

ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO

INFORME ANUAL - 2011 - ESPAÑA

(Diciembre 2011)

Prof. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

1. Muy poco hay que reseñar en este año 2011 en lo que respecta a este sector, que a consecuencia de la crisis económica está prácticamente paralizado.

La principal y casi única novedad en el plano legislativo es el cambio del sentido del silencio de la Administración en materia de autorizaciones y licencias urbanísticas, que ha pasado a tener carácter negativo con el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 Julio (artículo 23).

En rigor, la citada norma no ha hecho otra cosa que convertir en prosa legal la categórica doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 28 de Enero, 28 de Abril y 7 de Julio de 2009, la primera de las cuales advirtió con un énfasis rigurosamente inusual que “a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta sentencia nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y Tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España”.

Este nada habitual recordatorio se explica por el empeño del Tribunal Supremo de poner fin definitivamente a una muy vieja polémica que le ha tenido a él mismo dividido durante muchos años en torno a los efectos del silencio en materia de otorgamiento de

licencias en aquellos casos en los que el proyecto técnico presentado por los solicitantes no fuese conforme con el plan o norma urbanística aplicable.

La respuesta inicial a este problema fue la de considerar que el silencio de la Administración suponía en todo caso el otorgamiento de la licencia incluso en los supuestos en que el proyecto técnico fuese disconforme con el plan de ordenación. A esa primera respuesta que hacía primar la seguridad jurídica sobre la legalidad se unió pronto otra de signo opuesto que negó en consecuencia que pudiera entenderse otorgada la licencia por silencio positivo si existía disconformidad entre el proyecto y la norma. Esta segunda línea de respuesta fue acogida por el legislador que incluyó en el apartado tercero del artículo 178 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de Abril de 1976 un inciso según el cual “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento”.

La norma pasó como artículo 242.6 al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y, más tarde, a la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas. No consiguió, sin embargo, pacificar el asunto, porque, como es obvio, por muy categórica que la Ley se muestre el silencio de la Administración genera siempre una incertidumbre irreductible en torno a si el proyecto presentado se ajusta o no al planeamiento, cuestión ésta que, en último término, termina remitiendo a la decisión de los Tribunales y a su actitud, más o menos favorable, al principio de legalidad o al de seguridad jurídica.

Esta polémica inacabable es la que quiso zanjar el Tribunal Supremo en las Sentencias más atrás citadas afirmando la imposibilidad de obtener por silencio una licencia para realizar un a obra o una actividad contraria al plan. Y esta es, en fin, la solución que el artículo 23 del Real Decreto Ley 8/2011 ha terminado por establecer. A partir de ahora, por lo tanto, “los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo...requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística”, por lo que “el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la

resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo”.

2. Uno de los problemas más preocupantes en el Derecho Urbanístico español es el de la ejecución de las Sentencias firmes que anulan planes o licencias a cuyo amparo se han construido viviendas que cuando dichas Sentencias se producen han sido ya vendidas por sus promotores a terceros de buena fé, que, como es lógico, se resisten por todos los medios posibles, a que dichas viviendas sean demolidas.

La posición de la Sala 3ª (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo al respecto se ha hecho progresivamente más y más rigurosa en el sentido de rechazar las pretensiones de que se declare la imposibilidad legal de ejecutar estas Sentencias cuando con posterioridad a las mismas se produce un cambio del planeamiento (propiciado muchas veces para convertir en legal *a posteriori* lo que con anterioridad no lo era).

Del rigor de esta posición adoptada por el Tribunal Supremo en este asunto da fé la Sentencia de 12 de Mayo de 2006, según la cual “los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar una sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que los que los adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución”. En esa misma línea de rigor se sitúa la Sentencia de 26 de Septiembre de 2006, que afirma sin vacilación que “la fé pública registral y el acceso de los derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fé con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado”.

Como puede suponerse, este planteamiento dista mucho de ser pacífico y cuenta con la oposición de la doctrina privatista (vid. el reciente libro de V. GUILARTE, *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, Octubre 2011). Tampoco sirve, como es natural, para resolver los problemas que plantea la ejecución de este tipo de sentencias porque no basta decir a quien se queda sin la casa en que vivía que tiene acción para reclamar a quien se la vendió o a la Administración que otorgó en su día la licencia declarada nula.

La presión de las “víctimas” es muy fuerte en algunas Comunidades Autónomas, tanto como para haber conseguido en el caso concreto de Cantabria que el Parlamento regional haya aprobado dos Leyes con la finalidad de encontrar una solución razonablemente satisfactoria para quienes a sí mismos se consideran “maltratados por la Administración” y se han constituido en una asociación así bautizada.

Una de esas Leyes, la 6/2010, de 30 de Julio, ha introducido en la Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria de 25 de Junio de 2001 un precepto que autoriza a los Ayuntamientos a dejar sin efecto la orden de derribo en aquellos casos en los que a las edificaciones a derribar se hubieren unido otras “legalmente construidas con posterioridad” que hubieren contribuido a transformar el paisaje de la zona privando a ésta “de los valores que determinaron la necesidad de demoler” aquellas edificaciones iniciales.

Otra Ley de 4 de Abril de 2011 ha establecido que en caso de que sea precisa la demolición habrá de fijarse con carácter previo y hacerse efectiva por la o las Administraciones responsables la correspondiente indemnización.

Sobre ambas normas se ha elaborado por el Gobierno de Cantabria un plan de acción sobre cuya viabilidad habrá de pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma.