

O control da legalidade urbanística mediante a acción pública na vía administrativa e na xurisdiccional*

El control de la legalidad urbanística mediante la acción pública en la vía administrativa y en la jurisdiccional

Urbanistic legality control by public action through administrative and judicial procedure



LUÍS VILLARES NAVEIRA

Maxistrado do Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (España)
l.villares@poderjudicial.es

Recibido: 20/12//2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O estudo analiza a configuración legal da acción pública en materia urbanística no ordenamento xurídico español, isto é, a posibilidade de control de legalidade que calquera cidadán ou cidadá pode exercer sobre o fenómeno urbanístico, e a resposta xurisprudencial dada ás principais dificultades procesuais que adoitan presentarse.

Palabras clave: acción pública urbanística, urbanismo, control da legalidade urbanística, reposición da legalidade, proceso contencioso-administrativo, cidadán.

Resumen: El estudio analiza la configuración legal de la acción pública en materia urbanística en el ordenamiento jurídico español, esto es, la posibilidad de control de legalidad que cualquier ciudadano o ciudadana puede ejercer sobre el fenómeno urbanístico, y la respuesta jurisprudencial dada a las principales dificultades procesales que suelen presentarse.

Palabras clave: acción pública urbanística, urbanismo, control de la legalidad urbanística, reposición de la legalidad, proceso contencioso-administrativo, ciudadano.

Abstract: This article analyses urbanistic public action in Spanish legal Order, that is, options of legal control that any citizen may initiate about urbanistic phenomenon, and jurisprudential doctrine for main frequent procedural problems.

Key words: urbanistic public action, urban law, urbanistic legal control, legality re-establish, contentious-administrative process, citizen.

Sumario: 1 Aproximación ao concepto de acción pública. 2 A lexitimación no proceso contencioso-administrativo. 2.1 Proceso civil e proceso contencioso. 2.2 A defensa da legalidade como fundamento da lexitimación da acción pública. 3 Regulación legal da acción pública no proceso contencioso-administrativo 3.1 Fundamento constitucional. 3.2 Do interese directo ao interese lexítimo. Análise económica da APU. 3.3 Fundamento legal de carácter procesual (competencia estatal) que require

* Relatorio presentado no Congreso Internacional organizado pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística, a Red Empresa y Administración e o Observatorio Internacional da Regulación das Entidades do Sector Público, titulado: *Administración, Empresa y Urbanismo Sostenible* (Santiago de Compostela, 30 de novembro e 1 de decembro de 2015).

recoñecemento sectorial. 3.4 Natureza reparadora, non sancionadora, da acción pública en defensa da legalidade urbanística. Relación entre o procedemento de protección da legalidade e o sancionador. 4 Caracteres da acción pública. 4.1 Natureza procesual. 4.2 Carece de recoñecemento como dereito fundamental. 4.3 Constitúe unha competencia estatal. 4.4 Constitúe unha lexitimación autónoma. 4.5 Utilidade do seu recoñecemento. 5 Requisitos subxectivos. 5.1 Titularidade da lexitimación. 5.2 Os titulares de dereitos subxectivos tamén o son da acción pública. 5.3 Cidadáns estranxeiros. 5.4 Persoas xurídicas. 5.5 Asociacións de consumidores e usuarios. 5.6 Unións sen personalidade. 5.7 O exercicio da acción pública polo Ministerio Fiscal. 6 Límites ao exercicio do dereito. 6.1 Interdicción da mala fe e abuso do dereito. 6.2 Necesidade de proba: obxectivización da mala fe e do abuso. 6.3 Irrelevancia dos motivos secundarios á defensa da legalidade se non acadan a fraude de lei ou procesual. 6.4 O abuso do dereito é unha cuestión de fondo que non lle permite a unha administración inadmitir o exercicio da APU, que é unha cuestión procesual. 7 Obxecto do proceso. Actividade impugnabile e pretensións admisibles. 7.1 Actividade impugnabile. 7.1.1 Disposicións xerais. 7.1.2 Actos administrativos. 7.1.2.1 Réxime xeral de lexitimación para a impugnación de licenzas e outros actos de execución do planeamento. 7.1.2.2 Impugnación de actos administrativos en materia non urbanística, pero vinculada a ela. 7.1.2.3 Improcedencia da APU por exceder o ámbito urbanístico. 7.1.3 Inactividade da Administración. 7.1.4 A vía de feito. 7.2 Pretensións admisibles. 8 Especialidades procesuais. 8.1 A acción pública e o beneficio de xustiza gratuíta. 8.2 Esgotamento da vía administrativa. 8.3 Subrogación na posición xurídica dun terceiro que desistiu da acción pública na vía administrativa. 8.4 Transmisibilidade *mortis causa* da acción pública. 8.5 Prazo de interposición do recurso contencioso (contra actos que esgotan a vía administrativa). 8.5.1 Réxime xeral. 8.5.2 Cómputo do prazo. O problema da falta de notificación. 8.5.3 Solución para actos (incluídas licenzas) con manifestación sobre a realidade física: requirimento administrativo ou interposición directa. 8.5.4 Actos administrativos sen proxección sobre a realidade física. 8.6 Caducidade da acción como límite temporal ao seu exercicio en caso de obras ilegais. 8.7 Constitución da relación xurídico-procesual. 8.8 Intervención do MF en caso de desistencia da acción no proceso. Asunción sobrevida da condición de parte demandante. 8.9 Contido da sentenza. 8.10 Execución de sentenzas. 8.11 A desistencia na fase de execución. Imposibilidade de transacción ou desistencia. 8.12 Intervención por APU en fase de execución dun procedemento iniciado por un terceiro. 8.13 Procedementos especiais e acción pública. 8.14 Tutela cautelar. 8.15 Custas procesuais. 9 Bibliografía.

