

Supuestos indemnizatorios en la nueva Ley del Suelo de 1998

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA NO CONFIERE DERECHO A INDEMNIZACIÓN. II. INDEMNIZACIÓN POR ALTERACIONES DEL PLANEAMIENTO. 1. Regulación legal. Supuestos posibles. 2. Requisitos de la responsabilidad. 3. La acción administrativa dañososa: la alteración de un Plan urbanístico. 4. La producción de un daño efectivo: el derecho lesionado. A) En la LS de 1976. B) En la LS de 1992. C) En la LS de 1998: a) Supuesto de que no exista licencia de edificación. b) Supuesto de que ya exista licencia de edificación. 5. La acción de responsabilidad. 6. Administración responsable. III. INDEMNIZACIÓN POR LIMITACIONES SINGULARES. IV. INDEMNIZACIÓN POR ANULACIÓN DE LICENCIAS, DEMORA INJUSTIFICADA EN SU OTORGAMIENTO O DENEGACIÓN IMPROCEDENTE. 1. Introducción. Supuestos posibles. 2. Evolución normativa. 3. Los requisitos de la responsabilidad: A) Daño o perjuicio. B) Inexistencia del deber jurídico de soportar el daño (lesión resarcible). C) Relación de causalidad: a) La *exceptio doli*: dolo o culpa grave del perjudicado. b) Supuestos de culpa leve. 4. La acción de responsabilidad. A) Sujetos de la misma. B) Vías procesales de ejercicio de la acción: a) La vía administrativa. b) La vía civil. 5. La extensión de la reparación: conceptos indemnizables.

ABREVIATURAS:

- LS/56: Ley de Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956
LS/76: Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (aprobado por R.D. 346/1976, de 9 de abril)
LRRU: Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (n.º 8/1990, de 25 de julio)
LS/92: Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (aprobado por R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio)
LRJPC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LS/98: Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones
LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA NO CONFIERE DERECHO A INDEMNIZACIÓN

La legislación del suelo ha contenido tradicionalmente un principio general en cuanto al resarcimiento derivado de las alteraciones de la ordenación urbanística, que consiste en que éstas no generan indemnización como regla general.

Este principio se encontraba ya en el art. 87.1 LS/76, el cual señalaba que «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en la presente Ley». Por su parte, la LS/92 recogía también este principio en el art. 6: «*No indemnizabilidad por la ordenación*: La ordenación del uso de los terrenos y construcciones no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos que la Ley define».

La nueva LS/98 incorpora este mismo principio en el art. 2.2: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes».

El principio que comentamos deriva del llamado «carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria», recogido en el art. 2.1 LS/98 (y antes, en el art. 76 LS/76 y en los art. 5 y 8 LS/92). En palabras del primero de ellos, «las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios».

Este carácter significa, en palabras del Tribunal Supremo, que el contenido de la propiedad inmobiliaria «será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, siendo pues lícita la modificación de ésta, modificación que, por otra parte, no debe dar lugar a indemnización en principio dado que las facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación urbanística vigente en cada momento» (STS de 17 jun.1989)

Aplicando este principio al ámbito de la responsabilidad, ello significa que son la Ley y el Plan quienes crean y configuran los derechos de aprovechamiento urbanístico de los particulares y, en consecuencia, no hay derechos oponibles frente a dicha ordenación, salvo en los casos previstos en la propia Ley.

El principio general es entonces la no indemnizabilidad por la ordenación urbanística. Pero ya se ha advertido que la propia LS/98 contempla algunas excepciones, que se pueden resumir en varios supuestos¹:

- indemnizaciones por alteración del planeamiento:
 - cuando todavía no existe licencia de edificación (art. 41),
 - cuando ya existe licencia otorgada (art. 42);
- indemnización de los gastos efectuados en el proceso urbanizador (art. 44.2);
- indemnización por limitaciones singulares (art. 43);
- indemnizaciones por anulación de licencias, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente (art. 44.1).

De estos supuestos, vamos a tratar aquí de los dos primeros conjuntamente (en definitiva, de la indemnización por alteraciones del planeamiento), y a continuación los otros dos.

II. INDEMNIZACIÓN POR ALTERACIONES DEL PLANEAMIENTO

1. REGULACIÓN LEGAL. SUPUESTOS POSIBLES

Los art. 41 y 42 LS/98 regulan este tema, completados por el 44.1. El art. 42 para los casos en que ya se haya obtenido la licencia correspondiente, distinguiéndose a su vez entre que las obras no estén iniciadas o que ya lo estén, y el art. 41 para la hipótesis de que todavía no se haya obtenido licencia. Éste es entonces el precepto de ámbito más amplio, ya que incluye implícitamente varios supuestos.

En conjunto podemos sistematizar los distintos supuestos de alteración del planeamiento de la siguiente manera:

a) Indemnización por alteración de Planes, cuando no existe licencia de edificación: art. 41.1 y art. 44.

b) Indemnización por alteración de Planes, cuando ya se ha otorgado licencia de edificación:

- obras no iniciadas: art. 42.1 y art. 44,
- obras iniciadas: art. 42.2 y art. 44.

2. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD

Los requisitos para que exista indemnización por alteración de Planes son los generales de la responsabilidad de la Administración:

¹ Sobre los distintos supuestos posibles, véase L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico* (Lección de apertura del curso 1993/94), Universidad de Cantabria, 1993.

- una acción administrativa que produzca una lesión resarcible,
- un resultado dañoso, que recibe el nombre técnico de *lesión* (daño antijurídico que el perjudicado no tiene el deber de soportar), debiendo revestir el daño los caracteres descritos en la propia norma,
- la existencia de relación de causalidad entre aquella acción y este daño.

Estos requisitos se derivan de la aplicación de los preceptos generales sobre responsabilidad de la Administración (arts. 139 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en adelante, LRJPC), aunque la LS/98 ofrece importantes especificaciones en cuanto a algunos de esos requisitos.

En este sentido, los art. 41 y 42 constituyen un supuesto particularizado de responsabilidad patrimonial de la Administración. Así parece confirmarlo el enunciado del 41: la modificación o revisión de los Planes «sólo podrá dar lugar a indemnización por reducción de aprovechamientos si...». Es decir, que la alteración de los Planes no entraña derecho a indemnización de modo necesario, sino sólo cuando concurren todos los requisitos generales de la responsabilidad y, en concreto, los descritos en ese mismo precepto.

3. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA: LA ALTERACIÓN DE UN PLAN URBANÍSTICO

El primer requisito era la acción administrativa dañosa. Ésta consiste, según el tipo legal, en «la modificación o revisión del planeamiento», lo que significa que:

- cualquier alteración del planeamiento (sea revisión, sea modificación) es susceptible de generar el daño indemnizable;
- la alteración puede ser de cualquier tipo de Plan, incluidos pues los Planes Generales (el art. 87.2 LS/76 sólo se refería a los Planes Parciales, Planes Especiales y Programas de Actuación Urbanística, mientras que la LS/92 hablaba también de la «modificación o revisión de los Planes».

Por supuesto la responsabilidad no nace hasta que se aprueba definitivamente y se publica la modificación o revisión del Plan.

4. LA PRODUCCIÓN DE UN DAÑO EFECTIVO: EL DERECHO LESIONADO

El art. 41.1 LS/98 señala que la alteración del planeamiento sólo podrá dar lugar a indemnización «por reducción de aprovechamiento» si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución o, transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiese llevado a efecto por causas imputables a la Administración. El precepto supone así un cambio notable respecto de la anterior regulación de la LS/92 y una vuelta a la regulación de la LS/76, como enseguida veremos. Analicemos entonces las líneas básicas de las tres Leyes del Suelo citadas.

A) *La Ley del Suelo de 1976*

Al igual que la LS/98, la Ley de 1976 no definía propiamente los requisitos del daño o lesión —que se remitían a la teoría general de la responsabilidad de la Administración—, sino sólo los *condicionamientos externos* de la actuación dañosa: que ésta se produjera antes de transcurrir ciertos plazos (los de ejecución de los planes), o —transcurridos aquéllos— que hubiera falta de ejecución imputable a la Administración. Como es sabido, el art. 87.2 de la Ley decía que «la modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecida en los Planes sólo podrá dar lugar a indemnización si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos Planes o Programas, o transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración».

Si se daban entonces esas circunstancias, podía existir responsabilidad de la Administración o no, en función de la concurrencia de todos los requisitos generales de la misma, determinados no en la Ley del Suelo sino en otra normativa distinta (la de expropiación forzosa y la de régimen jurídico de la Administración del Estado). De ahí la expresiva redacción del art. 87.2: la modificación de la ordenación «sólo podrá dar lugar a indemnización si...». No existía, pues, responsabilidad de modo necesario por la mera alteración del Plan, sino que la Ley la preveía únicamente como una posibilidad derivada de la misma, siempre que se dieran los requisitos señalados en la normativa general de responsabilidad.

En el sistema de la LS/76, el problema más oscuro a determinar consistía en averiguar cuáles eran los derechos efectivamente lesionados que había que indemnizar en caso de alteración anticipada del Plan o, lo que es lo mismo, determinar el daño resarcible.

La jurisprudencia había precisado algo el tema, pero de manera insuficiente. Y así, exigía varias condiciones para que procediera la indemnización, como que la alteración afectara a un Plan en su fase final de realización; que se hubieran cumplido los requisitos o cargas de la ordenación anterior; y que la modificación produjera una discriminación entre el conjunto de propietarios afectados, por cuanto algunos no pudieran obtener beneficios a pesar de haber cumplido las cargas.

Es especialmente significativa de esta línea jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987, que constituye el punto de partida de la jurisprudencia recaída sobre la materia en los últimos años. La sentencia precisa que:

«Habrà que determinar en qué momento surgen derechos que sean susceptibles de sufrir aquella lesión, concretamente si nacen de la mera aprobación del planeamiento o si por el contrario es necesario que concurren otros presupuestos. Con este planteamiento importará recordar el sistema de definición del derecho de propiedad del suelo en nuestro ordenamiento.

El punto de partida es el del contenido del dominio en el suelo no urbanizable, aprovechamiento exclusivamente agrícola, ganadero o forestal. Dado que en tales supuestos no se establece indemnización alguna —art. 87.1 LS—, es claro que la ley de nada ha privado al propietario. Y al propio tiempo, como tampoco añade nada al contenido natural de la propiedad, no se le imponen deberes especiales.

En cambio, en el suelo urbano y urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. No será justa esta adición de contenidos si se produjera pura y simplemente y por ello, como contrapartida, en tales supuestos se imponen importantes deberes —art. 83.3 y 84.3 LS—, cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal dada la complejidad de su ejecución. Pues bien, sólo cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha «ganado» los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial.

