

LA LICENCIA DE EDIFICACIÓN EN LA LEY 8/1990 SOBRE EL RÉGIMEN URBANÍSTICO Y VALORACIONES DEL SUELO.

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DÍAZ

Magistrado

SUMARIO: I. DERECHO A EDIFICAR Y DERECHO DE PROPIEDAD: A) *Precedentes*. B) *La Ley de 12 de mayo de 1956*. C) *Incidencia de la Ley 19/1975, de 2 de mayo y complementación normativa por la Ley 8/1990 de 25 de Julio*.-II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICENCIA DE EDIFICACIÓN: CARÁCTER CONSTITUTIVO Y REGLADO: A) *Como acto constitutivo. Diferencias con la concesión*. B) *Como acto reglado*.-III. POSICIÓN JURÍDICA DEL CIUDADANO: A) *En cuanto peticionario de la licencia*: a) *Derecho a un pronunciamiento ajustado a derecho*. b) *Consecuencias de dicho derecho*: b.a.) Sobre la legitimación para solicitar y transmitir la licencia. b.b.) Sobre el derecho a consulta urbanística. b.c.) Sobre la regulación del silencio administrativo. b.d.) Sobre el derecho del ciudadano a ser indemnizado por anormal funcionamiento de la administración: denegación improcedente y demora injustificada en el otorgamiento. B) *En cuanto titular del derecho a la licencia concedida*: a) *Derecho a edificar y derecho al aprovechamiento urbanístico*. b) *Derecho a edificar y derecho a la edificación*. C) *Anulación y revocación de la licencia*: c.a.) *Anulación*. c.b.) *Revocación*: c.b.1.) Aspectos generales: Revocación por nuevos criterios de apreciación. c.b.2.) Revocación-sanción. c.b.3.) Revocación por cambio de circunstancias.-IV. RESUMEN Y CONCLUSIONES.

I.-DERECHO A EDIFICAR Y DERECHO DE PROPIEDAD

A) *Precedentes*

Estudiar las innovaciones introducidas por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo en la configuración de la licencia de edificación, nos conduce al examen de la configuración del derecho a edificar y su relación con el derecho de propiedad.

En el Código Civil español de 1889, el derecho a edificar aparece ligado estrecha y esencialmente a la propiedad sobre el suelo. Esta vinculación arranca del derecho romano, se extiende a los derechos nacionales de los países europeos, con la distinción entre dominio inminente y dominio útil, y llega intacta hasta la Revolución Francesa. La Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 27 de agosto de 1789, coloca la propiedad entre los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre» y en su artículo 17 precisa «la propiedad que constituye un derecho inviolable y sagrado, no puede ser privada, salvo que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de modo evidente, y de bajo la condición de una justa y previa indemnización».

El desarrollo de las ideas liberales en los comienzos del siglo XIX en Francia y en España (la Constitución de 1812 reconoce y protege expresamente la propiedad individual) conduce a ver en la propiedad el auxiliar indispensable de la libertad. Es más-señala Laubadère- (1) la propiedad aparece-ella misma- como un modo de libertad en el terreno económico, encontrando en este terreno una aplicación particular.

El derecho a la propiedad se formula así junto al principio de libertad en el comercio y la industria como derechos complementarios en el esquema de las ideas liberales. Esta vinculación entre propiedad y libertad económica, explica la pervivencia del derecho a la propiedad en el marco y ámbito de intereses privados. (2)

La perspectiva del Código Civil (artículos 348 y 350) (3) es la propia del juego de intereses privados, y la ciudad se constituye en función de tales intereses y sólo excepcionalmente el interés de la colectividad puede primar sobre los intereses particulares, cuando existen motivos de seguridad, salubridad u ornato público; expresión esta que viene reproduciéndose en los textos legislativos a partir de la Ley del suelo de 12 de mayo de 1956 (artículo 168) y que guarda evidente paralelismo con los tres elementos que integran, en expresión de Hauriou, el orden público: la tranquilidad, la seguridad y la salubridad pública. (4)

Esto explica que la doctrina y la jurisprudencia afrontaron inicialmente el problema urbano desde la óptica de la propiedad privada, a través de las limitaciones y servidumbres administrativas. No existían todavía atisbos claros que permitiesen configurar el derecho a edificar como un derecho autónomo, que, aunque tenga por base la propiedad privada permita una configuración independiente y específica de aquélla.

En este orden se mueve toda la doctrina administrativa e incluso civil, que estudia el tema, desde principios de siglo hasta los años 60. Basta con citar en España a Gascón y Marín que aborda en 1906 la cuestión, bajo el sugerente título de «Limitaciones de la propiedad privada por motivos de utilidad pública» o a García Oviedo, Martínez

(1) André de Laubadère y Pierre Devolvé, analizan esta evolución en el país vecino en su «Derecho Público económico». Cincuenta edición. 1986, pág. 234 y 235.

(2) V. Martín Mateo «El Estatuto de la propiedad inmobiliaria», R.A.P., nº 52, pág. 101-150.

(3) «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla» (Art. 348 del C.C.).

«El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía». (Art. 350 del C.C.).

(4) «Precis de Droit Administratif et Droit Public». Paris 11 edic. 1927, pág. 445.

Useros que afrontan la cuestión y dedican un capítulo de su obra limitaciones y servidumbres administrativas dentro del epígrafe «Propiedad privada y derechos administrativo». Estos autores se esfuerzan, con sentido avanzado en su tiempo, en destacar la singularidad de las limitaciones administrativas, frente a las servidumbre legales, de forma que aquellas conforman el contenido de la propiedad y no tienen el carácter de derecho real predicable de las verdaderas y propias servidumbres. De igual modo Roca Juan abre camino, al señalar que la propiedad privada queda subordinada a dos distintas esferas de intereses: los generales o públicos y los que derivan de la necesaria coexistencia con otras propiedades, a la vez que precisa, que de esta doble consideración surgen dos órdenes de limitaciones: las derivadas de la reglamentación general en razón del interés público superior (reglamentos de policía) y las derivadas de la necesaria coexistencia de los predios. (5)

Con tal exposición queda pues abierta la posibilidad de sistematizar la actuación administrativa sobre la propiedad privada urbana en una doble dirección: la acción de policía que se ocupa de comprobar si el ejercicio de los derechos que de ella derivan se ejercen conforme al interés público, y al estudio de las situaciones de colindancia de los bienes urbanos privados con bienes de dominio público.

B) La ley de 12 de mayo de 1956

Una segunda etapa se abre en España con la entrada en vigor de la Ley sobre el régimen del Suelo y la Propiedad Urbana, de 12 de mayo de 1956. Esta Ley tenía como objetivo fundamental definir el contenido normal del derecho a edificar y configurarlo según el planeamiento. García de Enterría valora su significación indicando que en ella «el derecho a edificar se desvincula el derecho de propiedad privada y pasaba a ser objeto de una determinación pública, la ofrecida especialmente por el Plan de Ordenación». (6)

Ciertamente la Ley nació con tal propósito no ocultado en la Exposición de Motivos de la Ley de 1956: «el planeamiento-decía-es la base necesaria

(5) García Oviedo y Martínez Useros hacen una recopilación de los distintos trabajos al respecto, (pág. 511), tanto en la doctrina española como extranjera. Derecho Administrativo II. (edic. 1968. Pág.511.

(6) García de Enterría, «Lecciones de Derecho Urbanístico». Tomo I, pág. 80.

(7) Así González Berenguer («La reparcelación y otros estudios sobre urbanismo y vivienda») en 1967, indicaba: «Lo que no parece posible ni jurídicamente correcto es que dos lustros después de promulgada una Ley fundamentalísima, una buena parte -la mayor aunque no la más importante- del territorio nacional se encuentre todavía al margen de la norma. Pág. 86, obra indicada.

y fundamental de la ordenación urbana». Pero tal vocación quedó frustrada desde su inicio. De todos es conocida su inaplicación práctica, entre otras razones porque los poderes públicos no acometieron la labor de planeamiento y fundamentalmente porque los esquemas de la Ley distaban mucho de la realidad social. (7)

La Jurisprudencia admitió, en consecuencia, que la falta de planeamiento no era obstáculo para el ejercicio del derecho a edificar, puesto que éste derivaba del derecho de propiedad, y si las limitaciones a tal derecho no las fijaba el Plan, la virtualidad del derecho de la propiedad podía desplegar todas sus posibilidades y entre ellas las de edificar. Por consiguiente en la práctica no llegaron a ser realidad las previsiones de la Ley, puesto que ni el derecho a edificar quedó definido por el Plan en la mayor parte de los municipios españoles, ni aquél quedó desvinculado del derecho de la propiedad.

