

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Aguas. Concesión y canon concesional. Vinculación de la concesión a la titularidad de las tierras. Inactividad de la Administración.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 26 de febrero de 2002 desestimatorio de la reclamación nº 41/1512/00 formulada contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la liquidación nº 6245 girada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir a la actora por el concepto canon de regulación general -regulación directa- campaña 1998, por importe de 7.878,41 euros.

Según resulta del expediente administrativo con fecha 25 de julio de 1995 la sociedad actora comunicó a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por escrito que, con motivo de la parcelación y venta de 156 Has de la finca a la que se refiere la concesión de aguas otorgada el 23 de mayo de 1972, se proceda a darle de baja como titular de la misma sin que se emitan más recibos en lo sucesivo. En respuesta a dicha petición, la Confederación Hidrográfica comunica a la recurrente que para darle de baja en al concesión como titular deberá ponerse en contacto con el Servicio de Censos y Facturación a fin de regularizar su situación económico-administrativa antes de incoar el expediente de caducidad de la concesión.

Con motivo de girar a la actora el canon de regulación de la campaña de 1996, mediante escrito registrado el 5 de febrero de 1998 comunica a la Confederación Hidrográfica que la facturación debería girarse a los nuevos titulares de la finca que fue vendida y parcelada en el año 1995, adjuntando la relación de los nuevos adquirentes.

Sobre la base de tales hechos, el TEARA considera que no debe considerarse como solicitud de cambio de titularidad de la concesión el escrito de fecha 25 de julio de 1995 y que la petición que en tal sentido se lleva a cabo el 5 de febrero de 1998 no surte eficacia a efectos jurídico-administrativos hasta que la Administración aprueba el cambio de titularidad y se produce la consiguiente inscripción en el Registro de Aguas, siendo así que a la fe-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN

cha en que se practica la liquidación aquí impugnada, 30 de marzo de 1999, no había transcurrido el plazo de 18 meses de que dispone la Confederación Hidrográfica para resolver sobre la transferencia, razón por la cual el obligado al pago sería la recurrente.

La Administración viene obligada, en interpretación de las solicitudes presentadas por los interesados, a dar a las mismas el trámite que corresponda de conformidad con lo realmente pedido. Sobre esta base, el escrito presentado por la recurrente el 25 de julio de 1995 ya ponía de manifiesto la parcelación y venta de los terrenos sobre los que se destinaba el agua objeto de la concesión para el riego. De aquí que, al margen de la solicitud de baja en la titularidad, la Administración ya tenía conocimiento desde esa fecha de la transmisión de los terrenos. Esto obligaba ya a la Confederación Hidrográfica, al margen de la posibilidad de exigir débitos pendientes, a reclamar a la actora la documentación necesaria acreditativa de la transmisión si no la consideraba suficiente y ello a fin de proceder al cambio de titularidad ya que, de conformidad con el art. 99.4 del RDPH, aprobado por Real Decreto 849/1986, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, como regla general y sin perjuicio de especialidades que no son del caso.

La inactividad de la Administración es suplida por la recurrente cuando el 5 de febrero de 1998, con motivo de girarle el canon de 1996, vuelve a poner en conocimiento de la Confederación Hidrográfica la transmisión onerosa de la titularidad de los terrenos, aportando nombres y domicilios de los nuevos adquirentes. No obstante, más de un año después vuelve a girar la liquidación del canon, esta vez referida a la campaña de 1998 bajo el argumento de que no habiendo transcurrido el plazo para resolver el expediente de cambio de titularidad y teniendo la inscripción en el Registro de Aguas carácter constitutivo, la sociedad actora seguía siendo la obligada al pago, argumento que no puede acogerse pues, ya la Administración debió iniciar el procedimiento para aprobar en su caso el cambio de titularidad en el año 1995 y, desde luego, lo que no cabe es acogerse al no agotamiento del plazo para la resolución de un procedimiento para obligar al pago de un canon de riego a quién ni es titular de las tierras ni, obviamente, es usuario del agua de riego, cuando estos hechos son ya conocidos previamente por la Confederación Hidrográfica que, además, bien pudo otorgar, pues dispuso de un año para ello, de una autorización provisional como dispone el art. 147 RDPH para el cambio de titularidad en la concesión. Al no hacerlo así alteró indebidamente la natural condición de sujeto pasivo del canon desnaturalizándolo respecto al obligado a su pago, razón por la cual debe considerarse nula la liquidación impugnada.