No basta, así, el Plan de detalle para atribuir un derecho derivado del destino urbanístico del suelo previsto en aquél. Tal derecho sólo se adquiere, sólo se patrimonializa, cuando el propietario, cumpliendo sus deberes, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio. Es evidente la conexión causal existente entre deberes, por un lado, y aprovechamientos urbanísticos, por otro. Sólo el cumplimiento de aquéllos confiere derecho a éstos.

Por ello, sólo cuando el Plan ha llegado a la «fase final de realización» (Ss. de 29.09.1980, 14.06.1983, 10.04.1985) se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el artículo 87.2...».

A partir de esta sentencia, la jurisprudencia ha reiterado machaconamente los mismos criterios (por ejemplo, en las sentencias de 5.01.1990; 25.02, 30.07 y 24.11 de 1992; 26.01, 6.04, 25.05, 21.06 y 28.09 de 1993; 7.12.1994; 9.12.1997, etc.). En palabras, por ejemplo, de la STS de 10 de abril de 1995, «solamente cuando se han cumplido tales deberes puede decirse que se han ganado los contenidos artificiales que se añaden al derecho inicial o que éste se ha patrimonializado por haber llegado el Plan a su fase final de realización».

Esta jurisprudencia derivaba, en definitiva, de la concepción que la Ley tenía del *ius aedificandi*, expresada con precisión en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de la LS/56 (la Ley de 2 de mayo de 1975). Dicha Exposición señala respecto a este punto que

«la aptitud para edificar la da el Plan, pero el derecho a edificar se condiciona, con todas sus consecuencias, al efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas que se imponen al propietario dentro de los plazos previstos en el propio Plan.

La expectativa de destino urbano se produce escalonadamente en varios momentos. El Plan General, salvo en suelo urbano, vincula negativamente determinados terrenos, cerrando la posibilidad de su futura urbanización. Para los demás, se limita a orientar el criterio de futura programación, pero sin prejuzgar ninguna expectativa concreta.

La regulación del uso de unos terrenos a nivel de Plan Parcial consolida de forma concreta la expectativa de urbanización. Sin embargo, esta expectativa tampoco es definitiva si no va inmediatamente seguida de la ejecución de la urbanización y del cumplimiento por el propietario de sus obligaciones y cargas. Por el contrario, queda condicionada a unos plazos de caducidad. Ese plazo de caducidad tiene un efecto de garantía múltiple: para la seguridad del tráfico jurídico este plazo garantiza que, antes de su transcurso, cualquier reducción del aprovechamiento implica expropiación y, por lo tanto, tiene que ser indemnizado por la Administración que adoptó la decisión. Para el interés público, asegurando de una parte que, transcurrido dicho plazo, se podrán reconsiderar las circunstancias y adoptarse una nueva decisión sin ninguna cortapisa, y de otra, reduciendo considerablemente el riesgo y la trascendencia de las calificaciones que no vayan seguidas de inversiones efectivas e inmediatas, y estimulando de un modo indirecto, que se espera eficaz, la necesaria oferta de suelo».

De este modo, la jurisprudencia recaída sobre el art. 87.2 LS/76 había concretado con una precisión razonable los casos en los que procedía indemnización por las reducciones de aprovechamiento urbanístico provocadas por la alteración de los Planes; la idea fundamental al respecto era que el derecho al mismo no se adquiere

por la mera aprobación del correspondiente plan de detalle, sino que precisa el cumplimiento de los deberes urbanísticos básicos. Por lo tanto, sólo en este caso podía hablarse en puridad de que el aprovechamiento ya se tenía y que había sido reducido por la modificación o revisión del Plan.

B) *La Ley del Suelo de 1992*

El art. 237.1 de esta Ley era el que contenía el criterio general en la materia: «La modificación o revisión de los Planes sólo conferirá derechos indemnizatorios si los aprovechamientos susceptibles de apropiación derivados del nuevo planeamiento fueran inferiores a los resultantes del anterior, siempre que éstos hubieran sido ya patrimonializados y no pudieran materializarse».

El precepto requería, en cuanto al daño, que los aprovechamientos susceptibles de adquisición derivados del nuevo planeamiento fueran inferiores a los resultantes del anterior, siempre que éstos hubieran sido patrimonializados y no pudieran materializarse. De esta manera, el artículo citado precisaba el concepto de daño, en congruencia con el requisito de «daño efectivo» que demanda la legislación general de la responsabilidad administrativa (art.139.2 LRJPC). De modo que, según la LS/92, sólo se indemniza la pérdida de aquellas facultades urbanísticas que se hubieran adquirido y se ostenten realmente en cada momento («patrimonializado») y siempre que no pudieran llevarse a la práctica («materializarse»).

Con esta regulación, la incertidumbre del art. 87.2 LS/76 en cuanto a los derechos lesionados parecía acabada: mientras subsista alguno de estos derechos, la alteración del planeamiento que impida su materialización conlleva el resarcimiento. Lo que se indemniza, pues, es el derecho ya adquirido y no realizable, o sea, el derecho (o la parte del mismo) sacrificado por la alteración del Plan.

En este punto, la novedad de la regulación fue importante. Con ello, la LS/92 pasó de contemplar el tema desde la *perspectiva objetiva* de la alteración (la anticipación con respecto al plazo previsto) a la *perspectiva subjetiva* (el derecho o facultad no realizable).

A tenor entonces del art. 237.1, son tres los conceptos que debían tenerse en cuenta a efectos del derecho lesionado: el aprovechamiento patrimonializado con base en el planeamiento anterior; el aprovechamiento susceptible de apropiación según el nuevo planeamiento; y la imposibilidad de materialización total o parcial de aquél.

Este precepto partía entonces de la base de que mientras no existe adquirido el «derecho al aprovechamiento urbanístico», no

hay derecho sacrificado alguno, por lo que no procede indemnización. En consecuencia, no hay derecho a indemnización si la alteración del Plan opera sobre suelo no urbanizable, suelo urbanizable no programado o suelo urbanizable programado sin Plan Parcial aprobado. Tampoco hay indemnización cuando se trate de suelo urbano o suelo urbanizable programado en los que sólo se hubiera adquirido el «derecho a urbanizar», sin perjuicio de que se valoren los gastos a que se refiere la «cláusula residual de indemnización» del art. 241 LS/92. No se aplica entonces —como tal vez podría argüirse— el criterio del art. 51 LS/92 (valor inicial del terreno más el 50 por 100 del coste estimado de urbanización).

En resumen, creo que puede decirse que la LS/92 no hizo sino perfilar y convertir en Derecho positivo la línea jurisprudencial recaída sobre el art. 87.2 LS/76, en el sentido de que la adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico requiere el cumplimiento de los deberes urbanísticos básicos. No hay, pues, ruptura con la solución de la normativa anterior en la materia, sino más bien continuidad y profundización de la misma, a tenor de la interpretación que había hecho la jurisprudencia.

Junto a esta posibilidad de indemnización del art. 237, la LS/92 establecía una «cláusula residual de indemnización» (en su art. 241), en la que declaraba resarcibles todos los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes básicos inherentes al proceso urbanizador y edificatorio, que hubieran devenido inútiles como consecuencia del cambio del planeamiento, cláusula que ha mantenido la LS/98.

C) La Ley del Suelo de 1998

a) Supuesto de que no exista todavía licencia de edificación

La Ley distingue aquí entre las indemnizaciones por reducción de aprovechamiento (art. 41.1) y por otros gastos que hayan devenido irrecuperables (art. 44.1). Veamos cada uno de estos supuestos.

a.1) En cuanto a las *indemnizaciones por reducción de aprovechamiento*, el art. 41.1 de esta Ley ha vuelto a la formulación del art. 87.2 LS/76, con algún matiz significativo. En concreto, ahora se ha añadido a la formulación original la aclaración de que la indemnización a que se refiere el mismo es por «reducción de aprovechamiento» urbanístico, lo cual es un acierto, porque la compensación de otro tipo de perjuicios —como por ejemplo los gastos efectuados en el proceso urbanizador— se canaliza a través del art. 44.1 y no del 41.1.

De este modo, la alteración del planeamiento sólo puede dar lugar a la responsabilidad de la Administración si se dan los mismos *condicionantes externos* que en la LS/76, a saber: que la altera-

ción se produzca antes de transcurrir los plazos de ejecución de los planes, o —transcurridos aquéllos— que hubiera falta de ejecución imputable a la Administración.

Eso significa que es previsible que se mantenga en el futuro la jurisprudencia recaída sobre el art. 87.2 LS/76 —antes examinada—, dado el tenor literal prácticamente idéntico de este precepto y del art. 41.1 LS/98. Jurisprudencia que se resume en la idea ya expuesta de que el derecho al aprovechamiento urbanístico no se adquiere por la mera aprobación del correspondiente plan de urbanismo, sino que precisa el cumplimiento de los deberes urbanísticos básicos; por ello, la reducción de aprovechamiento generadora de responsabilidad sólo se puede producir si ya existe dicho cumplimiento.

Ahora bien, a pesar de la similitud entre la fórmula de la LS/76 y la de la LS/98, existe en ésta una importante novedad en cuanto a la posición de los propietarios en la acción urbanística en su conjunto y, en concreto, en el proceso urbanizador, que podría tener repercusiones en el tema que nos ocupa. Me refiero al «derecho a promover la transformación» del suelo urbanizable, instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo (art. 15). Pues bien, intentaremos demostrar a continuación que la implantación de este derecho no supone cambios respecto al tema de las indemnizaciones.

En efecto, por lo que respecta a la *forma y plazo de ejercicio*, este derecho puede ser actuado desde el momento en que el planeamiento general delimite los ámbitos del planeamiento de desarrollo o se hayan establecido las condiciones para el mismo (art. 16.1: aquí se suele hablar de suelo «sectorizado»). Y en caso de que no sea así («en otro caso»), desde que se cumplan las condiciones y determinaciones que establezca la legislación autonómica para proceder a esa transformación (art. 16.2: suelo «no sectorizado»), con lo que dicha legislación puede introducir con gran margen de libertad mayores o menores facilidades o dificultades para esa transformación.

En cuanto a su *contenido*, el derecho conlleva una doble facultad: a) presentar ante el Ayuntamiento el correspondiente planeamiento de desarrollo «para su tramitación y aprobación», cuando el planeamiento general haya delimitado sus ámbitos o establecido las condiciones para su desarrollo (art. 16.1); b) en caso contrario, el derecho de consulta a la Administración sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras que hay que realizar para asegurar la conexión con los sistemas generales exteriores (art. 16.2).