Durante la vigencia de esta ley, la doctrina había profundizado en el análisis jurídico del ejercicio del derecho a edificar como un acto reglado, ejercicio en virtud de facultades de policía administrativa, sobre un derecho cuya titularidad estaba previamente reconocida.

El ciudadano dispone de la titularidad del derecho a edificar pero su ejercicio debe ser autorizado por la Administración, suprimiendo los obstáculos y las limitaciones jurídicas establecidas por la Ley para el ejercicio del derecho. Limitaciones y obstáculos que se establecen por razones de interés público para evitar que el ejercicio del derecho pueda lesionar los intereses de la colectividad. Así lo entendió la doctrina española que se ocupó del tema: Entrena Cuesta y J. González Pérez. (8). Para estos autores la aparición del planeamiento en el régimen jurídico de la propiedad urbana no altera la calificación del acto por el que la Administración interviene sobre la actividad edificatoria, que sigue siendo el de una licencia, con igual concepción que los autores italianos Ranelletti, Forti y Alessi, tienen de las autorizaciones administrativas en estudios que se han convertido en clásicos. Así para Alessi la autorización presenta como nota característica el que «la constitutividad del efecto se refiere más que a la titularidad del derecho a favor del particular, a la

(8) Entrena Cuesta (Revista de Estudios de la Vida Local. Septiembre-Octubre 1959, pág. 648) define la licencia de policía como «una declaración de voluntad con la que el ente público permite a otro sujeto el ejercicio de un derecho del que ya era titular, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio en relación con la zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar». En el mismo sentido J. González Pérez (Revista de Estudios de la Vida Local. Julio-Agosto 1967. Pág. 499, indica que la licencia presupone una prohibición condicionada constituyendo un acto administrativo por el que se remueve la prohibición y se autoriza al administrado al ejercicio de una actividad, previa comprobación de que se adecuará a los límites impuestos por las normas y planes y que no atentará contra el interés público.

posibilidad jurídica de su ejercicio; pues, mientras que tanto la concesión como la admisión otorgan al particular simplemente la potestad jurídica de «ejercitar un derecho del que era titular con anterioridad». (9)

Para la doctrina española citada, la remisión del régimen de la propiedad urbana al Plan, que la define, no constituía obstáculo para que la intervención administrativa en el ámbito del derecho a la edificación continuara bajo la forma de licencias policiales de carácter reglado, basadas en el reconocimiento de derechos preexistentes. Los criterios doctrinales expuestos, en el momento en que fueron publicados los artículos citados, eran congruentes con la Ley del Suelo de 1956 cuyo artículo 47,1 concebía como «limitaciones» sobre el derecho de propiedad, las prescripciones que derivaban de la obligatoriedad de los Planes (10). El titular de la licencia se convertía en titular de una situación de poder que ejercitaba en virtud de las posibilidades legitimadoras del Plan. Por tanto si no existía Plan, el derecho a edificar implícito en el derecho de propiedad, se podía ejercer sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes, y entre ellas las normas de aplicación directa que la propia Ley del Suelo establecía (artículos 59,60 y 69 respecto al suelo rústico).

C) *Incidencia de la Ley 19/1975, de 2 de mayo y complementación normativa por la Ley 8/1990, de 25 de julio.*

La situación del derecho español descrita entra en una vía distinta a partir de la Ley 19/1975, de 2 de mayo de Reforma de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana que introduce dos novedades sumamente importantes.

La primera, explicitada en la Exposición de Motivos de la Ley, consiste en hacer depender la adquisición del derecho a edificar del cumplimiento efectivo del Plan. De ahí que el planeamiento no conceda directamente el derecho a edificar en tanto no se ejecute. Esto se refleja en materia de valoraciones del suelo, en la adopción del criterio según el cual el valor que a éste se le reconoce está en función del grado de cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas del Plan (Exposición de Motivos de la Ley).

Igualmente resulta del artículo 87, párrafo 1º de la Ley, en el que queda patente que la ordenación del uso de los terrenos y construcciones no confiere derecho alguno a los propietarios a exigir indemnización,

(9) «Instituciones de derecho Administrativo». Tomo I. pág. 313.

(10) Asimismo el artículo 61, no dejaba dudas al respecto al establecer que las facultades del derecho de propiedad se habrán de ejercer dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley del Suelo, o en virtud de la misma, por los Planes de ordenación, o en arreglo a la calificación urbanística de los medios.

con la sola excepción de las vinculaciones singulares y las revisiones anticipadas del planeamiento. Excepción esta última que sólo puede ser efectiva en el momento en que se patrimonializa el derecho cuya indemnización se pretende y por los daños efectivamente causados. Esto significa que la Ley concibe el derecho a edificar como un derecho con sustantividad independiente del derecho de propiedad, pues lo indemnizable no es la propiedad, sino el derecho a lo edificado al que no sólo se llega tras haber cumplimentado las cargas que derivan del planeamiento en el tiempo fijado por la Ley. La idea expuesta, con todo, obtendrá posterior desarrollo en la nueva reforma de la Ley que examinamos en este trabajo.

La segunda innovación que el legislador introduce en 1975, consiste en vincular el derecho a edificar al planeamiento, aunque fuere mínimo, como requisito previo. El artículo 81.1 exige para los municipios que carecieren de planeamiento, que la consideración de suelo urbano se haga previa aprobación de un Proyecto de delimitación. De no ser así, el terreno no tiene la clasificación de suelo urbano, y por tanto, al no tener el carácter de solar no podrá ser edificado.

Con tal precepto se está implícitamente admitiendo que el derecho a edificar no surge del derecho de propiedad, pues de no entenderlo así, a falta de Plan, el particular podría ejercer un derecho que le viene conferido por la propiedad del predio, cosa que la Ley excluye claramente.

En esta situación difícilmente puede sostenerse que preexista derecho alguno anterior a la consolidación del derecho a edificar, puesto que en el derecho de propiedad no encontramos reconocida tal facultad. Si así fuera la licencia de edificación por ser acto reglado resultaría obligada y es claro que el legislador no la permite si no se dan los presupuestos necesarios para ello, es decir, la existencia de un planeamiento previo, aunque fuese mínimo, y su ejecución conforme al Plan aprobado.

Por ello, el derecho a edificar emerge como un derecho independiente del de propiedad, y la configuración de la licencia, como remoción de límites de un derecho preexistente, carece de sentido. Diríamos que el derecho a edificar tiene un presupuesto básico para que pueda ser efectivo, que es el derecho de propiedad del suelo, pero el derecho a edificar sólo se configura y surge en el Plan debidamente ejecutado.

Esto es lo que se ha plasmado abiertamente en la nueva Ley 8/1990, de 25 de julio, aunque ya estaba implícito en la Ley 19/1975.

Fuera del Plan, la propiedad del suelo podrá abarcar otras facultades, pero no la de edificar. El problema jurídico reviste especial trascendencia pues si el derecho a edificar surge como separado del derecho de propiedad, es preciso dejar claro la relación con los demás derechos comprendidos en el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria. Desde nuestro punto de vista, el derecho a edificar es un derecho que

emerge del derecho al aprovechamiento urbanístico patrimonializado, cuyo titular está legitimado para obtener licencia de edificación, y además, le condiciona su integridad. Y a su vez el derecho al aprovechamiento urbanístico tiene como previa la titularidad del suelo urbanizado.

Si no se edifica dentro de los plazos establecidos por el planeamiento o la legislación urbanística, el derecho al aprovechamiento urbanístico se reduce en su valoración en un 50%, quedando a decisión de la Administración si los terrenos con el aprovechamiento urbanístico reducido, deben ser expropiados (conforme a su valor urbanístico y con aplicación a los criterios que se fijan en el artículo 71 de la Ley 8/1990) o se ha de proceder a su venta forzosa (artículo 22 en relación con el 18.1 de la citada Ley).