1 Aproximación ao concepto de acción pública

Antes de estudar o tema en profundidade, podemos partir dunhas liñas xerais do concepto de acción pública. Martínez Rodríguez achega unha definición xeral partindo da súa caracterización no ordenamento xurídico español dentro do eido administrativo¹:

«consiste na lexitimación activa para o recoñecemento e defensa da legalidade. Calquera demandante pode deducir a pretensión sen ter que invocar a lesión dun dereito nin un interese subxectivo, é dicir, pódese demandar ante o órgano xudicial que teña atribuída a materia co obxecto de anular un acto que está a infrinxir a legalidade. É requisito para poder establecer a acción no procedemento que estea recoñecido expresamente pola lei».

Abordar o seu estudo no ámbito contencioso e na materia urbanística require examinar, en primeiro lugar, o concepto de lexitimación xeral no procedemento contencioso.

2 A lexitimación no proceso contencioso-administrativo

2.1 Proceso civil e proceso contencioso

A lexitimación, como presuposto subxectivo do proceso, non ofrece especialidade ningunha desde o punto de vista conceptual no proceso contencioso respecto do dereito procesual

1 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., <http://www.revistainmueble.es/2015/04/30/la-accion-publica-para-la-proteccion-de-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo/> (15 de novembro de 2015).

en xeral. É válida así a definición legal que neste sentido se contén no artigo 10 da Lei 1/2000, de axuízamento civil (LAC) de ser o titular que exercita a acción ou fronte a quen se exercita “titulares da relación xurídica ou obxecto litixioso”. É a lexitimación un engadido ás calidades das partes para engadirse á capacidade para ser parte e para comparecer no proceso, de tal xeito que, sen esa “titularidade”, o proceso non pode existir, de tal forma que todo o actuado devén inexistente e a sentenza que poña fin a ese proceso, no caso de chegarse a ese trámite, debe declarar a ineficacia de todo o actuado pola vía da causa de inadmisibilidade que se contén no artigo 69.b da Lei 29/1998, reguladora da xurisdición contencioso administrativa (LXCA).

Como sostén a doutrina, malia esta aparente identidade, deben sinalarse as diferenzas que existen entre o proceso civil e o contencioso-administrativo², porque aquel está referido a dirimir as discrepancias que xurdan entre os cidadáns nas súas relacións privadas, mentres que no contencioso, ao cabo, está empeñada a propia exixencia do principio de legalidade que debe presidir toda a actuación das administracións públicas, posto que, mediante el vén someter ao control polos tribunais da «potestade regulamentaria e a legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta aos fins que a xustifican» (artigo 106 CE).

En consecuencia, se o proceso contencioso é o medio establecido para ese control da Administración polos cidadáns e este exclusivamente pode iniciarse por persoa, non só con capacidade para ser parte e comparecer, senón *tamén lexitimada*, resulta indubidable que a lexitimación no noso proceso excede o aspecto meramente procesual para incardinarse no mesmo organigrama dos poderes públicos e a súa posibilidade de control polos cidadáns.

