se ha identificado el Título I de la Ley de Suelo de 2008: *CONDICIONES BÁSICAS DE LA IGUALDAD EN LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES DE LOS CIUDADANO*, porque, a mi entender, del principio de igualdad se infiere que, si la falta de actuación de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística fuera un modo de adquirir el valor urbanístico de una edificación ilegal, se generaría en la práctica una

desigualdad en el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliario y la vulneración de un principio constitucional.

Puesto que, ante el mismo supuesto de vulneración de la legalidad por parte de los propietarios de suelo y de incumplimiento de obligaciones debidas por la Administración, serían diferentes las consecuencias jurídicas para los propietarios de suelo, en función de que en unos casos se ejercitara la potestad de restablecimiento de la legalidad y en otros no, y dependiendo de los distintos supuestos y plazos que se establecieran en cada legislación autonómica para la prescripción o caducidad de la acción de restauración de la legalidad.

5.- Sólo cuando la acción de edificación se ajusta a Derecho, pueden casar las regulaciones civiles y urbanísticas sobre el derecho de propiedad del suelo, de modo que, si no se respeta la legalidad, es preciso que se ejerza la potestad de restablecimiento de la misma, para que no quede la edificación ilegal en una situación indefinida similar a un "*Limbo*", debido a cuanto se manifiesta a continuación.

a.- Porque, para dar nacimiento al derecho de accesión se han de cumplir las leyes. La ilegalidad daría paso a una posesión del bien, que podría llegar a convertirse en derecho de propiedad mediante el instituto de la usucapión, pero el plazo de tiempo de posesión hábil para usucapir no empezaría a correr hasta que no finalizaran los diferentes plazo de caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística, con lo que la inseguridad y la desigualdad son más que evidentes.

Consiguientemente, opino que difícilmente es admisible la concepción civil clásica del derecho de propiedad del suelo, porque no es factible aplicar la accesión a la propiedad del suelo de lo construido de manera ilegal y porque, si se aplican plazos legales de prescripción o caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística, la usucapión extraordinaria no se produciría trascurridos los plazos que determina el Código Civil, sino que además de esos plazos, habría que considerar los que

cada legislación autonómica determinara para la acción de restablecimiento de la legalidad. Con lo que, como se ha indicado, la inseguridad jurídica sería lo que verdaderamente imperara, contrariamente a lo que ha justificado tradicionalmente la implantación de los plazos de caducidad.

La incongruencia derivada del establecimiento de plazos de caducidad o prescripción de la acción de restauración de la legalidad, se hace también patente, si se compara con lo preceptuado en el artículo 49 del TRLS/2008, que recoge determinadas pretensiones a ejercitar frente a los órganos del orden jurisdiccional civil, en el amplio plazo de treinta años, sin perjuicio de las que se puedan exigir ante los Tribunales Contencioso- Administrativos. Esas pretensiones, que en la mayoría de los casos vendrán definidas en el planeamiento o en las concretas ordenanzas municipales reguladoras de la actividad edificatoria. Este dato se agrava si se atiende a la relación de coexistencia entre el derecho Administrativo y el Penal en esta materia.

b.- Las potestades administrativas son un imperativo de actuación para los órganos públicos administrativos, su ejercicio es una fuente de obligaciones. Si no se ejercita la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, siempre dará lugar a que judicialmente se condene a la Administración a que inicie el procedimiento administrativo, que concluya con el acto de demolición de la edificación ilegal, entendiéndose que es un supuesto de inactividad formal-procedimental susceptible de recurso contencioso administrativo.

En definitiva, no se puede concebir la prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística como una obligación sometida a plazo. Si existe un plazo previsto en las leyes autonómicas para que la Administración adopte determinadas medidas, éste corresponde indudablemente al ejercicio de un Poder, por lo que tal plazo no puede ser un término fatal de caducidad del ejercicio de la potestad, ya que esto atentaría contra el principio de legalidad, contra lo dispuesto en los artículos 103 y 149.1,1 de la CE.

6.- ¿Qué razón jurídica o título podría alegar o invocar la Administración para no actuar una potestad, que no puede dejar de ejercitarse?