Por otra parte, el derecho a edificar tiene un carácter transitorio, pues puede quedar extinguido:

- a) Por haber materializado el derecho a edificar en derecho a la edificación, agotando el aprovechamiento urbanístico disponible.
- b) Por dejar transcurrir el plazo para solicitar licencia.
- c) Por no cumplir los plazos fijados en la licencia.

Podrá pensarse que la propiedad privada, conforme al esquema previsto en la nueva Ley, va camino de convertirse en un derecho sin objeto, en una abstracción al perder sus contenidos específicos. Sin embargo en el momento presente esto no es así, porque la propiedad privada mantiene su núcleo esencial: la utilización del suelo conforme a su naturaleza. Posibilidad ésta que no impide que su titularidad pueda generar contenidos potenciales que se concreten en el planeamiento. La propiedad, en ésta segunda valoración, otorgaría así a su titular el derecho a obtener, conforme a los intereses sociales, derechos que de ella derivasen (función social de la propiedad). Es decir, se convertiría en presupuesto jurídico de futuros derechos y entre ellos, el de edificar.

El ciudadano titular de un predio cuando solicita licencia de edificación no se coloca frente a la Administración en la posición de un simple peticionario, pues, si el planeamiento ha declarado la posibilidad, de aprovechamiento urbanístico en una determinada parcela de la que es titular, sólo él, como propietario del suelo se encuentra en situación legítima de obtener licencia de edificación y hacer efectivo el aprovechamiento urbanístico que daría del Plan.

El derecho a edificar, no es por tanto un derecho que haya sido asumido por la colectividad y ésta transfiera posteriormente al particular. (11) No nos encontramos ante una concesión traslativa. El derecho a edi-

(11) La tesis a favor de una solución socializadora fue mantenida en 1967 por J.L. González Berenguer, en su obra «La reparcelación y otros estudios sobre urbanismo y vivienda». Dogmáticamente indicaba: no es concebible otro suelo que el suelo público. es decir de la misma manera que hay ciertos bienes que por su trascendencia sobre el conjunto de la economía nacional no pueden ser dejados en manos privadas... del mismo modo la trascendencia que en todos los órdenes tiene la propiedad del suelo lo hace absolutamente insusceptible de ser objeto de propiedad privada», pág. 44.

ficar surge, del derecho al aprovechamiento urbanístico que a su vez deriva del Plan debidamente ejecutado, y tiene como presupuesto básico el derecho a la propiedad. Inicialmente el propietario del suelo no tiene ninguno de los derechos que integran la propiedad inmobiliaria, y que se recogen en el artículo 11 de la Ley, pero tiene la condición precisa para ir adquiriéndolos conforme vaya cumpliendo con los requisitos y previsiones del Plan y la legislación urbanística.

Por todo lo cual el derecho a edificar se define como aquel que permite transformar en edificación el derecho al aprovechamiento urbanístico previsto en el Plan para una determinada parcela; y la licencia de edificación como el acto reglado de la Administración en que se reconoce y constituye tal derecho en base al planeamiento ejecutado.

II.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICENCIA DE EDIFICACIÓN: CARÁCTER CONSTITUTIVO Y REGLADO.

A) **Como acto constitutivo. Diferencias con la concesión.**

El derecho a edificar surge como un derecho «ex novo» que deriva del Plan ejecutado, y se «adquiere» con el otorgamiento de la licencia (artículo 20 de la Ley). Tiene como presupuesto básico el derecho de propiedad y como requisito previo el derecho al aprovechamiento urbanístico, en razón al cual se definen las cesiones, cargas y deberes que la Ley impone al titular de la propiedad.

El derecho a edificar aparece pues como un derecho constituido por la licencia en base al planeamiento legalmente ejecutado. El derecho al aprovechamiento urbanístico deriva directamente de la propiedad, que queda conformada a través del aprovechamiento, valga la redundancia, que se reconoce al titular de aquel derecho.

Cuando el particular formula petición de licencia lo hace en base a un aprovechamiento urbanístico que ha sido asumido por el propietario del suelo, una vez que se ha ejecutado el Plan. Con esta situación la propiedad aparece ya limitada y conformada, a través de dicho aprovechamiento urbanístico.

En la doctrina se venía manteniendo la diferencia entre la licencia y concesión traslativa, por cuanto la Administración en la licencia no transfiere la titularidad de derecho alguno que ésta haya previamente asumido a diferencia de la concesión. Sin embargo, la distinción se hace más imprecisa en relación con las denominadas concesiones constitutivas en las que, como su propio nombre indica, la Administración crea el título concesional, no lo transfiere y además no genera vinculación constitutiva funcional, pues el poder se agota en ellas con la mera creación

del derecho. (12) En la nueva Ley se «adquiere» el derecho a edificar que antes no tenía creación que paralela y simultáneamente confiere no sólo la titularidad sino su ejercicio, pues el derecho a edificar no emana del derecho de propiedad ni siquiera del derecho al aprovechamiento urbanístico, sino que los presupone: el primero con carácter básico y el segundo como requisito previo e inmediato. Y con ello se plantea el problema de saber si nos encontramos ante una concesión o una autorización.

La diferencia entre concesión y licencia de edificación estriba entonces en la discrecionalidad con que la Administración actúa cuando otorga una concesión, que no concurre en la licencia de edificación. Discrecionalidad que se manifiesta especialmente en el acuerdo inicial del Ente Público por el que se dispone la dimisión a trámite de la petición o su rechazo de plano, aunque tal opción venga condicionada por el análisis y ponderación de las circunstancias.

Esta nota de discrecionalidad parece que se relativiza cuando al examinar el derecho positivo aparecen determinados actos que se denominan por las normas «concesiones», y que, sin embargo, presentan un carácter más o menos vinculado o reglado (13). En realidad muchas de las denominadas concesiones vinculadas son actos reglados encuadrables en la genérica denominación de autorizaciones, pues para su otorgamiento son necesarios actos de constatación o comprobación. (14)

De igual modo en las licencias se aprecia cierta discrecionalidad técnica, derivada de conceptos jurídicos indeterminados que se incluyen con frecuencia en las Ordenanzas de Edificación. Así cuando éstas se

(12) Así lo indica Villar Palasi: «Las concesiones constitutivas puras no generan vinculación continuativa funcional. el poder de la administración se agota en ellas en la mera creación del Derecho, y sus deberes se limitan a la carga de respetar los derechos así surgidos, cabalmente esta escasa virtualidad pueda explicarnos la causa de su abandono analítico por la doctrina». Voz Concesiones Administrativas. Nueva enciclopedia Jurídica Seix, pág. 699.

(13) Entrena Cuesta señala que las concesiones de hidrocarburos son unas veces regladas y otros, al menos parcialmente, discrecionales («El dominio público de los hidrocarburos». R.A.P. nº 29, Mayo-Agosto 1959, pág.357). Y Sebastián Martín Retortillo abunda en esta opinión cuando indica que reconocer una discrecionalidad absoluta en la Administración para otorgar o no determinadas concesiones, tiene en su base una razón lógica por demás que puede explicarnos su validez para una serie de supuestos concretos. Sin embargo, de ellos se ha extrapolado, hasta alcanzar una generalidad casi absoluta, en relación con la cual es preciso adoptar no pocas reservas. Y precisa que «mantener con carácter general la no existencia de un derecho al otorgamiento de las concesiones supone mantener un principio que en nuestros días presenta no pocas excepciones».

(14) Este fue el criterio que ya sostuvimos al estudiar la concesión en 1976, en la obra «La concesión administrativa en la esfera local», en colaboración con J.A. López Pellicer. Madrid. 1976. Instituto de Estudios de Administración Local, pág. 294.

refieren a condiciones estéticas, de seguridad o salubridad. Pero tal discrecionalidad opera sin destruir el núcleo de la licencia de edificación que es esencialmente reglado.

Por otra parte no hay que olvidar que la facultad de apreciación no es absoluta sino limitada y moderada, como claramente resulta de la artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, al admitir el recurso por estos contrarios al ordenamiento jurídico, permite fundamentarlo en desviación de poder.

De este modo la facultad de apreciación que la Administración ejerce al hacer pronunciamiento sobre la concesión o denegación de la licencia viene limitada no sólo por la Ley, sino además por los principios generales del Derecho, y especialmente por aquéllos que tienen un respaldo constitucional, como es el de igualdad, seguridad jurídica e irretro-actividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (artículos 14 y 9).