Tras a promulgación da CE, a propia xurisprudencia viuse obrigada a redefinir o interese ou dereito que habilitaba esta lexitimación, porque o artigo 24 da Norma Fundamental dispón que a tutela xudicial –onde se incardinaría a lexitimación, en tanto que presuposto do proceso e, por iso, da efectividade dese dereito fundamental– queda garantida para a defensa de “dereitos e intereses lexítimos”, polo que se entendeu que o interese directo debería ampliarse a ese interese lexítimo³, o que, non obstante, non desembocou no recoñecemento da súa articulación como dereito fundamental.

2.2 A defensa da legalidade como fundamento da *lexitimación* da acción pública

A acción pública urbanística (APU) ten unha longa tradición legal e un recoñecemento xurisprudencial que a configuraron como un medio moi eficaz para lograr o respecto da legalidade con abstracción das causas que fosen determinantes do seu exercicio, salvo que se actúe de mala fe, con abuso de dereito, fraude de lei ou procesual.

Na STS do 21 de xaneiro de 2002 (Rec. n.º 8961/1997) declárase abertamente que «a finalidade prevalente e fundamental (da APU) é a de perseguir e conseguir, por encima de calquera outra consideración, a observancia en todo caso da lexislación urbanística e do plan urbanístico, polo que a natureza das causas que inducisen ao que exercita tal acción, mesmo cando estas sexan consideradas como represalia de actuacións anteriores, tal como

2 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 144, 2007, p. 2.

3 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

sostén o recorrente, son irrelevantes fronte aos fins prevalentes de protección e observancia do ordenamento urbanístico, na súa concreta aplicación».

A STS do 11 de xuño de 2003 (Rec. n.º 7547/1999) distingue o *exercicio da acción pública*, que lexítima para actuar no proceso, *da falta de dereito*, que xustifica a desestimación da acción exercitada pero non a súa inadmisión⁴.

3 Regulación legal da acción pública no proceso contencioso-administrativo

3.1 Fundamento constitucional

Antes de examinar a regulación da acción pública no ámbito concreto do proceso contencioso, debemos facer referencia á súa regulación con carácter xeral. Á acción pública refírese a CE no artigo 125 ao declarar que «os cidadáns poderán exercer a acción popular».

Que o precepto conteña un recoñecemento xeral desta acción para todo tipo de procesos pode ofrecer problemas interpretativos, porque se fai referencia expresa aos “procesos penais”; non obstante, a doutrina concluíu que o recoñecemento da acción pública é xeneralizado –sen prexuízo do seu recoñecemento concreto nas leis procesuais– e que o limitado ao xurado e tribunais tradicionais e consuetudinarios é esa participación⁵.

Esa é a interpretación que se fai no artigo 19 da LOPX, que nos seus dous parágrafos fai un recoñecemento por separado da acción pública e a participación na administración de xustiza. Para aquela primeira declárase de maneira taxativa que «os cidadáns de nacionalidade española poderán exercer a acción popular nos casos e formas establecidos na lei».

3.2 Do interese directo ao interese lexítimo. Análise económica da APU

Aínda que o interese directo requirido polo artigo 19.1.a) LXCA foi concibido pola xurisprudencia en termos de gran amplitude, recoñecéndolle a todo aquel que pode obter algún beneficio, calquera que sexa a súa natureza, dunha sentenza favorable, a consagración da tutela xudicial efectiva do interese lexítimo no artigo 24.1 CE supuxo a ampliación da lexitimación ao simple ou mero interese lexítimo (STS 60/1982, do 11 de outubro).

O Tribunal Constitucional (TC) identificou o interese lexítimo coa idea dun interese persoal protexido polo dereito, pero sen esquecer que no exercicio dunha acción pública recoñecida polo ordenamento xurídico se defende un interese común e simultaneamente un interese persoal⁶, ou, en palabras da STC 62/1983, do 11 de xullo: «a forma

4 E así declara que, exercitada a acción pública en materia de urbanismo, non é certo que a entidade actora careza de lexitimación ao tratarse o acto impugnado dun convenio urbanístico, de maneira que ningunha das pretensións que exercita respecto del deixa de estar cuberta por esa ampla lexitimación.

5 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

6 FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el artículo 82 de la LJCA”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 11, 1992, p. 21.

de defender o interese persoal é soste o interese común». De maneira expresa, a STC 97/1991, do 9 de maio, pon de manifesto que o concepto de interese lexítimo é máis amplo que o de interese directo⁷.