Junto a la pretensión anulatoria se insta en la demanda la condena de la Administración al reembolso del coste de los avales prestados para suspender la ejecución de la liquidación impugnada y cuyo derecho, ya declarado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo como un supuesto de responsabilidad patrimonial, ya viene reconocido en el art. 12 de la Ley 1/1998, de 26 de

febrero, sobre Derechos y Garantías de los Contribuyentes, si bien la determinación de su importe será el fijado, en su caso, en ejecución de sentencia.

(St. de 30 de julio de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Resolución de carácter posiblemente aflictiva a los intereses del recurrente adoptada sin procedimiento y sin que tenga un contenido sancionador tipificado. Nulidad de esa resolución.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Subdelegado del Gobierno en Cádiz, de fecha 25 de septiembre de 2000, por el que se tiene al demandante por organizador de los actos que los días 18 y 25 de septiembre tuvieron lugar con la concentración de numerosas furgonetas que colapsaron el tráfico en la ciudad de Cádiz, añadiendo que “en consecuencia se le exigirá la responsabilidad correspondiente”.

Considera la Administración que en los dos días citados la concentración de furgonetas conducidas por vendedores ambulantes en cuanto acto reivindicatorio, tuvo lugar incumpliendo las exigencias que para reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público exige la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión y que, como quiera que la responsabilidad en el cumplimiento de tales exigencias corresponde a los organizadores o promotores, el demandante, al suscribir el correspondiente escrito de comunicación de las concentraciones se le tiene por organizador y en consecuencia se le exigirá la responsabilidad correspondiente.

La declaración de posible responsable de la infracción grave que, según el art. 23 c) de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, supone la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones incumpliendo lo preceptuado en la L.O. 9/1.983, de 15 de julio, figura como tal en el párrafo 2 del precepto citado. Obviamente la imposición de cualquier sanción administrativa exige determinar la persona física o jurídica posible responsable de su comisión y es la propia L.O.1/1992, dentro del Capítulo IV referido al régimen sancionador, la que determina quién, en estos casos, debe considerarse responsable de ilícita reunión o manifestación. Una declaración de la persona responsable si no va dirigida a la posible imposición de una sanción a la misma carece de finalidad y objeto alguno y, por ello, la resolución administrativa que contenga tal declaración debe considerarse incardinada en el procedimiento sancionador que necesariamente debe seguirse para la imposición de sanción.

De lo anterior se deduce que sería necesario la incoación de un expediente sancionador que tenga por objeto determinar los hechos constitutivos de in-

fracción, persona/s responsable/s y sanción a imponer, todo ello de conformidad con los principios de audiencia al interesado, economía, celeridad y sumariedad que señala el art. 31 de la L.O. 1/1.992.

En el presente caso, al margen de la extrañeza que implica un acto con el contenido como el impugnado que se limita a declarar la persona responsable pero sin imponer sanción alguna, dejándose ésta a una ulterior actuación administrativa, lo cierto es que ni se ha iniciado procedimiento alguno ni, obviamente, se ha respetado el principio esencial de audiencia previa. Estamos, por tanto, como ya dijimos en el auto de 7 de octubre de 2003, desestimatorio de la alegación previa de inadmisibilidad formulada por el Abogado del Estado, con un acuerdo que afecta a la esfera de intereses del recurrente en la medida en que la declaración de responsable le hace posible sujeto de sanción administrativa, pero que se ha adoptado, no obstante su naturaleza potencialmente aflictiva, sin seguir procedimiento alguno, lo que la hace radicalmente nula, con la consiguiente declaración de nulidad pretendida en la demanda.