Tales principios y limitaciones moderan también a la Administración cuando otorga o deniega una concesión, pero en éstos casos el legislador permite a la Administración un grado mayor de apreciación que no le confiere en la licencia.

En rigor, la concesión se corresponde con una actuación discrecional de la Administración, de modo que, en expresión de García Trevijano (15), en buena técnica, la concesión y la autorización constituyen actos discrecionales negociales, en cuanto exigen voluntad constitutiva de un derecho. Mientras que las denominadas concesiones y autorizaciones vinculadas o regladas se configuran como una «comprobación jurídica».

B) Como acto reglado.

Es por esto que la licencia, tal como viene configurada en la nueva Ley, la entendemos como un acto de comprobación o «constatación jurídica» en el que la manifestación de voluntad de la Administración se dirige a comprobar si la petición formulada es conforme con el ordenamiento jurídico creando un nuevo derecho: el de edificar. Se trata de un acto de naturaleza híbrida que tiende un puente entre lo reglado y lo constitutivo, en la doctrina, considerados, a veces, incompatibles.

Por otra parte, la comprobación, hay que entenderla no como certificación, sino como una actuación precedente que examina si las previsiones constructivas, plasmadas en el proyecto de edificación y en la documentación correspondiente, se adecúan a las normas y Planes de Urbanismo (de modo que la construcción quede encajada en el espacio

(15) «Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo». Separata nº 3 de la Revista Española de derecho Marítimo», Julio-Septiembre de 1963.

urbano conforme al Plan) y a las demás precisiones sobre estética, seguridad y salubridad, que afectan a la construcción. Y aquí debe quedar puntualizada una observación que reviste especialísima importancia. La Ley 8/1990, de 25 de julio, ha introducido un régimen sucesivo de patrimonialización de facultades urbanísticas, de modo que la adquisición del derecho a edificar, va precedido inexcusablemente de la adquisición del derecho a urbanizar con la consiguiente aprobación del proyecto de urbanización u otro instrumento previsto en la legislación de desarrollo (artículo 12); y, además, de la adquisición previa del derecho al aprovechamiento urbanístico, que deberá ser documentada mediante certificación acreditativa de la resolución en que así se reconozca (artículo 115).

De este modo, con carácter general, para otorgar la licencia de edificación deben ser cumplimentadas previa y sucesivamente, no simultáneamente, las siguientes actuaciones:

a) Referente al derecho de urbanizar:

Aprobación del planeamiento y, en su caso, cuando así lo establezca la legislación o el planeamiento urbanístico, del Proyecto de Urbanización u otro instrumento previsto en aquélla (artículo 12.4).

b) Referente al derecho de aprovechamiento urbanístico:

Certificación acreditativa de la resolución municipal en la que la Administración reconozca que, el peticionario ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico correspondiente (artículo 15), previo cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados en su caso. De este modo el acto de constatación queda reducido pues a sus justos límites; los referente a las concesiones de edificación y la comprobación de que han sido cumplidas las condiciones previas para patrimonializar los derechos a urbanizar y al aprovechamiento urbanístico. Por consiguiente, aunque a simple vista parezca que estas actuaciones previas podrían dilatar el procedimiento para la obtención de licencias de edificación, esto no es así, si se advierte que la actividad de comprobación en el momento de la licencia queda reducida a los estrictos límites de la edificación, por existir ya actuaciones administrativas precedentes, sobre las que la Administración no está legitimada para entrar a conocer en el momento de considerar la petición de licencia de edificación, al existir una resolución precedente.

III.- POSICIÓN JURÍDICA DEL CIUDADANO.

A) **En cuanto peticionario de la licencia.**

a) Derecho a un pronunciamiento ajustado a derecho.

Se puede pensar que el derecho a edificar visto con anterioridad al

momento de la aprobación del Plan podría ser entendido como un derecho abstracto que se concreta y define en el Plan que, a su vez condiciona su ejercicio. También podría ser concebido el derecho a edificar en ese momento previo al planeamiento, como un derecho eventual que coloca al ciudadano en una especial situación jurídica que le permite la defensa de sus intereses: el derecho a edificar surgirá de forma definitiva tras la aprobación, la ejecución del Plan y la constatación de que la petición de licencia se ajusta al Plan.

Ninguna de las dos posiciones enunciadas resulta ajustada al nuevo esquema de la Ley 8/1990, del 25 de julio de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, porque ambas parten de la preexistencia de un derecho a edificar en expectativa o de un derecho condicionado en su eficacia. La distribución entre titularidad y ejercicio de derecho y la concepción de la licencia como remoción de límites no responde a la literalidad de los preceptos contenidos en la nueva Ley, en la que claramente se indica que el otorgamiento de la licencia determina la adquisición del derecho. No existe por tanto la titularidad de un derecho preexistente a la licencia sino la constitución de todas las facultades que el derecho a edificar comporta en el momento mismo de otorgamiento de la licencia. Por tanto cuando el ciudadano solicita licencia de edificación el único derecho que preexiste es el derecho a obtener un pronunciamiento de la Administración ajustado a Derecho.

Y en todo caso, tiene derecho a ser tratado en condiciones de igualdad ante la Ley, a participar en las decisiones de planeamiento, a que no se le apliquen retroactivamente disposiciones no favorables o restrictivas de derechos ya constituidos, a la seguridad jurídica, y a exigir de la Administración responsabilidad por demoras injustificadas o actuaciones arbitrarias (artículos 9, 14 y 23 de la Constitución)?

b) Consecuencias de dicho derecho.

El derecho de propiedad como derecho básico y el derecho al aprovechamiento urbanístico, como derecho previo, preexisten al derecho a edificar pero el mismo no forma parte de aquéllos; lo cual no quiere decir que no se produzcan efectos de interdependencia, puede de una parte aquéllos operan como presupuestos del derecho a edificar determinando su contenido y, de otra, si este fuese denegado, el derecho al aprovechamiento urbanístico quedaría sin aplicación y efectividad. La posición del ciudadano ante la Administración es muy semejante a la que tiene ante un servicio público. Es decir el derecho a la prestación. Solo que, en este caso, se demanda un pronunciamiento jurídico y no una actuación material, y además se han realizado actuaciones previas que obligan a la Administración a indemnizar si se deniega la prestación improcedentemente. Este planteamiento incide sobre el procedimiento para otorgar la licencia y sobre los efectos de la misma.

b.a.) Sobre la legitimación para solicitar y transmitir la licencia.

El titular del derecho al aprovechamiento urbanístico será el único legitimado para solicitar licencia y obtener un pronunciamiento de la Administración. Con ello se produce un cambio sustancial respecto al régimen jurídico anterior en el que la legitimación la tenía atribuida quien ostentará sobre el suelo titularidad suficiente para llevar a cabo la actividad.

Asimismo y dado el carácter constitutivo de la licencia y los efectos que la falta de solicitud en el plazo establecido puede ocasionar, sobre la titularidad del aprovechamiento urbanístico, que puede quedar reducido en un 50%, si no se solicita licencia en el plazo de 1 o 2 años, según el suelo sobre el que esté previsto el aprovechamiento (artículos 18 y 19); resulta necesario que se acredite la titularidad del derecho para incoar el procedimiento, mediante la presentación del certificado que testimonie el cumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo 15 de la nueva Ley: cesión, equidistribución y urbanización. De igual modo al vincularse el otorgamiento de la licencia a la disponibilidad sobre el aprovechamiento urbanístico, la cláusula «salvo el derecho de propiedad» establecida en el artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales pierde su justificación; pues la licencia no se vincula al derecho de propiedad sino al aprovechamiento urbanístico que debe ser acreditado tanto para solicitar la licencia como para transmitirla, sin que, en lo sucesivo, baste la simple comunicación entre el antiguo y nuevo constructor o empresario, tal como establecía el artículo 13,1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Sobre este particular hay que llamar la atención en relación la posibilidad de transferir el aprovechamiento urbanístico en suelo urbano, en aquellos casos en que el aprovechamiento permitido sobre la parcela excediera del susceptible de apropiación por su titular. En tales supuestos el titular de la parcela sólo podrá materializar el exceso de aprovechamiento permitido a través de alguno de los procedimientos siguientes:

- a) Acuerdo de cesión o distribución de aprovechamiento con propietario que se encuentre en situación inversa o afectado por un uso dotacional público local no incluido en una unidad de ejecución.
- b) Compra directa a la Administración de los aprovechamientos precisos.
- c) Cesión a la Administración de terrenos afectados a sistemas generales o dotaciones locales no incluidos en unidades de ejecución.

b.b.) Sobre el derecho a consulta urbanística.