Así descrito, ¿en qué medida incide este novedoso derecho sobre el tema que analizamos? La respuesta a esta cuestión depende de la naturaleza que le atribuyamos al mismo, a saber: si se trata de

un derecho de naturaleza civil, con un contenido patrimonial determinado, o, por el contrario, si consiste en un derecho de naturaleza meramente administrativa, es decir, un derecho a que se inicie, tramite y resuelva un determinado procedimiento.

Este derecho plantea notables dudas sobre cuál es la posición del propietario en los distintos momentos posibles que van desde la aprobación del PGOU hasta la aprobación y ejecución del planeamiento de desarrollo. Por ello, creo que nos conviene analizar cada uno de los diferentes supuestos, distinguiendo entre suelo «sectorizado» (es decir, aquel en el que se hayan delimitado sus ámbitos y establecido las condiciones de desarrollo: art. 16.1) y suelo «no sectorizado» (el caso contrario):

Suelo «sectorizado» (art. 16.1)

Si el planeamiento general ya ha delimitado sus ámbitos y establecido las condiciones de desarrollo del suelo urbanizable, los propietarios tienen derecho (un auténtico derecho subjetivo de naturaleza procesal) a presentar el planeamiento de desarrollo ante la Administración, a que éste sea tramitado y a que la Administración lo apruebe dentro del marco normativo fijado por el planeamiento general. Existen entonces argumentos para sostener que el derecho tiene un cierto contenido patrimonial. Así, el art. 27.2 (que determina el valor del suelo urbanizable «sectorizado») señala que en este caso el valor del mismo se obtiene aplicando «al aprovechamiento que le corresponde» el valor básico de repercusión en polígono. Parece entonces que al suelo ya le corresponde cierto aprovechamiento, aunque no esté realmente urbanizado o transformado.

Pero el tema no es tan sencillo. De entrada, es discutible que este criterio valorativo sea aplicable a los supuestos de responsabilidad por alteración de planes, ya que el art. 23 (que es el que abre el Título sobre las valoraciones) sólo refiere las reglas de valoración «a los efectos de expropiación» (aunque por otra parte el art. 24.c) contempla el supuesto de «indemnizaciones por cambios de planeamiento», al referirse al momento de la valoración). Además, el párrafo 5.º del apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Ley, al comentar el supuesto, deja entrever que está pensando en terrenos ya «urbanizados y en condiciones de ser edificados».

Pero si analizamos a fondo el derecho, vemos que el derecho que comentamos es más bien de naturaleza jurídico-administrativa que de contenido patrimonial². Como hemos visto antes, el contenido

² En el mismo sentido, L. PAREJO ALFONSO en *El urbanismo, hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva Ley estatal*, Inst. Pascual Madoz, Univ. Carlos III, Madrid, 1997, pág. 252 y ss.

del derecho consiste fundamentalmente en la facultad de presentar ante el Ayuntamiento el correspondiente planeamiento de desarrollo «para su tramitación y aprobación», siempre que el planeamiento general haya delimitado sus ámbitos o establecido las condiciones para su desarrollo (art. 16.1). Por lo tanto, se trata de un derecho a que la Administración inicie el oportuno procedimiento, lo tramite y lo resuelva —que es el aspecto más problemático—. Pues bien, a la hora de dictar esa resolución, no parece que la Administración pierda su tradicional potestad de decisión última en materia de planeamiento —en gran parte discrecional—, su potestad en definitiva de configurar el territorio según un cierto modelo urbanístico. Porque, al resolver sobre el plan de desarrollo presentado por el particular, la Administración no está obligada a aceptar las soluciones urbanísticas propuestas por el promovente, sino que —dentro del marco normativo fijado en el planeamiento general y, por tanto, sin contradecirlo— dispone de libertad para adoptar otras soluciones distintas (usos, intensidades, tipologías diferentes), en aras de su titularidad última sobre la potestad pública de planeamiento. Así creo que se deduce del propio art. 4.1 de la Ley, cuando señala que a los entes públicos les corresponde en todo caso la dirección del proceso urbanístico, aunque deban respetar la iniciativa de los propietarios. En resumen, la Administración no está constreñida a aprobar el plan de desarrollo en los mismos términos que sean formulados por el promotor (no obstante, la oscuridad de la nueva Ley sobre los detalles de ejercicio de este derecho traslada a la legislación autonómica el problema de dar respuesta última a todas estas cuestiones tan importantes).

En consecuencia, no creo que en este periodo que va desde la aprobación del planeamiento general hasta la del planeamiento de desarrollo se pueda afirmar que los propietarios han consolidado un derecho patrimonial de aprovechamiento urbanístico. Durante ese tiempo, el propietario no consolida todavía derechos de aprovechamiento urbanístico, porque normalmente no estará precisada aún la ordenación detallada de los usos, intensidades y tipologías que se pueden llevar a cabo en sus terrenos, ya que el planeamiento general no desciende a regular esos detalles (al menos en la legislación y en la práctica urbanísticas tradicionales); así las cosas, si no están fijados los usos e intensidades pormenorizados de los terrenos, difícilmente pueden considerarse patrimonializados los mismos por el propietario del suelo, que desconoce el *quantum* y el *quid* de su derecho. Por ejemplo: si el planeamiento general sólo fija intensidades máximas, ¿cuál sería el aprovechamiento patrimonializado por el propietario en esta fase a que nos referimos?

Por ello, la situación del propietario durante ese período del que hablamos no puede dejar de ser calificado más como de una mera

«expectativa» que como un derecho subjetivo, desde el punto de vista patrimonial, tal como hacía la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de la Ley del Suelo de 1975: creo que aún puede seguir afirmándose con ésta que «la regulación del uso de unos terrenos a nivel de Plan Parcial consolida de forma concreta la expectativa de urbanización». Y, en consecuencia, un eventual cambio del planeamiento general durante ese período del que hablamos sólo afectaría a expectativas y no a derechos consolidados, por lo que no sería resarcible.

Una vez aprobado el planeamiento de desarrollo, el problema es más complicado que antes, porque ahora sí que estarán definidos los parámetros y condiciones edificatorias exactas. Pero, a pesar de ello, hay que reparar en que nos encontraremos en la misma situación de la LS/76 y de la jurisprudencia sobre ella citada, que ha establecido reiteradamente que, aunque esté ya aprobado el Plan Parcial, los derechos de aprovechamiento urbanístico no se consolidan hasta que se cumplen los deberes urbanísticos básicos. Por ello, entiendo que la situación no ha variado sustancialmente respecto de la que había con la LS/76.

Esta tesis se confirma ahora en base al art. 2.1 LS/98 («Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre... con el cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento...»). La Ley establece así una vinculación directa entre el ejercicio de las facultades derivadas de la titularidad dominical y el cumplimiento de los deberes urbanísticos, de tal manera que se puede seguir afirmando (al igual que con la LS/76 y con la LS/92) que sólo el cumplimiento de esos deberes permite la adquisición y materialización del aprovechamiento urbanístico. En este sentido, sigue siendo válida la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 cuando dice que «la aptitud para edificar la da el Plan, pero el derecho a edificar se condiciona, con todas sus consecuencias, al efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas que se imponen al propietario dentro de los plazos previstos en el propio Plan ...(.)... La regulación del uso de unos terrenos a nivel de Plan Parcial consolida de forma concreta la expectativa de urbanización. Sin embargo, esta expectativa tampoco es definitiva si no va inmediatamente seguida de la ejecución de la urbanización y del cumplimiento por el propietario de sus obligaciones y cargas». Ésta es entonces la tradición de nuestra cultura urbanística (muy consolidada en la jurisprudencia), que nace tímidamente con la LS/56, se afirma en la LS/76 y se perfecciona especialmente en la LS/92. No parece que la LS/98 haya querido romper con esa tradición. Y ésta es también la tesis más acorde con la idea de que la

«función social de la propiedad» delimita su contenido (art. 33.2 CE), ya que de lo contrario el aprovechamiento urbanístico atribuido por los planes se adquiriría por el propietario sin contraprestación alguna en beneficio de la colectividad, lo cual es rechazado expresamente por el art. 47 CE («La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos»).

Suelo «no sectorizado» (art. 16.2)

Si el planeamiento general no ha delimitado los ámbitos espaciales para su desarrollo ni establecido sus condiciones, la situación de los propietarios es mucho más clara que antes en el período que va desde la aprobación del Plan General hasta la aprobación del planeamiento de desarrollo. En este período, los propietarios desconocerán los parámetros y condiciones edificatorias de sus terrenos (que serán establecidos más tarde por el Plan Parcial), por lo que puede afirmarse con rotundidad que no patrimonializan ningún derecho de aprovechamiento urbanístico en esta fase. Además, a la hora de aprobar el planeamiento de desarrollo, la discrecionalidad de la Administración es mucho mayor que en el caso del suelo «sectorizado», porque el Plan General no le condiciona para ello, dejándole un amplio margen de libertad.

Por lo que respecta al derecho de consulta recogido en el art. 16.2, debo recordar que, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, esta consulta ha perdido el carácter vinculante que tenía inicialmente en el texto presentado por el Gobierno. Asimismo, también el resto del precepto citado ha sufrido importantes cambios, en el sentido de reducir el alcance de la consulta, aunque la redacción final resultante remite en definitiva a la legislación autonómica la regulación de «los efectos derivados del derecho de consulta». De todo ello se puede extraer la conclusión de que la Administración tampoco ve enervada (al menos en la Ley estatal) su potestad de planeamiento por el hecho de que se le planteen consultas de las previstas en el art. 16.2: en éste, la facultad a que nos referimos no excede en mucho de la posibilidad general de formular consultas urbanísticas a la Administración, para informarse del régimen aplicable a una finca o ámbito determinado (art. 6.2 LS/98 y, antes, art. 43 LS/92).

De todo lo anterior se deriva la conclusión de que el nuevo derecho a promover la transformación del suelo urbanizable es un derecho de naturaleza jurídico-administrativa; un derecho a que se inicie, tramite y resuelva el procedimiento de aprobación del plan de desarrollo. Pero, evidentemente, este derecho no llega a

conformar para su titular una situación jurídica subjetiva de contenido patrimonial. Por eso decíamos antes que la implantación de este derecho por la nueva Ley no supone cambios importantes en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración por alteraciones del planeamiento urbanístico.

a.2) Cláusula residual de indemnización

Además de la posible indemnización por reducción de aprovechamiento, la Ley establece que también deberán ser indemnizados los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador, en cuanto devengan inservibles por la nueva ordenación que se establezca (art. 44.1). La nueva Ley mantiene así la llamada "cláusula residual de indemnización" del art. 241 LS/98, en términos casi iguales a éste.

Aquí podemos pensar en las siguientes partidas indemnizables:

- los particulares pueden haber redactado los instrumentos de planeamiento en desarrollo del PGOU, por lo que los gastos generados –honorarios de los técnicos, fundamentalmente– serán indemnizables. Del mismo modo, también deberá resarcirse el coste del proyecto de urbanización, si ha sido redactado por los particulares;
- los gastos efectuados para la elaboración de los correspondientes documentos de distribución de cargas y beneficios (proyecto de reparcelación o compensación, estatutos de la Junta de Compensación, etc.);
- gastos de realización material de las obras de urbanización (incluidos los gastos financieros).

b) Supuesto de que ya exista licencia de edificación

El art. 42 regula expresamente el supuesto de que la revisión o modificación del planeamiento se produzca cuando ya se haya otorgado la licencia de obras, distinguiendo dos casos en función de que se hayan iniciado o no las obras correspondientes.

b.1. Obras no iniciadas

En este caso, la Ley declara de entrada la extinción de la licencia en cuanto sea disconforme con la nueva ordenación. Esta solución era la que ya se contenía en el art. 238 LS/92 y lo más llamativo de la regulación es que declara extinguida la licencia (debe entenderse que no sólo puede ser extinguida sino también modifi-

cada). Es decir, que se produce así una revocación o modificación necesaria de la licencia por ministerio de la Ley, con consecuencias indemnizatorias no para el legislador sino para la Administración local correspondiente.

Esta determinación contrasta con la situación existente bajo la vigencia de la LS/76, en que el advenimiento de un nuevo Plan no afectaba a las licencias ya concedidas, aunque siempre cabía la revocación facultativa de las mismas por «cambio de criterios de apreciación» (art. 16 RSCL), revocación que llevaba aparejada la congruente indemnización. Ahora, como vemos, la declaración de extinción de la licencia es un acto debido. La razón de esta solución es clara: evitar que se inicien actuaciones contrarias a la nueva ordenación urbanística, que surgirían ya sujetas al régimen de «fuera de ordenación».

Procedimentalmente, la licencia no se extingue *ope legis* de modo automático, sino que la extinción ha de ser declarada por la Administración, en expediente contradictorio con audiencia del interesado.

En segundo lugar, el art. 42.1 declara indemnizables los perjuicios causados por la extinción o modificación de la licencia de edificación —lo cual resulta absolutamente lógico, al tratarse de un perjuicio que el particular no tiene el deber de soportar: art. 139 LRJPC—, perjuicios que pueden ser de dos tipos:

- la reducción del aprovechamiento resultante de las nuevas condiciones urbanísticas: esta partida comprenderá la diferencia de aprovechamiento entre el ya adquirido con arreglo al antiguo planeamiento y el susceptible de apropiación según el nuevo Plan, siempre que éste sea menor que aquél lógicamente;
- la totalidad de los gastos motivados por la edificación proyectada (principalmente, los honorarios del técnico y las tasas municipales por expedición de la licencia). Esta partida equivale de hecho a los gastos incluidos en la «cláusula residual de indemnización» del art. 44.1, a que ya nos hemos referido.

Ambos conceptos son independientes entre sí. Por ello, en caso de que no exista reducción de aprovechamiento, el segundo concepto puede seguir siendo indemnizable, por devenir inútil el proyecto realizado u otros gastos desembolsados.

La nueva Ley ha eliminado, en cambio, una partida que existía en la LS/92 (art. 55 por remisión del 238): el 25 por 100 del coste de ejecución del proyecto para el que se obtuvo la licencia.

Por último, la Ley exige que la correspondiente indemnización sea fijada en el mismo expediente en que se declare extinguida la

licencia. Con ello se recoge una antigua jurisprudencia producida sobre el art. 16 RSCL, que requería que el acuerdo de revocación de una licencia contuviera ya en sí mismo el reconocimiento del derecho a indemnización.

Una aplicación jurisprudencial del art. 238 LS/92 se puede encontrar en las STSJ del País Vasco de 24.10.1996, que reconoce el derecho a indemnización en este supuesto.

b.2. Obras ya iniciadas

Como vemos, el art. 42.1 sólo se aplica a los supuestos en que, teniendo licencia, no se hubiera iniciado la edificación. Ello implica *a sensu contrario* que *si la edificación ya hubiese comenzado*, la licencia no se extingue y mantiene su eficacia, con lo que el particular podrá continuar las obras con arreglo al proyecto aprobado, aun cuando no se ajuste a la nueva ordenación. El edificio resultante pasará a ser un edificio «fuera de ordenación», y esta situación producida por un cambio de planeamiento no es indemnizable (art. 41.2 LS/98).

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad existente de revocar la licencia de manera facultativa en estos casos de edificación ya iniciada, indemnizando los daños y perjuicios causados. Esta posibilidad ya se encontraba en el art. 16 RSCL, fue recogida por el art. 238.2 LS/92 y ahora por el art. 42.2 LS/98. Pero debemos reparar en que esta revocación o modificación no será obligatoria (tal como sucedía en el supuesto anterior), sino que precisa en cada caso de una decisión de revocación por parte del ente público,

El precepto remite, por lo demás, a los criterios de indemnización que acabamos de exponer. Los gastos de demolición de lo edificado también correrán a cargo de la Administración. Por último, cabe decir que la casuística puede ser aquí muy variada: que ya existan terceros adquirentes (compradores de pisos), etc.

5. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La acción de responsabilidad se rige por la reglas generales de este tipo de acciones (art. 139 y ss. LRJPC):

A) La petición de indemnización tendrá que hacerse en el plazo de un año desde que se produjo la alteración del Plan –desde su publicación, para ser exactos– (142.5 LRJPC), o desde que se exterioriza la lesión, si esto ocurre posteriormente (por ejemplo, en fase de gestión, al aprobar el correspondiente instrumento de equidistribución).

B) La petición dará origen al correspondiente procedimiento administrativo, que se debe tramitar de acuerdo con el R.D. 429/1993, de 26 de marzo. La petición tiene que ser resuelta por la Administración correspondiente, y si no recae resolución expresa en el plazo de seis meses se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización (142.7 LRJPC y 13.3 del R.D. 429/1993, de 26 de marzo). En todo caso, la resolución (expresa o presunta) pone fin a la vía administrativa (142.6 LRJPC).

6. ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE

Suponiendo la existencia de responsabilidad, surge el problema de averiguar cuál es la Administración responsable, partiendo del dato de que los Planes urbanísticos son aprobados normalmente por dos Administraciones distintas (Municipio y Comunidad Autónoma —o Consell Insular, en Baleares—).

Un criterio demasiado elemental sería atribuir la responsabilidad a la Administración que hace la aprobación definitiva. Más fundamentación tiene la tesis de que existe una responsabilidad concurrente entre ambas Administraciones y que la responsabilidad es entonces solidaria. Esta postura tiene a su favor el art. 140 LRJPC. En este sentido se pronuncia la STS de 15.11.1993 (Arz. 10115).

No obstante, la postura más afinada parece la de distinguir en cada caso según quién sea la Administración que haya introducido en el Plan la determinación lesiva que produce el daño: si ha sido el Municipio al aprobarlo provisionalmente, será éste el responsable; si ha sido la Administración de tutela, deberá ser ésta la que indemnice³.

III. INDEMNIZACIÓN POR LIMITACIONES SINGULARES

El art. 43 de la nueva Ley reproduce, con algún matiz, el art. 239 LS/92 (cuyo antecedente era el art. 87.3 LS/76), y que no fue afectado por la STC 61/1997. El precepto dispone la indemnización de las vinculaciones o limitaciones singulares establecidas por la ordenación urbanística en dos casos:

³ Sobre este punto, véase el libro de I. SEVILLA MERINO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración por la aprobación de planes urbanísticos municipales*, Federació Valenciana de Municipis i Províncies, Valencia, 1994.

- vinculaciones en orden a la conservación de los edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos;
- restricciones del aprovechamiento urbanístico del suelo que no puedan ser objeto de distribución equitativa entre los interesados.

El precepto se limita así a señalar los requisitos para que proceda la indemnización, sin pronunciarse respecto a otros temas como el procedimiento de reclamación, etc., ya que la solución de estos otros temas deberá buscarse en la normativa general de la responsabilidad de la Administración. Y ello porque, como ha dicho la jurisprudencia reiteradamente, el supuesto comentado no es sino «una especificación del principio general de responsabilidad patrimonial reconocido en el art. 106.2 de nuestra Constitución» (STS de 6 de julio de 1995, Arz. 5527).

Hay que observar, además, que el precepto comentado tiene su fundamento último en la teoría del «sacrificio especial» o, lo que es lo mismo, en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, que está en el fondo de toda la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁴.

Veamos cada uno de los dos supuestos separadamente.

1. VINCULACIONES EN ORDEN A LA CONSERVACIÓN DE EDIFICIOS

El art. 43 declara indemnizables las vinculaciones singulares en orden a la conservación de los edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos. A esos deberes alude el art. 19 de la nueva Ley («*Deberes legales de conservación y rehabilitación*: 1. Los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Quedarán sujetos igualmente al cumplimiento de las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos y sobre rehabilitación urbana. 2. El coste de las obras necesarias se sufragará por los propietarios o por la Administración, en los términos que establezca la legislación aplicable»).

A pesar de su aparente simplicidad, el ensamblaje de los dos preceptos citados no es fácil. De entrada, porque el art. 19.2 remite la determinación de quién sufraga las obras de conservación o re-

⁴ Sobre el tema puede verse mi trabajo sobre «La responsabilidad de la Administración», en el vol. colectivo *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Carperi, Madrid, 1993, págs. 414. En el mismo sentido, L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad*, cit., pág. 71.

habilitación a la «legislación aplicable», con lo que habrá que estar a esta legislación en cada caso (legislación que no será sólo la urbanística de las Comunidades Autónomas, sino también cualquier otro tipo de legislación sectorial, como por ejemplo la de patrimonio histórico). Así las cosas, si el deber de conservación lo impone directamente una norma con rango de ley sin compensación o con una compensación menor de su coste real, nos encontraremos ante un supuesto de responsabilidad por actos legislativos, con los complejos problemas que ello conlleva y en los que no procede entrar aquí⁵. En cambio, si la obligación de realizar obras de conservación deriva de una norma reglamentaria o de una resolución singular que las imponga (y que encuentren cobertura genérica en una norma legal, porque de otro modo serían ilegítimas) es entonces cuando será aplicable el precepto que comentamos para dilucidar si existe o no responsabilidad de la Administración.