(St. de 23 de abril de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XVIII. PERSONAL. OPOSICIONES. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES, PROCEDENCIA.

Se impugna en el presente proceso el Decreto nº 236 de fecha 17 de enero de 2000, dictado por el Teniente Alcalde de Hacienda, Personal y Servicios Generales Internos del Ayuntamiento de Córdoba por el cual se desestiman las alegaciones presentadas contra las calificaciones otorgadas por el Tribunal Calificador de la Convocatoria para la provisión en propiedad de 8 plazas de Ordenanza, mediante el sistema de oposición en turno libre, incluidas en la oferta de empleo público de 1992.

Considera la recurrente que la respuesta dada por válida por el Tribunal Calificador a la pregunta nº 11 del segundo ejercicio de la convocatoria antes referida ha sido equivocada. En concreto la pregunta es del siguiente tenor: “un ordenanza recibe la orden de transportar a brazo una caja de madera que está astillada, comunicándole quien da la orden, que antes de portearla y, como medida de protección, debe eliminar las astillas”. El Tribunal Calificador entendió que, en los términos en que se formula la pregunta, la respuesta válida es la que considera tal mandato como “correcto”, en tanto que la demandante considera que debería haber sido la de “incorrecto”. Fundamenta su parecer la actora en lo recogido en el Tríptico de Seguridad “Manipulación Manual de Cargas” del Ayuntamiento de Córdoba que seña-

la que “para cargar materiales pesados, o cuya superficie tenga filos cortantes, astillas o rugosidades que puedan causar heridas en las manos, será obligatorio el uso de guantes”. Del mismo modo, los apuntes para las oposiciones a Ordenanza, distribuidos por una librería, dice en lo relativo a las indicaciones para la manipulación manual de cargas, en relación con la superficie de la carga, que “no debe tener elementos peligrosos que puedan provocar lesiones a quienes la transporte. En caso contrario, se deberán usar guantes apropiados. Dichos elementos peligrosos pueden ser: bordes cortantes, cargas resbaladizas (en sí misma o por algún derrame externo), carga demasiado caliente o demasiado fría, etc.”.

Los Tribunales calificadoros de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas, pues, en principio, los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que le pueda aportar una prueba pericial especializada en segundos Tribunales Calificadores, que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación lo que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponde al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas.

Ahora bien, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de la actividad valoradora de los Tribunales de calificación, pero no la elimina totalmente. La observancia de los elementos reglados o los supuestos de error ostensible o manifiesto son ejemplos en los que, el aceptado espacio de libre apreciación de los órganos de calificación queda sujeto a control. A estos casos debe equiparse aquellos que, atendidas las características específicas de la prueba en que participa el opositor, la pregunta es formulada en términos tales que la respuesta es confusa o igualmente válida cualquiera de las presentadas como tales.

Sobre las premisas anteriores, y siempre referido al presente caso que examinamos, se advierte que, cuando menos, no queda clara la respuesta que puede considerarse como válida a la pregunta impugnada. El Tríptico de Seguridad, a que hace referencia la actora, y publicado por el propio Ayuntamiento convocante de la oposición, señala que para la carga de materiales que presentas astillas será obligatorio el uso de guantes. De esta forma la respuesta válida sería considerar como “incorrecta” la afirmación que se contiene en la pregunta. Sin embargo, también debe reconocerse que la orden de eliminar las astillas antes de transportar la carga puede considerarse como “correcta” por no ser una decisión en absoluto ilógica o absurda. En cualquier caso lo cierto es que hay confusión respecto a cual deba ser la respuesta válida en los términos en que se plantea la pregunta. Por eso, la solución en Derecho que debe dar es la de anular la pregunta nº 11 del segundo ejercicio, anulación que obliga, en respeto al principio de igualdad, a realizar una nueva valoración del ejercicio segundo de todos los opositores, con determinación de una nueva puntuación que tenga en cuenta la

anulación de dicha pregunta y resultado de la cual es dónde definitivamente se determinará si la recurrente ha alcanzado o no puntuación suficiente para serle concedida alguna de las plazas ofertadas.