La información sobre el régimen urbanístico de cada finca o sector, prevista en el artículo 55 de la Ley del Suelo, cobra especial relevancia. Información que, en orden al efectivo funcionamiento del nuevo régimen

puesto en la Ley del Suelo para la propiedad inmobiliaria, abarca no sólo los aspectos relativos a la planificación sino además sobre la ejecución de los Planes.

Esto exigirá un sistema informatizado de gestión del urbanismo y simultáneamente la puesta en ejecución de medidas coordinadas entre la Administración y los Registros de la Propiedad.

En esta línea la nueva Ley ha previsto la adopción de medidas más efectivas que las existentes hasta ahora. Así el artículo 25 establece que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escritura de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra, conforme al proyecto aprobado; y el artículo 56 prevé que no podrá inscribirse en el registro de la Propiedad acto o acuerdo alguno de transferencia de aprovechamiento urbanístico, sin que se acredite, mediante la oportuna certificación expedida al efecto, su previa inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamiento.

A estas medidas, previstas por el legislador, deberían incorporarse otros como la informatización, a nivel catastral del régimen urbanístico de cada parcela, que, comprendería datos relativos a su clasificación, y a ser posible clasificación urbanística aprovechamiento permitido y aprovechamiento susceptible de apropiación, si estuviese situada en suelo urbano, derechos urbanísticos consolidados, plazo para solicitar licencia de edificación, y si esta hubiese sido solicitada.

b.c.) Sobre la regulación del silencio administrativo.

Hacer un pronunciamiento favorable o contrario a la aplicación del silencio administrativo positivo o negativo en materia de licencias de edificación, exige una reflexión sobre los intereses que, en materia de aprovechamiento del espacio urbano, el Derecho debe tutelar con prioridad. Sobre la edificación confluyen intereses privados, en los que lógicamente existe una motivación económica importante.

El particular que promueve una construcción razonable que vele por obtener el mayor rendimiento de la inversión que realiza.

Por otra parte, para la Administración, por razón de los fines que institucionalmente está llamada a realizar existen intereses sociales, que en modo alguno, pueden ser abandonados.

Parece pues razonable, pues para hacer un pronunciamiento favorable o contrario al silencio administrativo positivo se deban ponderar ambos intereses en juego: los públicos y los privados.

Entender que el silencio administrativo positivo debe ser la regla, puede llevar a sacrificar objetivos tan importantes como la seguridad de las personas, la conservación del medio ambiente, la estética de los espacios urbanos o, como parece apuntar la nueva Ley del Suelo, el

interés por activar la construcción. Y, a la inversa, hace primar en todo caso los intereses sociales sobre la iniciativa privada puede provocar una falta de estímulo por construir, que puede perjudicar a la sociedad al impedir el acceso a la vivienda por los ciudadanos.

Los planteamientos que el legislador ha llevado a efecto hasta el momento actual podrían ser calificados excesivamente generalistas y uniformes, y desde luego necesitados de una nueva regulación que tenga en cuenta que las consecuencias que se atribuyen al silencio administrativo respecto al otorgamiento o denegación de la licencia no dispensa a la Administración de hacer pronunciamiento sobre la petición que se le formule.

El régimen del silencio administrativo está pensado como garantía jurídica del administrado pero no excluye la obligación de resolver de la Administración ni puede ser utilizado como pretexto para evitar el cumplimiento de dicho deber.

En ello la nueva Ley de Reforma del Régimen del Suelo ha introducido innovaciones que pueden servir de punto de arranque para que en el texto refundido que está por realizar concreten y aclaren los dos aspectos referidos: las garantías procedimentales en orden al acceso a los Tribunales haciendo efectivo el principio de tutela judicial efectiva (16) y la garantía del ciudadano en orden a obtener un pronunciamiento de la Administración. Aspectos ambos que deben ser objeto de valoración separada y no conjunta, de modo que el incumplimiento del deber de resolver comportaría la obligación de la Administración de indemnizar, pero en modo alguno justificaría o aportaría razón alguna para el reconocimiento del derecho a edificar.

Y es entonces cuando depurada la concepción del silencio administrativo de razones ajenas a las exigencias que derivan de la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva, la cuestión se encuentra en la vía adecuada para la solución. Pues lo importante para que dicha garantía constitucional sea efectiva no es que el silencio administrativo se entienda de modo negativo o positivo, sino acudiendo a una ficción legal, como es la existencia de un pronunciamiento presunto de la administración, quede abierta la posibilidad de control de tal pronunciamiento por parte del Poder Judicial. Lo que aquí se trata de proteger no es el Derecho a obtener licencia, derivado del derecho a edificar implícito en el de propiedad, sino el derecho a obtener un pronunciamiento de la Administración ajustado a Derecho y la posibilidad de que tal pronunciamiento pueda ser revisado judicialmente. Tal pro-

(16) La indefensión del ciudadano ante el Poder Público puede producirse en el ámbito del procedimiento o proceso (según se trate de una actuación administrativa se impida el acceso a la vía jurisdiccional.V. José Almagro Nosete «La prohibición constitucional de indefensión». Revista «Poder Judicial» nº Especial VI. Pág. 231.

nunciamento nos conduce en el nuevo texto legal a las siguientes consideraciones:

Primera: Que la Ley al referirse al otorgamiento de la licencia como hecho determinante para la adquisición del derecho a edificar, hace referencia a la necesidad de un pronunciamiento expreso de la Administración, puesto que «el acto de otorgamiento de la licencia ha de fijar preceptiva e inexcusablemente» los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras».

Por otra parte, el derecho a edificar no preexiste al momento en que se otorga la licencia, y, por tanto, no cabe entender que, ante el silencio administrativo, el derecho cobre su virtualidad y eficacia, quedando implícitamente eliminados los obstáculos para edificar, y por ello otorgada la licencia en sentido positivo en cualquier caso.

El criterio establecido en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones (artículo 9, párrafo 5) constituye una excepción al procedimiento «común» a todas las Administraciones Públicas previsto en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo por el que el ciudadano puede alcanzar la vía judicial, mediante la impugnación de un acto presunto denegatorio de una petición (artículo 94.1) o recurso administrativo (artículo 94.2).

Y al procedimiento común se remite el artículo 176 del nuevo reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, cuando dice: «Iniciado un expediente las Entidades Locales están obligadas a resolverlo expresamente. No obstante lo anterior, se aplicará la legislación sobre procedimiento administrativo común por lo que se refiere al silencio administrativo».

El artículo 149.1, apartado 18 de la Constitución Española, reserva a la exclusiva competencia del Estado la determinación del procedimiento común de las Administraciones Públicas, sin embargo, el urbanismo y la ordenación del territorio han sido asumidas como competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas.

Será preciso dilucidar, entonces, si la determinación del procedimiento de tramitación de licencias es competencia que corresponde a las Comunidades Autónomas en desarrollo de la legislación básica estatal, contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo o si en el ejercicio de sus competencias urbanísticas exclusivas, las Comunidades Autónomas pueden cumplimentar legislativamente el régimen jurídico de tramitación de licencias, sin sujeción a las normas comunes en materia de Procedimiento Administrativo.

Segunda: Que el silencio de la Administración deba ser entendido negativa o positivamente es una decisión en la que parece razonable huir de un criterio generalista y tener en cuenta la planificación existente en

la zona, y el tipo de edificación proyectado. Así no parece razonable que en áreas donde deban prevalecer intereses sociales, como zonas de especial protección por razones medio ambientales, deba ser admitido el silencio administrativo, en sentido positivo. De igual modo determinados proyectos para edificaciones en las que se vayan a ejercer actividades peligrosas, o insalubres.