Por otra parte, el tenor literal del precepto no es especialmente acertado al hablar de vinculaciones o limitaciones singulares «en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos». Porque si la concreta obligación de conservar sobrepasa el deber legalmente establecido es muy posible que estemos ante una obligación que carece de cobertura normativa suficiente y, por ende, es ilegítima. Por ello, creo que la referencia legal que comentamos hay que interpretarla a la luz del citado principio del «sacrificio especial»: partiendo de la premisa de que la obligación de conservar debe tener suficiente habilitación normativa (en caso contrario, será ilegal), debemos afirmar que genera indemnización cuando suponga un sacrificio de aquéllos, con ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. De este modo, lo importante no es tanto que la vinculación o limitación impuesta en aras a la conservación de edificios exceda de los deberes legalmente establecidos como que sea efectivamente «singular».

2. RESTRICCIONES DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO QUE NO PUEDAN SER OBJETO DE DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA

Este segundo caso de responsabilidad toma como presupuesto el derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, derecho que la nueva Ley proclama con carácter principal en su artículo 5 («Las leyes garantizarán en todo caso el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación

⁵ Sobre el tema existe una ya abundante bibliografía. Puede verse al respecto mi trabajo citado en la Nota anterior, pág. 419 y ss..

urbanística, en proporción a sus aportaciones»). Lógicamente, si las leyes han de garantizar este derecho, cualquier lesión del mismo o bien es ilegal o bien es indemnizable: será ilegal cuando, pudiendo llevarse a efecto la equidistribución en el instrumento de ordenación o de ejecución, no se haya hecho así; en cambio, cuando no sea posible tal distribución entre todos los afectados, el trato desigual a alguno de ellos reclama su adecuada compensación. De nuevo aparece la teoría del «sacrificio especial» como fundamento último de este supuesto de responsabilidad. Como ha dicho la STS de 20 de marzo de 1989 (Arz. 2240),

«ciertamente, el planeamiento da lugar a importantes desigualdades, pero los corrige mediante los mecanismos de distribución de beneficios y cargas. Cuando estos mecanismos se muestran incapaces para restablecer la igualdad, ha de entrar en juego el remedio excepcional y subsidiario de la indemnización, es decir, la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ello implica que la lesión indemnizable se configura por dos elementos: a) una restricción singular del aprovechamiento urbanístico del suelo y b) una imposibilidad de distribución equitativa...

En definitiva, el supuesto de hecho que genera derecho a la indemnización es el de una desigualdad en el aprovechamiento urbanístico que no puede ser corregida a través de las técnicas que permiten la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento: cuando tales técnicas fracasan, el Derecho urbanístico abre sus puertas a la figura general del Derecho Administrativo que es la responsabilidad patrimonial de la Administración».

Un último aspecto a tratar aquí es el del momento en que sea exigible la responsabilidad de la Administración. La jurisprudencia ha señalado en ocasiones que el momento oportuno es el de la fase de gestión o ejecución del planeamiento (y no la fase de ordenación) «pues la bondad de los mecanismos de distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento y la concreción de los instrumentos idóneos para respetar el justo equilibrio patrimonial son cuestiones a dilucidar en la fase de ejecución del plan» (STS de 10 de abril de 1990 y jurisprudencia allí citada). Esta doctrina es correcta en muchas ocasiones, aunque no en todas, ya que es perfectamente imaginable una ordenación urbanística que imponga claramente en sí misma restricciones que no puedan ser objeto de equidistribución; en ese caso, entiendo que podrá exigirse la oportuna indemnización a partir de la entrada en vigor del Plan de que se trate, sin necesidad de esperar al proyecto de compensación o parcelación.

IV. INDEMNIZACIÓN EN RELACIÓN CON LAS LICENCIAS

1. INTRODUCCIÓN DE SUPUESTOS POSIBLES

Antes de entrar a examinar propiamente la responsabilidad relacionada con licencias, hay que empezar por recordar que la comisión de cualquier ilegalidad urbanística puede dar lugar a un triple orden de consecuencias (sistematizadas en el artículo 51 RDU):

- la restauración del orden jurídico infringido (con anulación de los actos ilegales) y de la realidad física alterada;
- la imposición de sanciones a los responsables;
- la *obligación de resarcimiento de daños y perjuicios* por parte de los responsables. Esta obligación puede ser tanto de la Administración (art. 44.2 LS/98) como de los particulares (art. 229 LS/76).

La LS/98 regula en su *artículo 44.1* la responsabilidad de la Administración por *anulación* de licencias, así como por *demora injustificada* en su otorgamiento o *denegación* improcedente. El precepto es una reproducción del artículo 240 LS/92, que ampliaba el anterior artículo 232 LS/76, referido exclusivamente a responsabilidad por anulación de licencias.

De este modo, la Ley limita la responsabilidad de la Administración a los casos en que ésta ha tenido intervención de algún tipo en la vulneración de la legalidad urbanística –al otorgar la licencia ilegal o al denegarla o retrasarla ilícitamente–; sólo entonces ha habido un «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (art. 139 LRJPC), que permite imputar la responsabilidad a la Administración.

Para completar el cuadro de casos posibles, a los anteriores supuestos habría que añadirles otros no previstos expresamente en dicho precepto, como son:

- los daños causados por la *suspensión ilegal* de los efectos de una licencia: aunque no está previsto expresamente en la legislación, es indudable su posibilidad por aplicación de las normas generales de la responsabilidad de la Administración;
- supuestos de *revocación* de licencias (aunque se trata de un supuesto de indemnización expropiatoria más que de responsabilidad, que es posible por aplicación del art. 42.2 LS/98).

Por tanto, no existe responsabilidad de la Administración en los casos en que las obras ilegales se han realizado sin o contra licencia. Sistematizando entonces *los posibles supuestos* en que puede haber responsabilidad administrativa en relación con las licencias, se puede establecer el cuadro siguiente⁶:

a) *Responsabilidad por otorgamiento de licencias ilegales (es decir, responsabilidad por anulación)*. Aquí, la Administración concede una licencia que es contraria al Plan o a la legislación urbanística, licencia que es impugnada o revisada por la propia Administración, dando lugar finalmente a su anulación. La anulación de una licencia ocasiona a su titular o a terceros unos perjuicios ciertos, y hay muchas sentencias que así lo reconocen. Como dice la S. de 30 de enero de 1987, la anulación «en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Por ello, es claro que el administrado sufre en estos supuestos una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración, y así la procedencia de la indemnización».

b) *Responsabilidad por demora injustificada en su otorgamiento*. Aquí la Administración se retrasa en el otorgamiento de la licencia. Ello debe llevar normalmente a la aplicación del silencio positivo, con lo que no se producirán daños al peticionario. Pero ante la inoperancia práctica que en muchas ocasiones tienen las licencias así obtenidas, no son descartables daños al titular de la misma. Aun así, la demora injustificada en el otorgamiento de la licencia es el supuesto más problemático en cuanto a la producción de daños. Pero, como dice la S. de 28 de enero de 1986, «la negativa o demora del Ayuntamiento en el otorgamiento de la licencia urbanística podría originar la responsabilidad extracontractual de la Administración por los daños y perjuicios que eventualmente pudieran habersele irrogado al interesado, siempre que se deriven del funcionamiento anormal del *servicio de expedición de licencias*». Sin embargo, los daños serán difíciles de acreditar. Por ejemplo, la S. de 29 de mayo de 1991 (Arz. 4309) deniega la indemnización pedida por demora en el otorgamiento de la licencia, por discriminación en relación con otros polígonos en los que se otorgaron las licencias condicionadas a la ejecución simultánea de la edificación y de la urbanización. La razón última para ello es que la actitud municipal estuvo justificada porque el polígono en cuestión carecía del colector necesario para los vertidos de aguas residuales, por lo que el Tribunal concluye que no hubo anormalidad en el funcionamiento de la Administración municipal.

⁶ Estos supuestos ya fueron sistematizados por M. CLAVERO ARÉVALO en su libro *El nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

c) *Responsabilidad por denegación improcedente.* Aquí la Administración deniega la licencia solicitada, cuando debía haberla otorgado por ser conforme lo pedido al ordenamiento urbanístico. Esa denegación es impugnada y anulada posteriormente, dando lugar a responsabilidad⁷. La denegación improcedente de una licencia es entonces causa de una lesión indemnizable, como reconoce la S. de 29 de abril de 1986 («procede hacer condena expresa del Ayuntamiento demandado por la lesión sufrida en el patrimonio de la actora a consecuencia de la indebida denegación de la licencia objeto de este proceso, ya que existe prueba del nexo causal entre los daños y perjuicios inferidos a la recurrente y el acto de la Corporación demandada declarado contrario a Derecho»).

d) *Responsabilidad por suspensión ilegal de los efectos de una licencia:* la Administración suspende de modo ilegal unas obras para las que se cuenta con licencia. La suspensión ilegal de los efectos de una licencia puede ser claramente una fuente de perjuicios no justificados y, por ello, indemnizables. Como bien reconoce la S. de 2 de junio de 1982, «si la lesión existe y el acto resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración aparece reforzada en el caso en que se da una relación directa entre el hecho causante (acto de paralización ilegal, demora no justificada en la práctica de alineaciones y replanteo, etc.) y las circunstancias de hecho o situaciones jurídicas resultantes de la imposibilidad material de continuar las obras, que acarrearán un detrimento patrimonial al constructor que éste no debe soportar, por no existir título legítimo que lo imponga». Del mismo modo, la S. de 3 de marzo de 1992 (Arz. 1778) admite un nuevo caso de responsabilidad por suspensión de obras, declarando que «de la ilegal suspensión de las obras se ha producido lesión de un derecho subjetivo con resultado dañoso» (supuesto de suspensión de los efectos de una licencia que el Ayuntamiento creía caducada).

e) *Indemnización por revocación de una licencia.* La revocación supone que la Administración dicta un acto que declara extinguidos por motivos de oportunidad los efectos de un acto anterior favorable al particular. Esta posibilidad está prohibida con carácter general (véase el art. 105.1 LRJPC), pero sí que está permitido para las licencias locales en el artículo 16 RSCL, y para las licencias urbanísticas en el art. 42 LS/98, aunque siempre conlleva la necesidad de abonar la congruente indemnización de los daños y perjuicios causados.