(St. de 28 de mayo de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

Residencias de la tercera edad. Licencia y transmisión de la misma. Requisitos mínimos: incumplimiento. Faltas muy graves en procedimiento sancionador.

Se impugna en el presente proceso la resolución del Consejero de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de fecha 8 de febrero de 2001 imponiendo a la actora, como titular del Centro Residencia de Mayores “Villa Teresa”, de Valencina de la Concepción (Sevilla), sendas sanciones de multa por importe de 60.101,22 euros por la comisión de dos infracciones muy graves tipificadas en el art. 53 a) y c) de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección de las personas mayores, así como el cierre total del Centro hasta la obtención de la preceptiva autorización administrativa.

Como vicio procedimental, la demanda comienza señalando la infracción derivada del hecho de que el Consejero de Asuntos Sociales haya tardado más de tres meses en resolver desde que le fue remitido el expediente sancionador.

Aunque la demandante no especifica la concreta disposición ni el precepto cuya infracción se dice cometida, en la medida en que en la demanda se menciona el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, es de suponer que la actora se refiere al Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, el cual solo prevé la caducidad del procedimiento sancionador iniciado para el caso de que su tramitación se prolongue más de seis meses, pero no se prevé tal consecuencia para el supuesto de que, no superado dicho plazo máximo de finalización, el acuerdo sancionador se emita transcurrido un periodo de tiempo superior al previsto reglamentariamente.

Entrando en el examen de cada una de las infracciones por las que se sanciona, el art. 53 c) de la Ley 6/99, de 7 de julio, tipifica como infracción muy grave “el ejercicio de actividades propias de los servicios y centros de servicios sociales sin contar con autorización administrativa”. Entiende la recurrente que tal infracción no ha podido ser por ella cometida pues el Centro fue creado y puesto en funcionamiento en el año 1997 por su anterior titular, siendo en agosto de 1999 cuando la actora, en virtud de contrato de arrendamiento, pasa a titular del mismo. En todo caso, razona, lo que habría existido es la infracción derivada del incumplimiento de poner en co-

nocimiento de la Administración el cambio de titularidad, pero incluso llega a negar que tal obligación corresponda al nuevo titular a tenor de lo dispuesto en los arts. 5.2) y 22 del Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales en Andalucía.

Al respecto hay que señalar que la infracción que se sanciona no es la derivada de la falta de comunicación a la Administración del cambio de titularidad, sino la de falta de autorización administrativa para su funcionamiento. En este sentido, el art. 9 del Decreto 87/1996 dispone que los actos de creación, construcción y modificación sustancial, bien estructural o funcional, del Centro o Servicio que se preste a través de un Centro, quedarán sometidas al régimen de autorización previa que, según el precepto siguiente, tiene por objeto comprobar la adecuación del proyecto presentado a las condiciones mínimas materiales según las necesidades sociales que pretenda satisfacer. Asimismo, según el párrafo 2º del art. 9 de la norma citada, los actos de puesta en funcionamiento de un Centro o Servicio estarán sometidos, en todo caso, al régimen de autorización de funcionamiento que, según el art. 12, se obtendrá una vez que, en su caso, se tiene la autorización previa y la licencia municipal de obras y que deberá ser anterior a la iniciación o modificación de la actividad del Centro o Servicio.

Sobre la base de tal normativa, en el presente caso, la titular originaria del Centro solicitó en octubre de 1997 la autorización previa, requiriéndole el IASS la aportación de documentación complementaria que nunca fue presentada, por lo que ni existe autorización previa, ni, obviamente, de funcionamiento. De aquí entonces que la actora, haciéndose cargo de la titularidad del Centro, ha mantenido el funcionamiento del mismo sin las preceptivas autorizaciones, incurriendo en la infracción por la que se le sanciona y ello al margen de que la situación de irregularidad ya existiera desde un primer momento.