Sin embargo podría admitirse el silencio administrativo positivo en los demás casos en que no queden afectados intereses sociales que merezcan una especial protección. En estos supuestos sería necesario fijar plazos para la iniciación y conclusión de las obras en la propia normativa urbanística, o en el Plan, atendiendo a las características del proyecto, de forma que tales plazos quedarán fijados «ope legis» dado que la nueva Ley determina que, en todo caso, la edificación queda sometida a los plazos que se fijen en la licencia; exigencia que sería suplida por las previsiones del Plan.

En definitiva, se podría fijar una regulación general sobre el silencio administrativo en materia de licencias de edificación, tanto positivo o negativo, y serían los planes los que determinarían en relación con las edificaciones que se realizasen en el espacio urbano ordenado, si el régimen a aplicar en el otorgamiento de licencias sería uno u otro; y en el caso de que se optase por la aplicación del silencio positivo, el Plan fijaría los plazos de iniciación y conclusión de las edificaciones atendiendo a las características de las obras.

De este modo constituirá competencia exclusiva del Estado la regulación general del silencio administrativo tanto positivo como negativo, y serían las Comunidades Autónomas las que, a través del desarrollo de la legislación estatal y del planeamiento, determinarían la aplicación del régimen jurídico fijado en las normas estatales, precisando en qué supuestos se habrían de aplicar las previsiones generales sobre silencio administrativo positivo o negativo.

b.d.) *Sobre el derecho del ciudadano a ser indemnizado por anormal funcionamiento de la Administración: denegación improcedente y demora injustificada del otorgamiento.*

La Ley enumera entre los motivos que facultan al ciudadano perjudicado para reclamar de la Administración actuante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados en los casos y con la concurrencia de los requisitos en las normas que regulan la responsabilidad extracontractual de la Administración, la «denegación improcedente de la Licencia» y la «demora injustificada en su otorgamiento». En realidad ambos motivos constituyen casos concretos de «funcionamiento anormal» de la Administración que, conforme al régimen jurídico general de responsabilidad previsto en el artículo 42 de la «Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación

forzosa, serían indemnizables por haber funcionado la Administración mal o tarde. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (artículo 16) ya preveía la posibilidad de anulación de licencias cuando «resultaren otorgadas erróneamente» sin distinguir entre el error de hecho o de Derecho.

La novedad de la Ley estriba en que se ocupa no del otorgamiento ilegal de la licencia, que sería un supuesto más de anulación, sino de su «denegación improcedente». Declaración de improcedencia que, salvo en los casos de nulidad radical de actuaciones, que podría ser estimada de oficio, corresponde hacer a los Tribunales pues la anulación de oficio sólo está prevista en la Ley del Suelo vigente para el caso de otorgamiento de licencias con infracción manifiesta y grave (artículo 187) pero no para los supuestos de denegación improcedente.

La «demora injustificada en el otorgamiento de licencias» constituye también una novedad de la Ley, no recogida específicamente en precedentes y disposiciones. En realidad, se trata de una precisión del legislador pues el funcionamiento tardío de la Administración y los perjuicios que de él puedan derivar, había sido ya reconocido por la jurisprudencia, como un supuesto más de funcionamiento anormal de los servicios públicos.

B) *En cuanto titular de Derecho a la licencia concedida.*

a) Derecho a edificar y derecho al aprovechamiento urbanístico.

Es principio informador y básico de la Ley, conforme a la disposición final primera que, la edificación va precedida en el tiempo del planeamiento, la urbanización y la equidistribución de las cargas y beneficios, con la correspondiente cesión de terrenos (artículo 11). El desarrollo del proceso urbanístico en la forma indicada lleva consigo pues, que la urbanización previa y la equidistribución de cargas y beneficios sea requisito imprescindible para el otorgamiento de la licencia.

Con ello se sale al paso de prácticas viciosas que en el suelo urbanizable y en suelo urbano con polígonos o unidades de actuación delimitados, otorgaban licencias condicionándolas a la simultánea urbanización del terreno aún sin haber adquirido firmeza el proyecto de reparcelación. Tal posibilidad tuvo su punto de arranque en una interpretación extrapolada del artículo 21.2.c del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que permitía el otorgamiento de licencias de edificación si el peticionario asumía el deber de costear y realizar simultáneamente la urbanización y si la construcción se atenía a las condiciones de seguridad, salubridad y estéticas adecuadas a su emplazamiento.

Con posterioridad, el artículo 83, párrafo 1, de la Ley de 1975 (Refundida por Real Decreto 1346/1976), permitía en el suelo urbano edificaciones siempre que quedara asegurada la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación. La aplicación de este precepto se realizó en muchas ocasiones, sin tener en cuenta que en el suelo urbano, con polígonos o unidades de actuación delimitados, era preciso previamente efectuar la equidistribución de cargas y beneficios a través del correspondiente proyecto de compensación o reparcelamiento.

Por ello, el reglamento de gestión Urbanística en su artículo 41 pasó a exigir, con acierto, que en el suelo urbano los propietarios de terrenos incluidos en polígonos o unidades de actuación podían solicitar licencia de edificación y cargas del Plan.

a) Hubiese ganado firmeza en vía administrativa en el acto de aprobación del proyecto de reparcelación o de compensación, si uno y otro fueren necesarios para la distribución de beneficios y cargas del Plan.

b) Por el estado de realización de las obras de urbanización la Administración considerará previsible que a la terminación de la edificación, la parcela contará con todos los servicios necesarios para tener la condición de solar.

c) En el escrito de solicitud de licencia se comprometía el peticionario a no utilizar la construcción hasta tanto no se concluyera la obra de urbanización y establecer tal condición en las cesiones del derecho de propiedad.

Estas previsiones eran muy semejantes para las construcciones destinadas a fines industriales que podían ser autorizadas cuando la seguridad, salubridad y no contaminación quedaren suficientemente atendidas y el propietario asumiera la obligación de transferir las cesiones obligatorias con compromiso inscrito en el Registro de la Propiedad.

La Ley 8/1990, siguiendo el camino iniciado por el texto anterior, explicitado de modo más concreto en el Reglamento de Gestión, sólo excepcional del régimen general (que exige la consolidación previa del derecho a urbanizar y el derecho al aprovechamiento urbanístico, para otorgar el derecho a edificar), las peticiones de licencia para construir en suelo urbano no incluido en una «unidad de ejecución», con exigencia en este caso de convertir previamente la parcela en solar o prestar garantía simultánea de urbanización y edificación, con lo que parece que los restantes supuestos de urbanización y edificación simultánea quedan eliminados con la aprobación de la nueva Ley.

En definitiva, el carácter reglado de la licencia impide al órgano que la ha de conceder establecer obligaciones no previstas o amparadas en la Ley que, desnaturalicen el régimen propio del acto, pues en tal caso

estaríamos ante un supuesto de ilicitud que determinaría no la invalidez del acto, sino de la cláusula que habría de considerarse como no puesta.

b) Derecho a edificar y derecho a la edificación.

En la Ley 8/1990 el derecho a edificar se convierte en un derecho transitorio hacia la edificación, al igual que el derecho a urbanizar se instituye como un paso previo y necesario para alcanzar el derecho al aprovechamiento urbanístico.

EL derecho a la urbanización se consolida cuando ésta se realiza al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (artículo 25) y el derecho al aprovechamiento se adquiere por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados por la legislación o el planeamiento urbanístico (artículo 15).

Esto explica que la licencia deba, por imperativo legal, fijar las condiciones temporales en que se debe ejercer el derecho a edificar para alcanzar el derecho a la edificación : «El acto de otorgamiento de la licencia fijará los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable.

El derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados, mediante su declaración formal, en expediente tramitado con audiencia del interesado « Artículo 23).

Extinguido el derecho a edificar, el interesado no podrá iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada salvo, previa autorización, u orden de la Administración, las obras estrictamente necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes y el valor de la edificación ya realizada (artículo 24.1).

La Administración extinguido el derecho a edificar expropiará los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o acordará su venta forzosa, valorándose aquéllos conforme el 50% del aprovechamiento urbanístico para el que se obtuvo la licencia, y las obras por su coste de ejecución.