En los cuatro primeros supuestos, hay un acto o actuación administrativa (en el caso de la demora) contraria a Derecho, que causa unos daños no justificados al particular, naciendo así el dere-

⁷ Véase sobre el tema: M. C. ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo», en la *Revista de Administración Pública* n.º 127 (1992), págs. 211 y ss.

cho a indemnización por funcionamiento anormal de los servicios públicos. Vamos a examinar esos supuestos precisamente, dejando al margen los de revocación, por no tratarse de un supuesto de responsabilidad sino expropiatorio (materialmente expropiatorio).

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

A) En la *LS de 1956* ya se preveía un supuesto de indemnización por anulación de licencias u órdenes de ejecución, cuando «hubieren sido otorgadas erróneamente» (art. 172). Este precepto se interpretó (por la jurisprudencia y por alguna doctrina) en el sentido de que existía una relación automática y necesaria entre anulación de la licencia e indemnización (así, la S. de 7 de mayo de 1971)⁸.

Esa relación de automatismo era absurda técnicamente, ya que desconocía las reglas generales sobre relación de causalidad en materia de responsabilidad, y provocaba disparates jurídicos graves en el caso de la anulación de licencias ilegales obtenidas por silencio positivo (piénsese que por entonces no existía el artículo 178.3 *LS/76*).

De ahí que parte de la doctrina⁹ reaccionara contra esa solución, y que alguna Sentencia aislada reconociera que el error del peticionario rompía el nexo causal, impidiendo la imputación del daño a la Administración (S. de 14 de febrero de 1975).

B) Como reacción a ese estado de cosas, la reforma de la *LS de 1975* alteró la redacción del precepto, dando lugar al artículo 232 de la *LS/76* («La procedencia de indemnización por causa de anulación de una licencia en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado»). La Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1975 nos da las claves de la innovación: «El Proyecto, en este punto, recoge el principio de responsabilidad de la Administración, formulado en términos generales, con posterioridad a la *LS*, por la *LRJAE*. Por otra parte, se recibe en el texto otra regla sancionada por el ordenamiento jurídico común: nadie puede valerse del dolo para obtener una indemnización, ni tampoco puede protegerse una conducta gravemente negligente para obtener ventaja de ella».

⁸ Puede verse una exposición del tema en mi libro *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Ed. Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1985, págs. 58 y ss.

⁹ R. GÓMEZ-FERRER, *Las zonas verdes y los espacios libres como problema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 73-74.

Las novedades del precepto son evidentes:

- se suprime el carácter cuasiautomático de la indemnización, al incluir la llamada *exceptio doli*;
- y, sobre todo, se enmarca el supuesto en la teoría general de la responsabilidad de la Administración, que es donde debe estar desde un punto de vista de técnica jurídica.

Quedaban fuera del precepto otros supuestos de responsabilidad relacionados con licencias, aunque de hecho eran exigibles por aplicación de la teoría general de la responsabilidad.

C) La reforma de 1990 (art. 21 de la LRRU) mantiene la anterior redacción, con el añadido de los supuestos de demora injustificada y de denegación improcedente, dando lugar al *artículo 240 LS/92*. Este precepto remite a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración, que son en la actualidad los arts. 139 y siguientes de la nueva LRJPC.

D) El *art. 44.2 de la nueva LS/98* mantiene prácticamente la misma redacción que la LS/92.

3. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD

Con carácter general, se puede decir que el daño debe reunir varios requisitos para ser indemnizable (art. 139 LRJPC): efectivo, evaluable económicamente, individualizado y que no exista el deber jurídico de soportarlo. Estos requisitos son aplicables a los supuestos que examinamos, dada la remisión del LS/98 a la legislación general en materia de responsabilidad. Veamos cada uno de estos requisitos en relación con el tema que analizamos.

A) *Daño o perjuicio*

a) Efectivo

El daño producido ha de ser real y haberse producido en el momento en que se solicita la indemnización. No se incluyen entonces los daños hipotéticos o futuros, o las meras expectativas.

Así, la S. de 21 de junio de 1980 (Arz. 3332) anula un acuerdo municipal denegatorio de licencia, pero en cuanto a la petición de indemnización, el Tribunal entiende que los daños no se han producido todavía, sino que se producirán al concederse la licencia, «cuando se conozca el alcance de las limitaciones que se impon-

gan a la misma». La S. de 2 de abril de 1982 (Arz. 2375), por su parte, declara la procedencia de la licencia indebidamente denegada, pero desestima la pretensión indemnizatoria porque, además de no haberse acreditado el daño, «no es aceptable que la indemnización aparezca referida con previsión de futuro a unos daños y perjuicios que se demuestren traigan causa de la denegación».

En los casos de denegación de licencia o de órdenes de suspensión, los Tribunales rechazan a veces las indemnizaciones pedidas por aumentos de coste de realización de la obra, con el argumento de que «el mayor costo posible se ve compensado con un mayor precio de venta» (Ss. de 30 de septiembre de 1985 –Arz. 4297– y 11 de abril de 1987).

b) Evaluable económicamente

El daño debe poder ser valorado en dinero. Esto no significa que la sentencia de condena tenga que fijar ya la cantidad a pagar por la Administración, ya que –como veremos después– puede declarar el derecho a indemnización, pero diferir la fijación de la indemnización al período de ejecución de sentencia. También puede adoptar una línea intermedia, consistente en fijar las bases o parámetros que permitan la determinación de la cuantía de los daños en ejecución de sentencia (S. de 10 de noviembre de 1980, Arz. 4409).

c) Individualizado

Éste es un requisito que no presenta problemas en nuestro caso, ya que cualquiera de los actos lesivos a que nos referimos (otorgamiento de licencia ilegal, denegación de licencia, etc.) cumple esta condición de daño individualizado.

B) *Inexistencia del deber jurídico de soportar el daño: la lesión resarcible*

Para ser indemnizable, el daño o perjuicio debe ser antijurídico, lo que significa que el perjudicado no tiene el deber de soportarlo. Y sólo existe ese deber cuando una norma impone expresamente el perjuicio sin compensación.

En los casos que comentamos, el daño siempre será antijurídico, al tratarse de actos ilegales (anulación de licencia, denegación

improcedente —es decir, ilegal—, suspensión ilegal). Sólo en el caso de la demora injustificada, no existe acto sino omisión, aunque omisión no justificada —y, por tanto, ilegal—. Esa ilegalidad del acto o actuación administrativa implica la antijuridicidad del daño, por lo cual el perjudicado no tiene el deber de soportarlo.

No obstante, cierta jurisprudencia viene exigiendo que la ilegalidad de la licencia o acto administrativo sea de cierta gravedad o entidad, no bastando la ilegalidad simple para provocar la antijuridicidad del daño. Para ello se basan en el artículo 40.2 LRJAE (actual artículo 142.4 LRJPC), cuando señalaba que «la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización». Así, la S. de 10 de junio de 1986 (Arz. 6761) señala que «no cabe apreciar la antijuridicidad de la lesión por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial, dato por sí solo revelador de la necesidad de descartar el carácter manifiesto de la torpeza del criterio denegatorio mantenido por la Administración municipal». En el mismo sentido, las Ss. de 15 de noviembre de 1989 (Arz. 8336) y 2 de junio de 1986. La de 7 de junio de 1984 declara que la nulidad que concurre en el acto es una nulidad simple, que no presupone derecho a indemnización según el artículo 40 LRJAE, «y ello porque este derecho no puede venir fundado tan sólo en el error jurídico que la Administración pueda cometer en la apreciación de los hechos del expediente o en la interpretación y aplicación de las leyes...»).

C) *Relación de causalidad*

Para que se pueda imputar un daño a la Administración, es preciso que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión administrativa y el resultado dañoso. El artículo 44.2 LS/98 remite a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración, por lo que habrá que aplicar aquí en principio los criterios generales sobre imputación del daño a la Administración y sobre relación de causalidad.

No obstante, la propia Ley contiene una regla especial al respecto: «en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado». Se trata de la llamada *exceptio doli*, que exonera totalmente de responsabilidad a la Administración si concurren las referidas circunstancias. Analicemos entonces cada una de las dos posibilidades que existen en cuanto a la «culpa de la propia víctima».

a) Concurrencia de la *exceptio doli*

La *exceptio doli* supone la concurrencia de dolo o culpa grave. El dolo implica intencionalidad del perjudicado en la comisión de la ilegalidad, es decir, que tiene conciencia de la ilegalidad del proyecto y aun así lo presenta a la Administración. La culpa o negligencia grave supone que no llega a existir esa conciencia y esa intencionalidad, pero sí una ignorancia inexcusable de las normas y del planeamiento.

Esta «excepción» deriva no sólo de la aplicación de las reglas generales sobre relación de causalidad, sino también del deber de cumplimiento de los Planes, deber que pesa no sólo sobre la Administración sino también sobre los administrados (art. 134 LS/92). Esto significa que, por una parte, la Administración debe analizar detalladamente las solicitudes de licencias presentadas por los particulares y denegarlas en caso de contradicción con el ordenamiento. Pero, por otra, que el administrado también tiene que responder de su propia conducta de incumplimiento del Plan, sin que pueda trasladar a la Administración las consecuencias de su actividad por el hecho de haber conseguido inducirle a cometer un error¹⁰.

De este modo, en los casos de *exceptio doli* la Ley establece la exoneración total de responsabilidad de la Administración, haciendo recaer las consecuencias del daño enteramente en el propio perjudicado. Con ello la Ley declara implícitamente inaplicable al caso la doctrina del concurso de causas, fijando así un régimen particular de imputación del daño (únicamente al perjudicado), distinto del régimen general.

La jurisprudencia ha hecho una apreciación muy casuística de las circunstancias que concurrían en cada caso, declarando por ejemplo que el conocimiento de la ilegalidad no es determinante por sí solo de la aplicación de la *exceptio doli*, sino que *hay que ver cuál ha sido la actuación del peticionario de la licencia en concreto*. La S. de 16 de septiembre de 1981 (Arz. 3848) es ejemplificativa al respecto: «... no bastando que el peticionario tuviese conocimiento de la infracción en que incurría el proyecto presentado para que se produzca la ejecución de la responsabilidad, sino que estos conceptos hay que entenderlos en relación con la conducta o actuación del particular dentro del procedimiento de concesión de la licencia, ya que la conciencia de la ilegalidad por parte del administrado resulta insuficiente, por cuanto la Administración municipal al otorgar la licencia no puede prescindir de un estudio serio de la petición para ver si se adecúa lo pedido al plan o norma

¹⁰ R. GÓMEZ-FERRER, *op. cit.*, págs. 82-83.

urbanística aplicable en razón de los informes de sus propios técnicos; de aquí que el dolo o culpa grave del peticionario haya de relacionarlos con la forma de presentar el proyecto, actuación en el procedimiento, etc., mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración; y desde esta perspectiva de enjuiciamiento se observa la imposibilidad de atribuir al administrado reproche alguno sobre su forma de actuación, ya que la misma fue diáfana en todo momento, como lo demuestra el hecho acreditado de que en su petición de licencia, proyecto, croquis y plano topográfico de situación se expresen con claridad y exactitud no sólo las características del edificio unifamiliar que intentaba construir, sino la calificación rústica del suelo, extensión de la finca, porcentaje de ocupación, volúmenes, etc., con lo que queda evidenciado que el administrado aportó al expediente con exactitud la totalidad de los datos disponibles, para que la Administración a través de los estudios de sus técnicos pudiera pronunciarse fundadamente sobre la petición como así lo hizo»). En términos literalmente idénticos, la S. de 30 de enero de 1987.