La segunda de las infracciones sancionadas es la derivada del incumplimiento de las condiciones mínimas materiales y funcionales del Centro que, en el presente caso, se consideran especialmente dañosas para los derechos fundamentales de los usuarios del mismo.

Considera la recurrente que respecto a las condiciones exigibles, la Administración incurre en el error de considerar que nos encontramos ante un Centro Residencial para Personas Mayores, cuando en realidad se trata de un Vivienda Tutelada cuyas exigencias funcionales y materiales son inferiores al primero.

Diffícilmente se pueda hablar de Vivienda Tutelada en los términos que define ésta la Orden de 28 de julio de 2000 como pequeña unidad de alojamiento destinada a personas mayores que posean un grado suficiente de autonomía y cuya capacidad máxima sea de 10 de personas cuando, en el presente supuesto, tal número de residentes se supera y, además, se hace mención a la incapacidad de algunos de ellos, sin necesidad, como parece pretender la recurrente, de que deba existir declaración judicial de incapaci-

dad o determinación precisa y detallada de la falta de autonomía de cada residente.

Igualmente se discute la graduación de la sanción. En realidad, la demandante parece referirse al tipo de infracción que entiende debería, en el peor de los casos, calificarse de grave y no como muy grave, pues, la sanción por importe de 60.101,22 euros es la mínima para las infracciones muy graves según el art. 57 c) de la Ley 6/99.

Si examinamos la relación de deficiencias que se advierten tras la visita de los Servicios de Inspección, previa denuncia, y que, según el acuerdo sancionador abarcan aspectos tales como el incumplimiento de las Normas Técnicas para la accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas, inexistencia de sistema de climatización y de comunicación interior, ausencia de calidad en el mobiliario y equipamiento, no señalización de las salidas y dependencias, carencia de condiciones higiénicas con un solo cuarto de baño, no adaptado, sin espacios adecuados para proporcionar los tratamientos adecuados de desarrollo de programas de atención a personas mayores, entre otras, la conclusión a la que cabe llegar es que tales carencias o deficiencias, no desvirtuadas por la documental que se aporta, son de entidad suficiente para justificar la calificación de la infracción cometida como muy grave.

(St. de 23 de julio de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente. Vázquez García)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Eficacia del planeamiento. Publicación. Otorgamiento de licencia con base a convenio de planeamiento: improcedencia. Doctrina general.

Es objeto de impugnación en estos autos la licencia de obras número 449/97 otorgada por el Ayuntamiento de Marbella el día 12 de diciembre de 1997, que autorizaba la construcción de 136 viviendas.

La pretensión que se hace valer en estos autos es, de acuerdo con el suplico de la demanda, que se revoque la anterior resolución, se declare la disconformidad a derecho de la licencia de obras; se acuerde la demolición de las edificaciones y obras ejecutadas al amparo de la misma y, subsidiariamente a esta petición de demolición, se declare la obligación del Ayuntamiento demandado a indemnizar al recurrente por los daños y perjuicios ocasionados por la concesión de la licencia.

Los fundamentos jurídicos que sustentan esta petición son los siguientes. La licencia se ha otorgado en contra del planeamiento vigente, plan general de ordenación urbana de Marbella de 1986, como consta en el informe del arquitecto técnico municipal de 15 de diciembre de 1997 que afirma lo siguiente: "la parcela donde se actúa se encuentra situada en terrenos clasifi-

cados por el P.G.O.U. vigente (1986) como urbano e incluidos en el polígono PA-SP-28 “Las Petunias”. La calificación urbanística asignada a la misma es en parte zona verde pública y en parte equipamiento educativo público. Con el proyecto presentado se pretende la construcción de un edificio plurifamiliar exento rodeado de jardines privados en directa relación con la edificación (tipología edificatoria B-8) extremo éste que no lo entendemos ajustado a las determinaciones del P.G.O.U. vigente”. Sin embargo la licencia se otorga porque se ajusta al Plan General que se encuentra en tramitación. Como el recurrente afirma la nulidad radical de la licencia deduce la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los perjuicios que la construcción le ha ocasionado en su propiedad que, según afirma, se ha resentido en cuanto a su valor económico.