Considero que la respuesta a esta pregunta es que no existe ninguna causa jurídica en base a la cual se pudiera eludir el deber de ejercitar la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística. Ese ejercicio debe consistir en la incoación del correspondiente procedimiento administrativo, necesario para la apreciación de si cabe o no, lo que debe considerarse en puridad una técnica jurídica, esto es, la demolición como medida.

Por eso, siendo manifiesto que el derecho material objeto de este estudio no es puramente autonómico, entiendo que es cuestionable que los ordenamientos autonómicos creen configuraciones singularizadas, en el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, que, en la práctica, generen la desigualdad en el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria por parte de titulares de estos bienes, por el mero hecho de estar éstos ubicados en una comunidad autónoma o en otra.

Lógicamente considero que, si se prohíbe que el modo de cálculo, las fórmulas o métodos aplicables a la valoración inmobiliaria, pudieran ser diferentes, no se pueden concebir la aplicación de parámetros dispares respecto del tiempo durante el cual se puede ejercer la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, de forma que, en una comunidad autónoma se legisle un plazo de caducidad, o de prescripción, de cuatro años y en otras el de seis u ocho años, e incluso que se declare la imprescriptibilidad de la acción de restauración de la legalidad.

Se percibe fácilmente que toda la exposición la he supeditado a poder mostrar las consecuencias que dimanarían del incumplimiento de la legalidad urbanística al levantar un edificio, principalmente la que revela que el valor urbanístico de lo edificado contraviniendo la normativa urbanística no puede ser adquirido por el propietario del suelo, en que radica la edificación ilegal, aunque prescriba o caduque el ejercicio de la potestad de la Administración Pública de restablecer dicha legalidad, aserto que confirman los criterios de

valoración recogidos en el RDL 2/2008, de 20 de junio, al considerar la edificación ilegal a esos efectos, así como diversos principios generales del Derecho.

El ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística es un medio jurídico, un procedimiento que se ha de seguir para llegar al fin concreto de restablecer el orden jurídico y físico vulnerado en la práctica. El reverso de esta técnica jurídico-administrativa, la inactividad, no puede representar un sistema de obtención de un valor por parte de quien infringe el ordenamiento jurídico.

Como colofón a cuanto se ha expuesto, pienso que habría que descartar conductas dirigidas a conseguir por la vía de los hechos consumados lo que jurídicamente resulta imposible, puesto que esos hechos han originado la generalización de conductas antijurídicas desde el ámbito urbanístico, ante la pasividad o tolerancia de la Administración que no ha ejercitado la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, a cuya actuación viene obligada por el Ordenamiento Jurídico. Esta situación ha conllevado la negación de principios elementales en un Estado de Derecho y la falta de preservación de unas condiciones medioambientales adecuadas.

XII.- BIBLIOGRAFIA.

Las opiniones, teorías y consideraciones de la Doctrina jurídica, integrantes de la bibliografía que se relaciona a continuación, ha ejercido un papel muy relevante en el estudio realizado. La misma se compone de manuales, monografías y artículos de revistas jurídicas.

ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José A. *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo*. Pamplona 1983.

AYALA MUÑOZ y Otros. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*. THOMSON ARANZADI, 2008.

AYUSO RUIZ-TOLEDO, Mariano, *El silencio administrativo en materia de urbanismo: planes, programas, proyectos de reparcelación y licencias. La documentación del acto ficticio en el ámbito extrajudicial*. En *Curso Práctico de Derecho Urbanístico Valenciano*, Editorial TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2006.

ARREDONDO GUTIERREZ, José M. *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*. Editorial COMARES, 2000.

BAÑO LEÓN, José M. *La distinción entre Derecho Fundamental y Garantía institucional en la Constitución Española*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, nº 24, Septiembre-Diciembre 1988.

- *Derecho Urbanístico Común*. Editorial IUSTEL, Madrid, 2009.

BARRANCO PEREZ, M^a Teresa. *Aplicación del principio de proporcionalidad en las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*. Universidad Internacional de Andalucía, 2010.

BARCELONA LLOP, Javier. *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia*. TÉCNOS, Madrid 1996.

BERMEJO VERA, J. "Las técnicas de reducción del contenido del derecho de propiedad y las especialidades expropiatorias sectoriales: supuestos que aconsejan la revisión de la normativa vigente" *Documentación Administrativa* nº 222, pág 168.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*, CIVITAS, Madrid, 2002.