Aunque la Ley no lo diga muy claramente, es obvio que si caduca la licencia por incumplimiento de los plazos a que estuviere condicionada, el tiempo transcurrido hasta que se produce el incumplimiento computa a efectos del plazo para solicitar licencia, que, en suelo urbano, se fija en dos años desde la aprobación del planeamiento y en suelo en que sea preciso urbanizar, en un año, a falta de previsiones legislativas o planificadas. De no ser así, quien incumpliere las condiciones de la licencia estaría en mejor situación que el que no la solicitare, convirtiendo el incumplimiento de las condiciones de la licencia en una fácil vía (en fraude de ley) para prolongar el plazo que el titular del aprovechamiento tiene para solicitar licencia y evitar de este modo, la reducción del aprovechamiento urbanístico.

La Ley, introduce como novedad que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. La medida constituye un paso positivo en orden a conseguir la adecuación a la legalidad urbanística de las construcciones y es asimismo una garantía para los adquirentes de viviendas que les permite tener constancia de que éstas se han ejecutado conforme a la legislación y al planteamiento urbanístico, evitando las sorpresas y compleja problemática ante la subrogación que establece la legislación urbanística en los compromisos asumidos por el anterior propietario.

Hubiese sido más adecuado que las comprobaciones exigidas se hubiesen canalizado a través de la licencia de primera ocupación, sobre todo si se advierte que la Ley no exige que el técnico competente que deba certificar la ejecución de la obra conforme a proyecto, sea el que haya dirigido la obra, (extremo esto que podría ser precisado en el desarrollo legislativo de la norma); pero aún así la medida adoptada por el legislador puede zanjar anticipadamente futuros problemas y desagradables sorpresas para compradores que responden frente a la Administración de cargas transmitidas con la propiedad; y por tanto, la medida debe ser valorada de modo favorable.

C) Anulación y revocación de la licencia.

c.a Anulación.

Al tener la licencia un carácter constitutivo de derechos, que posteriormente no pueden ser desconocidos por la Administración, y reglado: la anulación de la licencia por vicios que la hagan ilegal y que sean imputables a la Administración genera en el peticionario derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios causados (17).

El Tribunal Supremo ha hecho pronunciamientos relativos a daños por revocación o anulación de licencias ilegales, en las sentencias siguientes, entre otras: 14 de abril de 1981. Aranzadi 1843, 29 de abril de 1986. Aranzadi 4380, 11 de diciembre de 1986. Aranzadi 1042 /1987; 21

(17) La anulación de las licencias concedidas se efectuará por los Tribunales, a iniciativa privada, o pública (previa declaración de lesividad por la Administración).

Además, si el contenido de la licencia constituye una infracción urbanística grave y manifiesta, ésta deberá ser revisada dentro de los cuatro años desde la fecha de su expedición por la Corporación (anulación de oficio) a través de alguno de los procedimientos previstos en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y ello sin perjuicio, claro está, de que pueda revisarse también de oficio las licencias que incurran en vicio de nulidad absoluta conforme al artículo 47 de dicha Ley.

de junio de 1988. Aranzadi 4408 y 23 de enero de 1990, Aranzadi 339.

Los daños y perjuicios que habrían de ser indemnizados al titular de la licencia anulada serían los siguientes:

Primero. Los gastos que, justificadamente estén motivados por la edificación proyectada, tales como gastos de redacción del proyecto de edificación y tramitación debidamente acreditado, acopio de materiales, etc.

Segundo. El aprovechamiento urbanístico patrimonializado y que no fuese posible materializar en edificación tras la anulación de la licencia.

A este respecto, para entender lo indicado, procede distinguir conforme a la nueva Ley, entre:

a) El aprovechamiento urbanístico permitido según Plan. Se trata de una visión *ex ante* del aprovechamiento urbanístico. Es decir, el aprovechamiento urbanístico que el Plan autoriza en un determinado espacio urbano. A él se hace referencia, en el artículo 46 («aprovechamiento permitido sobre la parcela»).

b) Aprovechamiento urbanístico patrimonializado. Es el que resulta de la ejecución del Plan por el titular del suelo. Se adquiere por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados por el planeamiento o la legislación urbanística aplicable. En defecto de previsión de plazos, éste será de 4 años a contar desde la aprobación de dicho planeamiento (artículo 15). Igualmente puede ser adquirido en suelo urbano, cuando no se actúa a través de unidades de ejecución, mediante transferencias de aprovechamientos por alguno de los modos previstos en el artículo 46 (acuerdo de distribución de aprovechamientos, compra directa a la Administración de los aprovechamientos precisos o cesión a la administración de terrenos afectos a sistemas generales).

Hasta tanto no se obtiene la patrimonialización del aprovechamiento del aprovechamiento por alguno de los medios indicados la posibilidad de adquirirlo o potencialidad de adquisición deriva de la titularidad del suelo, de ahí que el derecho de propiedad tenga un carácter de derecho base del que derivan otros derechos independientes, como es el derecho al aprovechamiento urbanístico.

c) Aprovechamiento urbanístico patrimonializado y materializado en la edificación.

Entre esta tipología nos referimos, como indemnizable, al aprovechamiento urbanístico patrimonializado, que, tras la anulación de la licencia, no puede materializarse en edificación; pero no aquel que pueda materializarse tras la petición de una posterior licencia ajustada a derecho o el que es reconocido en sentencia, y que por tanto, no pierde su carácter lucrativo.

Tercero. Los gastos que justificadamente estén motivados por la edificación iniciada, si esta no fuese legalizable y tuviera que ser demolida (artículo 26 «contrario sensu»). No lo sería, en cambio, aquella parte de la edificación que, amparada en una licencia posteriormente declarada ilegal, excediera del correspondiente aprovechamiento urbanístico a que tuviese derecho su titular. En éstos casos si la Ley permite al particular amparado en la licencia que abone a la Administración no deba indemnizar, dada la posibilidad de legalización del exceso de aprovechamiento, (artículo 28), la anulación de la licencia.

Por el contrario la edificación realizada al amparo de una licencia posteriormente declarada ilegal y cuya obra deba ser demolida no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno (artículo 27.1), y por tanto la Administración, responsable de tal situación, debe indemnizar al titular de la licencia. La Ley, sin embargo, deja abiertas posibilidades a la legalización de obras cuyas licencias fueren anuladas por contravenir la ordenación urbanística aplicable, si esta contravención consiste en no haber adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico necesario, cuando se solicitó la licencia.

En estos supuestos-señala el artículo 27,3-procederá la expropiación de terrenos o su venta forzosa, pero deja abierta la posibilidad de que posteriormente se adquiera el derecho al aprovechamiento urbanístico del que inicialmente carecía; y en tales casos permite que tras haber solventado la carencia del aprovechamiento, siempre que formule tal solicitud dentro de plazo.

Cuarto. Por último la Administración deberá indemnizar también los daños y perjuicios que la anulación de la licencia comporte al titular de la misma en su relación con terceros, cuando dichos daños deriven de la imposibilidad de materializar la construcción o retraso, y esto provoque en el titular de la licencia resarcimiento de daños y perjuicios debidamente justificados, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Necesidad de indemnización que debe quedar probada en una posible reclamación ante la Administración, y que presupone siempre una relación de causalidad entre la anulación de la licencia y el resultado producido, con exclusión de cualquier actuación fraudulenta.

c.b. Revocación.

c.b.1. Aspectos generales: Revocación por nuevos criterios de apreciación.

Parece lógico que el legislador no se haya ocupado de la revocación de licencias por razones de oportunidad, pues ello constituye un supuesto de expropiación de derechos, que, pensamos, no ha merecido una referencia genérica en la ley. Esta es la consideración jurídica que para García de Enterría y T.R. Fernández tiene la revocación.

En rigor-señalan-, la revocación de actos declarativos de derechos

por razones de oportunidad es una operación materialmente expropiatoria incluida, en principio, en la fórmula legal del artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, aunque añade, que, desde un punto de vista jurídico formal, la revocación de actos por motivos de oportunidad no es posible canalizarla a través de esta vía, ya que la expropiación forzosa es un negocio formal, que exige, como requisito sine que non, una previa habilitación legal, es decir, una declaración por Ley de la utilidad pública o interés social de la privación coactiva de derechos privados» (18).

Ante esta dificultad, una parte de la doctrina se inclina por llevar a efecto la revocación de los actos declarativos de derechos, por razones de oportunidad, a través del proceso declarativo de lesividad (19). Sin embargo, tal opinión no se ajusta literalmente al artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo que reduce el procedimiento declarativo de lesividad a los supuestos de anulación y no de revocación; salvo que a la anulación de actos declarativos de derechos se dé una significación amplia que abarca tanto los supuestos de extinción por razones de legalidad como de oportunidad.