La Administración demandada afirma que el P.G.O.U. de 1986 no fue objeto de publicación en su día y por tanto es ineficaz, por eso, el Ayuntamiento demandado considera que al momento de la concesión de la licencia existía una aprobación inicial por parte del Ayuntamiento de la revisión del planeamiento general de la ciudad, que es la que debe aplicarse a la licencia impugnada. También afirma que la licencia trae causa de un convenio urbanístico incluido en dicho expediente de revisión.

- El debate así planteado se reduce a que este Tribunal compruebe la legalidad de la licencia impugnada de acuerdo con las normas que rigen la concesión de la misma. Normas que para la parte recurrente son el Plan General de Ordenación Urbana de Marbella de 1986 y para la Administración demandada, de una parte, se encuentran en la revisión de dicho plan aprobado por el Ayuntamiento, y de otra parte, en un convenio urbanístico.

- La licencia impugnada debe ser contemplada desde las siguientes premisas. Como todo acto administrativo producido por una Administración pública debe responder al principio de legalidad, en el sentido de entender que la Administración sólo puede actuar cuando la norma se lo permite. Es lo que se llama principio de vinculación positiva de la Administración. La Administración sólo puede hacer aquello para lo que se encuentra legalmente habilitada. Este principio general, que tiene reflejo constitucional en el artículo 103, cuando se proyecta sobre la concesión de licencias urbanísticas se encuentra aún más reforzado por la legislación específica. La licencia es un acto rigurosamente reglado que debe otorgarse necesariamente cuando la petición de la misma reúne las condiciones fijadas por la norma para la actividad solicitada.

Así lo ha entendido de forma reiterada el Tribunal Supremo.

En efecto, para el citado Tribunal, “la licencia urbanística es un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado, verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público urbanístico tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente. Si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad (art. 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), es claro que este derecho ha de ejercitarse *“dentro de los límites y en cumpli-*

miento de los deberes” establecidos por el ordenamiento urbanístico. Licencia la examinada de rigurosa naturaleza reglada, que constituye un acto debido en cuanto que necesariamente “debe” otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable (SSTS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 8 julio, 22 septiembre, 16 octubre y 13 noviembre 1989 y 29 enero 1990, y de 6 mayo 1998).

Por otra parte, la propiedad inmobiliaria sometida a la legislación urbanística ha evolucionado hacia una propiedad de naturaleza estatutaria, que significa que el titular del derecho de propiedad puede hacer aquello para lo que está previa y expresamente habilitado. Así se desprende de todo el conjunto de la legislación urbanística existente en el territorio nacional y esta característica está identificada por el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en la siguiente sentencia cuando afirma lo siguiente:

“Las licencias de obras, a diferencia de las autorizaciones que implican autorizaciones de funcionamiento, se conceden para una operación singular y concreta, conforme a las normas de planeamiento que le son de aplicación. **Exigen por ello una apreciación por parte de la Administración autorizante de la realidad del estado de cosas que existe en el momento en que se debe otorgar, para determinar si la misma se acomoda o no a las normas establecidas para garantizar el interés público, que justifica la sumisión a un control «ex ante» del acto de que se trata.** (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 21 febrero 2000).

Remisión de la licencia a un control de legalidad por parte del Ayuntamiento, titular de esta potestad de concesión, que debe hacerse a lo que se denomina “normativa urbanística aplicable”.

Pues bien, **sobre cuál debe ser la ordenación urbanística aplicable tenemos la siguiente doctrina jurisprudencial:**

A) Para que sean eficaces las normas de los Planes de Urbanismo deben ser íntegramente publicadas en el Boletín Oficial correspondiente, tal como exige el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 (por todas, sentencias de 21 de enero de 1999, 3 de febrero de 1999 y 18 de junio de 1998).

B) Si la posterior publicación de las normas de un Plan se entiende como una convalidación, en el sentido del artículo 53 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, sus efectos se producen desde la fecha de la publicación (artículo 53.3), salvo que se le puedan dar efectos retroactivos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.3 de aquella Ley; pero para esa eficacia retroactiva se exige que ésta «no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas», requisito que no se cumple en el presente caso en que la eficacia retroactiva de la convalidación se produciría en perjuicio de las demandantes de este recurso (que no impugnaron la licencia ejercitando la acción pública en materia de urbanismo, sino defendiendo evidentes intereses particulares). (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 10 abril 2000).

C) La validez o invalidez de las licencias no se resuelve conforme a normas

de planeamiento futuras sino, según jurisprudencia unánime, conforme a las normas de planeamiento que resulten aplicables a las mismas en el momento de su concesión en vía administrativa. Como se dijo en la STS de 4 de julio de 1997 las licencias urbanísticas son actos reglados que se otorgan conforme al planeamiento en vigor -bien sea éste el vigente en el momento de la solicitud o en el momento de la decisión-, pero nunca conforme a un planeamiento futuro. Las solicitudes de licencia no generan expectativas respecto del planeamiento futuro (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 15 junio 2001. En el mismo sentido sentencias de 25 de mayo de 2001, 20 de octubre y 17 de abril de 1998, entre otras muchas).

Como vemos las licencias urbanísticas deben otorgarse conforme a las normas de tal naturaleza que le sean de aplicación. Normas que tienen que estar vigentes al momento de la petición o de la resolución, según los casos. Criterio de rigurosa temporalidad que no sólo se desprende de la legislación urbanística, Estatal o Autonómica, sino que incluso ha sido recogido por el Código Penal cuando en su artículo 320 cuando dice: “1. *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses*”. Y hemos visto anteriormente que un planeamiento futuro nunca legitima la concesión de una licencia actual. O dicho de otra forma, no puede otorgarse una licencia contemplando sólo un futuro planeamiento.

Es contradictorio que se argumente por el Ayuntamiento demandado que el Plan General de 1986 no era eficaz porque no estaba publicado, argumento de réplica que se utiliza para desacreditar la impugnación que se hace contra la licencia en este proceso, y a la vez se mantenga la eficacia de un Plan que, en primer lugar no está aprobado definitivamente por órgano competente, y en segundo lugar, consecuencia de lo anterior, tampoco se encuentra publicado.

CUARTO.- Según los razonamientos precedentes corresponde a la Administración, titular de la competencia de control de la legalidad urbanística, cotejar la petición de licencia con la norma urbanística aplicable para, en caso de ajustarse la solicitud al régimen jurídico urbanístico, otorgar la mencionada licencia.

Si un tercero cuestiona la legalidad del acto administrativo de concesión de licencia deberá alegar y probar la ilegalidad de la misma apelando a las normas urbanísticas vigentes al momento de la concesión. Es decir, haciendo una interpretación distinta sobre la legalidad aplicable respecto de la operación jurídica similar hecha por el Ayuntamiento. Es lógico afirmar que Administración y recurrente contemplarán la petición de autorización respecto de las mismas normas urbanísticas, y el resultado vendrá dado por una diferente interpretación.

Por eso resulta totalmente desafortunada la conducta municipal respecto de una impugnación de licencia -que imputa que la misma que no se ajusta al planeamiento existente al momento de la concesión- afirmando que no existe tal planeamiento porque el Plan General, que estaba aprobado, no se encuentra publicado, y es aplicable el futuro, que ni se encuentra aprobado definitivamente, ni publicado. Esta afirmación por parte de la Administración sólo puede significar una cosa: no ha existido un control de la legalidad urbanística respecto de la petición realizada, puesto que la Administración entre dos planes ineficaces escoge uno que es tan ineficaz como el otro, rechazando el que, al menos se encuentra aprobado, es conocido por el Ayuntamiento y, como vemos en la demanda, también por la parte recurrente.