BOQUERA OLIVER, J M, *Estudios sobre el acto administrativo*, IVITAS, Madrid 1988.

BURRIEL DE ORUETA, Eugenio, "Los límites del planeamiento urbanístico municipal. El ejemplo valenciano", *Doc. Anál. Geografía*, 54, 2009; "La década prodigiosa del urbanismo español (1997-2006)" *Scripta Nova*, vol.XII, nº 270, 2008.

CALVO SAN JOSÉ, M^a José, *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística* Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Vitor 58, 2000, pág 384 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Segundo, *Derecho de Cosas*, volumen primero, Ed. REUS, S.A., Madrid 1992.

CASTILLO BLANCO, Federico A. *Régimen Jurídico de las Actuaciones Urbanísticas sin Título Jurídico Autorizante*. Editorial ARANZADI, S.A. 2006.

CARRILLO DONAIRE, J.A. *Las servidumbres administrativas: delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*. Editorial LEX NOVA, 2003, pág 72 a 98.

CLIMENT BARBERÁ, Juan. *La cooperación estatal y autonómica en los servicios municipales* en *Tratado de Derecho Municipal*, Editorial CIVITAS, Madrid 2003.

CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan M. *Las potestades administrativas*, Ed. Tecnos, Madrid 1986 y *Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder*, en *REDA* 38,1983.

DE VICENTE DOMINGO, Ricardo. *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Editorial ARANZADI THOMSON REUTERS, 2014.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*. *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinación y presentación, Sebastián Martín-Retortillo, CIVITAS, Madrid, 1991. -- Vol. II (p. 1257-1270).

- *La prescripción extintiva (en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, THOMSON-CIVITAS, Madrid 2003.

DÍEZ SANCHEZ, J.J., *La protección de la legalidad urbanística en Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, Ed. LA LEY, Madrid 2006.

DOMINGO ZABALLOS, M.J., *El deber de edificar y las consecuencias de su incumplimiento en la Ley de Suelo-2007. Incidencia sobre la legislación urbanística valenciana*. *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 240, MONTECORVO, Madrid, 2008.

ENTRENA CUESTA, Rafael. *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos*. Marcial Pons, Madrid 1999.

ESCUIN PALOP, Vicente: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, THOMSON CIVITAS, 2004.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás R., El estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, RUE Aranzadi 16/2007. Manual de Derecho urbanístico, EL CONSULTOR, Madrid, 1991.

- Manual de Derecho Urbanístico, Ed. CIVITAS, Navarra, 2014.

FUERTES, Mercedes, Urbanismo y Publicidad Registral, Editorial MARCIAL PONS, Madrid, 2001.

GALLEGO ANABITARTE, A., Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales, Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente nº 225, de 2006.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. Y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, CIVITAS, Madrid 1981.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. HERNANDEZ SALGUERO, E. CEBRIÁN HERRANZ, L. Y RUBIO PÉREZ, P. Urbanismo. La Propiedad ante el urbanismo. Planificación y gestión urbanística. Licencias y disciplina urbanística. Expropiación forzosa. Ed. COMARES, Granada, 2007.

GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, TECNOS Madrid 1994.

- *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*. Revista de Derecho Administrativo, núm.94, 1997.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Décima Edición, Madrid, CIVITAS, 2006.

GARCÍA -TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, CIVITAS, 1991.

GARCÍA VALDERREY, Miguel Ángel, *La multa coercitiva como medio de ejecución forzosa de las órdenes de ejecución*, Práctica Urbanística nº 79, de febrero de 2009.

GOMÁ SALCEDO, José E. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo I, Parte General y Derechos Reales, Ed. BOSCH, Barcelona, 2004.

GÓMEZ PUENTE, M., *La Inactividad de la Administración*, Editorial ARANZADI, Navarra 2011.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley sobre Régimen del suelo y valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*, Editorial CIVITAS, Madrid, 1998.

- *Sobre la Ejecutoriedad de los actos administrativos*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 316, 1954.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *La vía de hecho administrativa*, Editorial TECNOS, Madrid, 1994.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, LEX NOVA.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, TECNOS 1991.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, TECNOS, Madrid, 1988.

LOPEZ RAMON, Fernando, *Límites Constitucionales de la Autotutela Administrativa*, Revista de Administración Pública, Núm.115, enero-abril 1988.