En sentido parecido, la S. de 30 de abril de 1991 declara que «a lo que está obligado el particular es a estar en posesión de unos conocimientos para interpretar mejor, o por lo menos igual, que la Administración el verdadero sentido de la ordenación urbanística, bastándole con especificar y concretar lo esencial de estos casos. A partir de ahí, la labor de control y de investigación corre por entero a cargo de la Administración municipal que cuenta con los suficientes elementos técnicos y burocráticos como para que, en ningún caso, pueda llamarse a engaño».

Por el contrario, en algunas sentencias la intervención dolosa o culposa del perjudicado ha exonerado totalmente de responsabilidad a la Administración Así, en la S. de 7 de junio de 1984 (Arz. 3449) se declara que el acuerdo denegatorio ilegal «tuvo su origen exclusivo en el error cometido por el propio recurrente al señalar en el plano de su proyecto obras de superficie inferior a la mínima exigida por las Normas Urbanísticas de aplicación, circunstancia que impide que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración».

En resumen, lo que parece decisivo es la conducta del solicitante de la licencia en el caso concreto, entre cuyos datos a tener en cuenta se encuentra la conciencia de la ilegalidad del proyecto, aunque no es el único dato ni mucho menos, ya que también influye la forma de presentar el proyecto, la claridad del planeamiento aplicable, etc.

b) Supuestos de culpa leve

En los casos en que no exista dolo o culpa grave del perjudicado, sino sólo culpa leve, ya no se aplica la *exceptio doli*, pero ello no significa necesariamente que se impute la totalidad del daño a la Administración, ya que cabe aplicar aquí la doctrina general del concurso de culpas en la relación de causalidad, y atribuir la parte correspondiente de responsabilidad al propio perjudicado.

Eso es lo que hacen las sentencias de 29 de abril de 1986 (Arz. 4380) y 12 de junio de 1991 (Arz. 4878), en sendos casos de denegación ilegal de licencias. Esta última admite expresamente la teoría del concurso de causas, declarando que esta teoría «determina que la culpa de la víctima no tiene siempre virtualidad bastante para excluir totalmente la responsabilidad de la Administración», añadiendo a continuación, con relación al caso concreto, que «la entidad de estos defectos y su fácil rectificación implican que no pueden eliminar el mencionado nexo causal, de suerte que su trascendencia no será otra que la de dar lugar a la moderación de la indemnización». De modo parecido la S. de 30 de octubre de 1990 (Arz. 8338) aplica la doctrina de la concurrencia de culpas (Administración— culpa de la víctima) en un caso de suspensión ilegal de licencias, atribuyéndole el 70 por 100 del resarcimiento (los beneficios dejados de percibir durante la suspensión) a aquélla.

4. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

A) *Sujetos de la misma*

a) Partes responsables: la Administración

La Administración causante del daño es sin duda parte responsable, a efectos del ejercicio de la acción de responsabilidad. Normalmente esa Administración será el Municipio, al tratarse de actos típicamente municipales. El problema aparece cuando el acto dañoso no lo dicta un municipio sino una Administración de tutela, por subrogación de la competencia municipal (v. gr.: otorgamiento o denegación de licencias por la Comisión Provincial de Urbanismo). ¿Qué Administración es entonces responsable?

La jurisprudencia se ha pronunciado contradictoriamente al respecto, ya que en ocasiones ha declarado la responsabilidad de la Administración de tutela, mientras que en otras ha admitido la responsabilidad municipal. Así, la S. de 10 de junio de 1986 (Arz. 6761) excluye de responsabilidad al Ayuntamiento al haber sido

dictado el acto por la Comisión Provincial de Urbanismo, por subrogación en la competencia municipal. El Tribunal rechaza la petición indemnizatoria frente al Municipio, «al no figurar como demandada la Administración periférica estatal que adoptó el acuerdo denegatorio de la licencia», interrumpiendo con ello el nexo causal. Por el contrario, las Ss. de 21 de junio y 14 de diciembre de 1988 consideran responsable al Ayuntamiento, declarando que si hay subrogación en la competencia de aquél «es porque antes ha habido inactividad municipal, por lo que el Ayuntamiento tiene que responder, pero ello no quiere decir que siempre y necesariamente tenga que ser así si se ampara en el gran número de expedientes, pues una sobrecarga de trabajo puede dispensar de la responsabilidad personal del funcionario». Del mismo modo, la S. de 24 de marzo de 1992 (Arz. 3386) considera responsable en un caso de éstos al Ayuntamiento respectivo y no a la Comisión Provincial de Urbanismo. A mi juicio, debe responder la Administración que dicta el acto dañoso en cada caso, sea el Municipio, sea la Comisión de Urbanismo.

Si la Administración se ve obligada a indemnizar, debe recordarse que tiene una «acción de regreso» contra las autoridades y funcionarios que hubieran causado el daño con dolo o culpa grave (art. 145.2 LRJPC), por lo que —al margen de la posibilidad que se explicará a continuación— podrá repetir contra éstos por las cantidades que haya tenido que abonar. Ésta es una regla general de la responsabilidad administrativa que también se aplica aquí.

b) Los responsables privados: particulares y cargos públicos

La obligación de indemnizar los daños causados por una licencia ilegal no afecta sólo a la Administración, sino que se puede extender también a ciertos particulares y titulares de órganos administrativos, cuando han intervenido en la comisión de una infracción. Por consiguiente, lo que vamos a decir ahora sólo sirve para los casos en que exista una infracción urbanística.

En efecto, según el artículo 225 LS/76, toda infracción urbanística lleva consigo la imposición de sanciones a los responsables, «así como la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios a cargo de los mismos». Esta obligación se contempla desde la perspectiva de los perjudicados en el artículo 229 LS/76, el cual señala que «los que como consecuencia de una infracción urbanística sufrieren daño o perjuicio podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento e indemnización». Se consagra así una acción de daños y perjuicios a favor de los perjudicados con-

tra todos o cualquiera de los infractores-responsables, que pueden ejercer directamente contra éstos con independencia de la acción que también poseen frente a la Administración.

Lo anterior significa que los sujetos declarados responsables administrativos de las infracciones urbanísticas por la propia Ley (art. 228 LS/76), son al mismo tiempo responsables civiles.

Como los sujetos responsables pueden ser de varios tipos y distintas las situaciones posibles, conviene hacer algunas distinciones:

a) Obras realizadas sin o contra licencia:

Aquí los responsables son puramente privados (el propietario, el promotor, el constructor, el técnico), por lo que la acción deberá dirigirse a los Tribunales ordinarios.

b) Obras amparadas por una licencia ilegal:

En este caso, la lista de los responsables se amplía cuando la licencia constituya manifiestamente una infracción urbanística grave (además de los anteriores, los facultativos que hubieren informado favorablemente, y los miembros de la Corporación que hubieren votado a favor sin el informe técnico previo o cuando éste fuese desfavorable). Por otra parte, recordemos que la propia Administración puede ser también responsable por haber otorgado una licencia ilegal (art. 44.2 LS/98). Es decir, que en este caso se amplían notablemente los sujetos responsables: por una parte, está la Administración, pero por otra están todos las personas responsables de la infracción administrativa, aunque en algunos casos limitado a que exista una infracción grave y manifiesta. Ello no obstante, el art. 145 LRJPC ha eliminado la posibilidad de que los perjudicados por la actuación administrativa puedan exigir la responsabilidad directamente a los cargos y funcionarios públicos, debiéndose demandar en todo caso y únicamente a la Administración (y ello sin perjuicio de la acción de regreso que tiene ésta).

Los *supuestos posibles* son muy variados, pero podemos agrupar los principales:

b.1) Puede que los perjudicados se dirijan únicamente contra alguno o algunos de los responsables privados. En estos casos son competentes los Tribunales civiles.

b.2) Si la acción se dirige directamente contra la Administración, estaremos ante la responsabilidad de la que venimos tratando (responsabilidad de la Administración por anulación de licen-

cias: artículo 44.2 LS/98), con lo que la acción de daños es la acción de responsabilidad frente a la Administración, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cualquiera de los casos, el responsable(s) que sea condenado a resarcir el daño deberá hacerlo por la totalidad del mismo (responsabilidad solidaria: artículo 229 LS/76), pero podrá repetir posteriormente frente a los demás responsables¹¹. El argumento para ello sería la aplicación del principio general de la repartición de culpas entre los autores del daño y la propia naturaleza de las obligaciones solidarias (1145 CC: «El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación.. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda...»).

c) El perjudicado

En caso de anulación de licencia, el perjudicado puede ser tanto el titular de la misma, como terceros que hayan sufrido daños (la LS/98 habla del «perjudicado», a diferencia de la LS 56 que se refería al titular de la licencia). En el caso de denegación improcedente o de retraso injustificado, el perjudicado será el peticionario de la licencia. En el caso de suspensión ilegal, será el titular de la licencia.

Los problemas se plantean respecto a los terceros. Si se ha producido la transmisión de la licencia, o de la edificación (o de las viviendas o locales, en su caso), y se produce la demolición del edificio, la casuística de los daños puede ser muy variada: los pisos pueden estar terminados y vendidos a terceras personas; a su vez, éstas pueden haberlos transmitido o arrendado a cuartas personas o haber obtenido créditos hipotecarios sobre el inmueble, etc.

Sin entrar en detalle en esa casuística, cabe decir con carácter general que la Administración no está exonerada de responsabilidad frente a esos terceros por el posible dolo o culpa grave del titular de la licencia o del técnico autor del proyecto. La exoneración del art. 44.2 es frente al propio perjudicado, y difícilmente puede incurrir en dolo o culpa grave quien no sea titular de la licencia. Si no opera esta exoneración, el perjudicado —cualquiera de ellos— tiene acción frente a la Administración.