En cualquier caso, la licencia se ha otorgado sin someterse a ningún planeamiento vigente. Y, en lógica consecuencia, vulnerando el ordenamiento jurídico directa e inmediatamente aplicable, por lo que debemos entenderla contraria a derecho y anularla de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992.

La anterior conclusión no se ve alterada por la afirmación que, con carácter subsidiario, hace el Ayuntamiento demandado. En efecto, para salvar esta situación extraña, desde un punto de vista urbanístico y de la técnica de la concesión de licencias, se afirma por parte de la Administración que la licencia tiene cobertura en un convenio urbanístico.

Respecto de la eficacia de los convenios para dar cobertura directa a una licencia tenemos la siguiente doctrina jurisprudencial.

En la STS de 15 de marzo de 1997 se diferenciaban los convenios de gestión urbanística, para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, de los convenios de planeamiento, que tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor. Aunque el convenio de planeamiento tenga dicha finalidad no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de la que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, deriven de él. El convenio de planeamiento es, y permanece, en la esfera de los simples convenios, por lo que no cabe su impugnación indirecta por la vía del artículo 39.2 de la LJCA.

Lo que acontece es que, como también se dijo en la sentencia expresada, la figura de los convenios urbanísticos aconseja tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan **cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo**. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. No lo hacen en su naturaleza

jurídica, que sigue siendo la de un simple convenio ajeno a ellas. El Convenio de planeamiento es un acuerdo preparatorio de la modificación de un Plan, y como tal resulta enjuiciable en este orden contencioso-administrativo (artículo 234 de la Ley del Suelo de 1976), sin perjuicio de que en el futuro lo sea asimismo la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que se pueda oponer en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior. (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 9 marzo 2001).

Por tanto, y en lo que ahora interesa, la existencia de un convenio, que por los datos que tienen la Sala a la luz del proceso es un convenio de planeamiento y no de gestión, no puede dar cobertura directa e inmediata a la licencia si lo convenido no se incorpora al ordenamiento jurídico como norma. Y ello por una esencial razón de carácter material. El convenio no expresa ni manifiesta la misma satisfacción del interés general de la comunidad que una norma de planeamiento por una vital diferencia. El convenio no tiene el control de la información pública y trámite de alegaciones que tiene la elaboración de un Plan. El Plan tiene una legitimación democrática, mediata como cualquier norma de carácter reglamentario nacida de una Administración Pública democrática, pero también tiene una legitimación democrática inmediata por someterse al trámite de información pública. Trámite que garantiza que la comunidad, afectada por la norma que regula su urbanismo, manifiesta su opinión sobre el diseño de ciudad. Un convenio que no se transforma en Plan carece de la eficacia normativa para sustituir al Plan de cara a la concesión de una licencia.

Por otra parte, y como argumento adicional, si una norma no publicada es ineficaz para conceder una licencia, no podemos afirmar que un convenio urbanístico, que ni es norma ni está publicado, puede sustituir a un Plan que existe y es conocido por el Ayuntamiento y, al menos, el recurrente, pero del que se predica la ineficacia por no estar completamente publicado. El recurrente también solicita la indemnización por responsabilidad patrimonial como consecuencia de la concesión de la licencia, así como la demolición de lo construido. No podemos estimar en este punto el recurso porque respecto de la indemnización no se sientan las bases en la demanda para poderla conceder, ni se acreditan cumplidamente los perjuicios ocasionados. Y respecto de la demolición porque la Sala no puede anticiparse al procedimiento administrativo que debe llevar a esta conclusión, en su caso, si lo construido sobre la base de una licencia ilegal es totalmente ilegítimo respecto de las normas urbanísticas aplicables de acuerdo con los fundamentos jurídicos.

(St. de 17 de octubre de 2003. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente. J. Bernardo García de Quirós)