LORENTE PINAZO, Jorge y otros, *Libro Homenaje a José Luis Lorente Tallada, Urbanismo en la Comunidad Valenciana*, TIRANT LO BLANC, Valencia, 2008.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Los Derechos Fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones*. Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 15 de diciembre de 1999.

- *Los derechos Fundamentales y la Constitución a los veinticinco años*. Revista electrónica de Derecho. Universidad de la Rioja (REDUR), nº 2, 2004.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*. Ed. CIVITAS, Madrid 1996.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones*. Revista de Administración Pública nº 150, 1999.

MENÉNDEZ REXACH, A. *"La propiedad en la nueva Ley del Suelo"*, Revista de Derecho Privado y Constitución nº 3, 1994.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *El planeamiento urbanístico, en la obra colectiva dirigida por el mismo autor: Tratado de Derecho municipal*, Ed. CIVITAS, Madrid, 1988.

- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, CIVITAS, 2004, Madrid.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *El desgobierno de lo público*, Editorial ARIEL, Barcelona, 2008.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte General*, EDERSA, Madrid, 1986.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I Parte General*, MARCIAL PONS Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.

- *"Evolución y crisis del instituto expropiatorio"* en Documentación Administrativa nº 222 (abril-junio 1990).

- "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas", RAP nº 100-102, vol. II, pág 1139.

PARDO FALCÓN, J. "El Tribunal Constitucional y la propiedad", en el volumen colectivo: Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado, coordinado por JAVIER BARNÉS, TECNOS, Madrid, 1995.

PAREJO ALFONSO, L. *Derecho Administrativo*, ARIEL, Barcelona 2003.

PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F. *Derecho Urbanístico Valenciano*, Ed. TIRANT LO BLANCH, 1999.

PAREJO ALFONSO, Luciano; ROGER FERNANDEZ, Gerardo; *Comentarios al TRLS R.D.L. 2/2008, 20 de junio*. Editorial IUSTEL, 2009.

-Comentarios a la Ley del Suelo, Ed. TIRANT LO BLANCH, Tratados, Valencia, 2014.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. *Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo*. Revista Aranzadi Doctrina nº 3/2009.

RENAU FAUBELL, Fernando, *Manual de disciplina urbanística de la Comunidad Valenciana*, IUSTEL, 2008.

REY MARTINEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución Español*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Nº 20, enero/abril 1995, pág 239.

-*El devaluado derecho de propiedad privada*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra. Rev. Persona y Derecho, 55 (2006): 959-995.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, *Demoliciones urbanísticas y buena fe dominical*, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, parte Doctrina, Nº 24/2001, Ed. ARANZADI, S.A., Pamplona, 2011.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ignacio, *El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: La demolición de la construcción o edificación ilegal*. Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, 30 de enero de 2008.

ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1964.

ROMERO ALOY y ROMERO SAURA, "*La zonificación urbanística*", La Ley, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, FJ y SÁNCHEZ -CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, 4º edición, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2015.

SANCHEZ GONZÁLEZ. J.F. *La coordinación del procedimiento sancionador y del procedimiento para la restauración de la legalidad urbanística y la incidencia en los mismos de las instituciones de la caducidad y de la prescripción*. Revista digital del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), nº 19 abril a junio de 2013.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho Administrativo General Tomo II*, IUSTEL, 2009.

SANTOS DIEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico Manual para Juristas y Técnicos*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2005.

- Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos, La Ley- El Consultor, 2012.

TARDÍO PATO, José Antonio. *Caducidad y prescripción en el ejercicio de la potestad para la restauración de la legalidad urbanística*" Revista Urbanismo y Edificación, Editorial ARANZADI, año 2005.

SUSTAETA ELUSTIZA, Ángel, *Propiedad y Urbanismo*. Editorial MONTECORVO, 1978.

TORRES MARTINEZ, J .*El restablecimiento de la legalidad en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Práctica Urbanística, núm. 72, junio 2008.

VILLANUEVA LÓPEZ, Ángel. *A vueltas con la restauración de la legalidad urbanística: especial referencia a la caducidad de la acción y sus consecuencias*. Práctica Urbanística nº 96, año 2010.

Valencia, octubre de 2015.

M^a PILAR PARRIZAS COLLADO