Seguramente para abordar este tema, la LRRU de 1990 introdujo un sistema de publicidad para los edificios o parcelaciones

¹¹ En contra J. GONZÁLEZ PÉREZ, que entiende que la solidaridad opera únicamente respecto a los responsables particulares, y no a favor de la Administración ni de los responsables con cargo o función públicos (*Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Ed. Abella, 1991, págs. 520 y 534).

cuyas licencias urbanísticas estén impugnadas o en trance de revisión (art. 307.3 y 6 LS/92: anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de «la incoación de expediente sobre disciplina urbanística» y de la «interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de licencias»).

B) Vías procesales de ejercicio de la acción

a) La vía administrativa

1. Si el daño no lo causa un acto administrativo, sino una mera actuación (caso de la demora injustificada), la acción de responsabilidad deberá seguir la vía normal de este tipo de acciones: reclamación administrativa previa en el plazo de un año desde que se entienda producida la demora (art. 142.5 LRJPC) y recurso contencioso contra la eventual desestimación de aquélla.

2. Si el daño se causa mediante un acto administrativo ilegal (otorgamiento de licencia ilegal, denegación improcedente, suspensión de los efectos de una licencia), el perjudicado deberá recurrir contra dicho acto para conseguir su anulación y la consiguiente reparación de los daños¹². Tras la LRJPC, el recurso procedente será el contencioso-administrativo, si el acto lesivo es un acto de un ente local.

Como es notorio, el plazo de interposición de ese recurso es el de dos meses desde la notificación del acto que se pretende impugnar (la licencia, su denegación o la orden de suspensión). Si no ha habido notificación del acto (caso de los terceros, que —por ejemplo— se enteran de la existencia de una licencia a través de las obras de edificación y ejercen la acción pública), la jurisprudencia entiende que el plazo no empieza a correr hasta que el que ejercita la acción se da por enterado. Ahora bien, por razones de seguridad jurídica, ese plazo no permanece abierto indefinidamente sino que la LS permite su ejercicio mientras duren las obras «y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística» (art. 304.2 LS/92, que extiende así el anterior plazo de un año tras la terminación de las obras).

Interpuesto el recurso contencioso, el derecho a indemnización puede hacerse efectivo propiamente de dos maneras:

2.1. Ejercitando en el mismo proceso la pretensión de anulación del acto lesivo y la de indemnización de daños (ejercicio simultáneo de ambas pretensiones). Esta posibilidad la permite el artículo 31.2 LJCA, entendiéndose que la pretensión de resarci-

¹² A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos*, cit., págs. 235 y ss.

miento es subsidiaria de la de anulación. Si se hace uso de ella, la indemnización se puede pedir tanto en la demanda como en la vista o conclusiones, aunque no se hubiera pedido antes (art. 65.3 LJCA). Y se puede fijar en la misma sentencia (si se ha pedido y los daños ya constasen probados en autos o en ejecución de sentencia, en los demás casos (art. 71.1.d LJCA).

2.2. Ejercitando primero la pretensión de anulación frente al acto lesivo y, una vez obtenida ésta, ejercitando la acción de responsabilidad de modo independiente en el plazo de un año desde la sentencia de anulación (art. 142.4 LRJPC: ejercicio sucesivo de ambas pretensiones). La S. de 24 de marzo de 1992 (Arz. 3386), en un supuesto en el que el Ayuntamiento se retrasó en otorgar la licencia a la que le obligaba la sentencia de anulación, ha considerado que el cómputo del año no comienza en la fecha de ésta sino el día en que se otorgó la licencia por el Ayuntamiento, por entender que dicho plazo de un año empieza a correr desde «el momento en que se estabilizan los efectos lesivos en el patrimonio» del perjudicado.

b) La vía civil

Ya se ha dicho antes que si el perjudicado se dirige contra los responsables privados, deberá entablar su acción ante la Jurisdicción Civil, al tratarse de una acción *inter-privatos*, y con independencia de que el ordenamiento infringido sea el administrativo. Esta acción se regirá entonces por las reglas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, con lo que el plazo para ejercerla será el de «un año desde que lo supo el agraviado» (art. 1968.2 CC).

A efectos de procedimiento, habrá que distinguir que la actividad dañosa esté legitimada o no por acto administrativo. Si no lo está, el perjudicado podrá iniciar directamente el proceso civil ordinario contra los responsables. Si lo está, antes de ejercitar su acción ordinaria, parece inevitable que tendrá que conseguir la anulación del acto administrativo de cobertura en la vía correspondiente, y sólo entonces podrá deducir su acción de indemnización.

Ya se ha dicho antes que la obligación de los responsables es, en estos casos, solidaria, por lo que no es necesario dirigirse frente a todos los infractores simultáneamente (art. 1144 CC), es decir, que no es preciso un litisconsorcio pasivo necesario¹³.

¹³ Véase *in extenso* sobre este aspecto J. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, págs. 524 a 535.

5. LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN: CONCEPTOS INDEMNIZABLES.

Debemos abordar a continuación el tema de la extensión de la reparación o indemnización: ¿qué conceptos debe comprender ésta? El principio general en materia de responsabilidad es el de la reparación íntegra del daño, principio que también se aplica aquí para los diferentes perjuicios que se pueden producir en cada caso. De todos modos, para contestar esta pregunta conviene distinguir entre los diversos supuestos posibles.

A) *Anulación de licencias*

Aquí deben incluirse todos los daños realmente producidos por la anulación de la licencia, que es posible incluso que haya dado lugar a la demolición. Entre ellos cabrá incluir, si se han dado, los siguientes gastos¹⁴:

- los honorarios del proyecto;
- los honorarios de dirección de obra;
- las tasas municipales abonadas por razón de las licencias;
- los gastos de declaración de obra nueva (notariales, registrales, tributarios);
- los gastos financieros (intereses y gastos de préstamos, de avales bancarios, etc.);
- el coste de la obra ejecutada y del material no utilizable (que será posiblemente el gasto mayor);
- los gastos de demolición, en su caso;
- el menor valor del solar, en su caso (aquí la valoración deberá hacerse según criterios de la propia Ley del Suelo: artículo 46 LS/92);
- el lucro cesante, aunque los Tribunales son bastante estrictos al respecto.

La excelente S. de 20 de marzo de 1987 (Arz. 9845 de 1989) resuelve un recurso extraordinario de revisión contra resoluciones contradictorias y fija de manera inusualmente extensa las partidas que debe abarcar la indemnización por anulación de licencia. Se trata de un supuesto en que se anula la licencia en cuanto a varias plantas del edificio (planta cuarta más ático) y se permite la legalización de las inferiores (planta baja más dos). De entrada, el Tribunal Supremo

¹⁴ M. J. MONTORO CHINER, *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 337.

declara la existencia de daños producidos por el funcionamiento del «servicio público de la policía administrativa de la edificación» y fija como criterio general que «cuando se anulen licencias de obra erróneas o indebidamente concedidas, debe satisfacerse al propietario o promotor de la edificación el valor de lo construido o el valor de la inversión económica efectiva realmente realizada al amparo de las licencias después anuladas (por supuesto, con el carácter de valor actualizado)» A continuación, el Tribunal declara el derecho del recurrente a ser indemnizado de la siguiente manera:

A) Respecto de las plantas que deben demolerse:

a) *Daño emergente:*

- valor actualizado de la construcción de las mismas;
- importe de la demolición;
- valor actual de las obras de restauración para dejar todo el inmueble restante en condiciones de seguridad y ornato, quedando subsumidos aquí los gastos que haya que hacer para ultimar la construcción pendiente de las tres primeras plantas (o sea, del resto del edificio que subsiste).

b) *Lucro cesante:*

- consistente en el importe del interés legal del capital invertido en la parte no legalizada de la construcción, por el tiempo transcurrido desde la paralización de las obras hasta el momento de su demolición.

B) Respecto de las plantas legalizadas:

a) *Daño emergente:*

- se declara que consiste en el incremento del coste de la obra cuya ejecución se suspendió, pero este mayor coste queda incluido en el valor de las obras de restauración de la parte del edificio que se mantiene, para evitar una duplicidad indemnizatoria y un enriquecimiento injusto.

b) *Lucro cesante:*

- consistente en el importe actualizado del interés legal del capital invertido en esta parte de la construcción, en el período transcurrido entre la fecha de la paralización de las obras y la fecha de la legalización de las tres primeras plantas, porque –a partir de esta última fecha– el particular habría podido hacer uso de la legalización de las obras y haber realizado los actos dispositivos y de administración que estimase convenientes.

B) Supuestos restantes

En los casos restantes (denegación improcedente, suspensión ilegal, retraso injustificado), los conceptos a tener en cuenta varían ligeramente:

- *mayor coste de la obra*:
 - la jurisprudencia ha sido reacia a aceptar este criterio, con el argumento de que el mayor coste de la obra es compensable posteriormente por el aumento de los precios de venta de las viviendas o locales proyectados (Ss. de 2 de abril de 1982, 4 de abril de 1983 –Arz. 551– y 10 de mayo de 1990 –Arz. 4058–);
 - pero hay algunas sentencias que acertadamente sostienen lo contrario (15 de junio de 1988 –Arz. 5904– y 30 de abril de 1991 –Arz. 3437–, que considera indemnizable este mayor coste, ya que « por lo general, sobre todo si no se trata de un negocio aislado, sino de una cadena, lo que verdaderamente interesa a las empresas del sector es acabar cuanto antes la obra emprendida, realizar las operaciones de venta y, con su importe, emprender seguidamente construcciones sucesivas»);
- *gastos financieros* (aceptados, para un caso de denegación ilegal de licencias, por las Ss. de 10 de marzo de 1986 –Arz. 4087– y 29 de abril de 1986 –Arz. 4380–; y para un caso de anulación de licencias por la antes citada S. de 20 de marzo de 1987);
- *improductividad de las inversiones o valores* (lo que viene a ser parte del lucro cesante): falta de rendimiento del capital invertido en la adquisición del solar, así como la inmovilización del valor de éste, durante el tiempo que dure la suspensión o el retraso en el otorgamiento de la licencia. La jurisprudencia ha desestimado en general el valor de inmovilización del solar, aunque hay sentencias que lo aceptan. Así, las Ss. de 29 de abril de 1986 (Arz. 4380) y de 5 de junio de 1989 (Arz. 4335);
- *material deteriorado, en su caso*.

El marco legal general y los ordenamientos urbanísticos autonómicos

El marco general