En cualquier caso la doctrina en general ha encontrado para la licencia de edificación, una salida, de carácter excepcional, a través del artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones que permite dejar sin efecto las licencias cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación, con resarcimiento de daños y perjuicios.

El problema se suscita tras la nueva Ley al no incluir entre los motivos determinantes de responsabilidad de la Administración que comporte indemnización por daños y perjuicios, la revocación de licencias, ¿supone esto una voluntad explícita de incluir el instituto de la revocación de licencias, por adopción de nuevos criterios en la expropiación; o al tratarse de una Ley de Reforma de las disposiciones establecidas debe entenderse que se mantiene la posibilidad de revocación, sin acudir al instituto expropiatorio? Este es un problema que el texto refundido debe solventar.

Por lo demás en relación con el resto de motivos que el artículo 16 del Reglamento de servicios preveía como supuestos de revocación, la nueva Ley ha recogido la revocación por incumplimiento de condiciones y por cambio de circunstancias en casos concretos, a los que a continuación nos referimos. Carece de alcance específico la revocación de licencias por error en el otorgamiento pues, como indica García de Enterría, este tipo de revocación es diluible en la revocación por motivos de oportunidad o en la anulación por razones de legalidad (error de Derecho).

(18) Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. pág. 476

(19) López Pellicer «Lecciones de Derecho Administrativo». Tomo I. Pág. 291.

c.b.2. Revocación por incumplimiento de condiciones.

Constituye un supuesto de revocación -sanción.

Al igual que la falta de solicitud de licencia dentro de plazo provoca una revocación-sanción sobre el derecho al aprovechamiento urbanístico, que queda reducido en un 50% y sometido a expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa, previa decisión de la Administración, con audiencia al interesado (artículos 18 y 22).

Al igual que ello, decimos, el derecho a edificar una vez adquirido se extingue por incumplimiento de los plazos fijados de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad con la normativa aplicable, estatal o de las Comunidades Autónomas. La licencia queda sin efectos, salvo los indispensables para efectuar obras que garanticen la seguridad de las personas o eviten la ruina de la obra ya realizada (artículo 24). Y también, del mismo modo que ocurre con la no petición de licencia, la administración viene obligada a expropiar los terrenos o realizar su venta forzosa, conforme a parecidos criterios fijados en los casos de falta de petición de licencia de obras: reducción del 50% del aprovechamiento urbanístico para el que se obtuvo licencia y valoración de las obras por su coste de ejecución, dado que la obra puede haber sido comenzada.

c.b.3. Revocación por cambio de circunstancias.

Específicamente, la nueva Ley, ha previsto un supuesto especial de revocación de licencia, si en el momento de adquirir vigencia la modificación o revisión del planeamiento se hubiera patrimonializado el derecho a edificar, pero aún no se hubiera iniciado la edificación. En este caso, se entenderá extinguida la eficacia de la licencia en cuanto sea disconforme con la nueva ordenación, debiendo indemnizarse la reducción de aprovechamiento lucrativo resultante de las nuevas condiciones urbanísticas, así como el 25% del coste de ejecución del proyecto para el que se obtuvo la licencia de edificación y la totalidad de los gastos que, justificadamente, estén motivados por la edificación proyectada o iniciada (artículos 87 y 82,3).

IV. RESUMEN Y CONCLUSIONES.

Primera: La Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo mantiene y desarrolla los principios informadores de la Ley 19/1975, de 2 de mayo de Reforma de la Ley sobre Régimen de Suelo, por cuanto hace depender la adquisición del derecho a edificar del cumplimiento efectivo del Plan e impide el reconocimiento de dicho derecho, si no existe planeamiento previo, aunque fuera mínimo. el derecho a edificar se constituye como un derecho independiente del

derecho de propiedad, al surgir y estar vinculado al planeamiento.

Segunda: La nueva Ley 8/1990 hace especial hincapié, y complementa la normativa anterior en este punto, en el principio de no patrimonializar derechos a favor del titular del suelo en tanto no se ejecute el planeamiento dentro de los períodos y plazos provoca la reducción o pérdida del derecho al aprovechamiento urbanístico o del derecho a edificar (20).

Tercera: El derecho a edificar no es un derecho que haya sido asumido por la colectividad y ésta transfiere posteriormente al ciudadano. El derecho a edificar surge del derecho al aprovechamiento urbanístico que, a su vez, deriva del Plan debidamente ejecutado. De igual modo, el aprovechamiento urbanístico reconocido con carácter general en el Plan, se patrimonializa previo cumplimiento de los deberes de urbanización, cesión y equidistribución, a través de las técnicas reparcelatorias, a fin de distribuir entre los titulares iniciales y en función de sus respectivas aportaciones, los nuevos solares resultantes atribuyendo más solares o de más calidad a quienes más suelo aportaren.

Cuarta: El derecho a edificar se define, por tanto, como aquel que permite transformar en edificación el derecho al aprovechamiento urbanístico previsto en el Plan para una determinada parcela, y la licencia de edificación como el acto reglado de la Administración en que se constituye tal derecho, en base al planeamiento ejecutado.

Quinta: La licencia de edificación, al igual que la concesión, es un acto constitutivo de un derecho, y se diferencia de ésta por razón de su carácter reglado, frente a la discrecionalidad que define esencialmente a la concesión. Las denominadas concesiones vinculadas son en realidad actos de constatación y no auténticas concesiones.

(20) Vicente Boix Reig se plantea los resultados prácticos de la Ley y prevé que «en los grandes municipios, que suelen estar bien dotados de tecnología tanto en el sector administrativo como en el sector empresarial, el avance pedagógico de la gradualización del contenido urbanístico del derecho de propiedad puede movilizar suelos artificialmente congelados para el tráfico inmobiliario, pero no parece ser tan optimista la situación en que se encuentran la generalidad de los municipios, abocados tras la aprobación del Proyecto de Ley, a una urgente y en ocasiones drástica modificación de los Programas del Plan, para lo que en muchas ocasiones no van a disponer de medios adecuados. «Urbanismo y Derecho», pág. 271. Edit. Trivium. 1990.

Lo apuntado por Boix responde a una visión realista de la Administración Local Española; y a ello añadimos que el problema es más grave, si se tiene en cuenta la escasa atención que en la aplicación del planeamiento se le ha dado hasta ahora a los Programas de Actuación, de modo que no es habitual respetar las previsiones temporales previstas en los planes para la producción de suelo urbanizado. De ahí que la dependencia que la Ley establece entre el nacimiento, modificación o extinción de los derechos que componen el contenido de la propiedad inmobiliaria y su vinculación al cumplimiento de las previsiones temporales que la nueva Ley establece, sea el punto débil de la reforma poniendo en peligro la operatividad de las demás previsiones legales.

Sexta: El carácter constitutivo de la licencia de edificación coloca al peticionario en una posición distinta a la que tenía en el reglamento de Servicios de las corporaciones Locales y ello afecta a la legitimación para solicitar y transmitir la licencia; y a su adquisición y pérdida, que se vincula en la Ley a plazos determinados.

Séptima: La nueva Ley comporta la necesidad de dar regulación distinta al silencio administrativo y a la demora injustificada de la Administración para resolver.

Octava: Se hace necesario ampliar el derecho a la consulta urbanística a aspectos relacionados con la ejecución del planeamiento, en beneficio de las garantías y seguridad jurídica del ciudadano. el derecho a la información exige una actuación coordinada entre la Administración y el registro de la Propiedad. La aplicación de la Ley exige en la práctica la utilización de medios informatizados y mecanizados.

Novena: La nueva Ley introduce mecanismos de flexibilidad, para, a través de procedimientos compensatorios de aprovechamientos urbanísticos, remodelar el suelo urbano con criterios de equidistribución de cargas y beneficios (transferencias de aprovechamientos urbanos).

Décima: La Ley introduce también prudentes medidas que permiten encontrar vías de solución para las edificaciones ilegales mediante mecanismos que impiden patrimonializar tales obras; y, a su vez, ofrece salidas flexibles para regularizar situaciones derivadas de aprovechamientos urbanísticos no autorizados.