Noutra orde de cousas, sostén Sánchez Jordán que a opción pola acción pública para a reposición da legalidade⁸ pode obedecer á análise económica do proceso que o exercicio previo de cada acción supón. A acción pública iníciase mediante unha mera solicitude ou, se é o caso, denuncia ante a Administración e, a partir de aí, é esta a que asume os custos derivados de verificar os feitos denunciados. En cambio, o propietario que opta por reclamar ante a xurisdición ordinaria deberá internalizar os custos inherentes ao proceso e os de obtención da proba. Á vista dos elevados custos do proceso e a posibilidade implícita de perder o xuízo, o actor terá moi en conta estes elementos *ex ante*, especialmente cando existen alternativas para exixir a observancia da lexislación urbanística e o plan, como sucede coa acción pública e a intervención administrativa de oficio, que –por contrapartida– non exixen a asunción de risco económico ningún polo particular⁹.

3.3 Fundamento legal de carácter procesual (competencia estatal) que require recoñecemento sectorial

En congruencia coa remisión normativa da CE, a LXCA, ao regular no artigo 19.1.º, fai unha nova remisión á normativa, quen «está lexitimado ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa», ademais do recoñecemento a quen posúa «un dereito ou interese lexítimo»; establece no seu parágrafo h) que ten esa lexitimación «calquera cidadán, en exercicio da acción popular, nos casos expresamente previstos polas leis», sen que a LXCA conteña unha regulación xeral sobre a dita acción pública que non sexa o seu mero recoñecemento abstracto.

Cabería pensar que esa omisión é lóxica porque tampouco a norma procesual regula cando existe un interese ou dereito lexítimo, polo que non existe necesidade, no caso da acción pública, de establecer cando concorre o presuposto da lexitimación. Mesmo, como veremos, o recoñecemento da acción a calquera persoa sen conexión ningunha co obxecto do proceso, fai innecesaria calquera delimitación, porque, precisamente, con iso vén excluír a propia lexitimación como requisito procesual; ningunha condición cabe exixir ás partes fóra da súa capacidade procesual¹⁰. Malia o anterior, é o certo que ese recoñecemento xeneralizado do exercicio da acción comporta especialidades propiamente procesuais que a normativa reguladora do proceso non pode descoñecer.

7 A STS do 1 de xuño de 1985, tras sinalar que a partir da Constitución se estendouse a lexitimación á defensa dos intereses lexítimos (artigo 24), concepto que é moito máis amplo que o de interese directo, trata de perfilar o concepto de interese lexítimo, sinalando que, segundo a doutrina tradicional, «é aquel que teñen as persoas que por razón da situación obxectiva en que se atopan, por unha circunstancia de carácter persoal ou por seren os destinatarios dunha regulación sectorial, son titulares dun interese propio, distinto do de calquera cidadán a que os poderes públicos actúen de acordo co ordenamento cando, con motivo da persecución de fins de interese xeral, inciden no ámbito de tal interese propio, mesmo cando a actuación de que se trata non lles ocasione, en concreto, un beneficio ou servizo inmediato».

8 En lugar da acción do artigo 305 TRLS ante os tribunais ordinarios que asistiría con normalidade a quen ve vulnerados os seus dereitos particulares pola actuación urbanística ilícita dun terceiro.

9 *Vid.* o tema máis amplamente en: SÁNCHEZ JORDÁN, E., “Protección civil de la legalidad urbanística”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 90, 2006, pp. 55-72.

10 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

Esa remisión á normativa sectorial obriga a buscar o réxime da acción pública nunha normativa dispersa que, na maioría dos supostos, se limita ao seu mero recoñecemento, deixando sen resolver as importantes cuestións que o exercicio desta acción comporta. Dentro desa normativa mencionada, cabe concluír que só no ámbito urbanístico se estableceu un réxime, sequera sexa embrionario, desa acción.

Ese recoñecemento da acción pública na normativa material obriga a un labor de delimitación das concretas actividades que se queren someter ao exercicio da acción pública, tarefa non sempre fácil de realizar á vista da complexidade que na realidade cotiá da Administración obriga a dar contido á súa propia actividade¹¹.

Polo xeral, o recoñecemento da acción pública atópase na lexislación sectorial que regule a materia en que se admite, o que non supón que a norma reguladora non teña carácter procesual. En consecuencia, aínda que a materia obxecto de regulación sexa competencia das comunidades autónomas, a regulación procesual da APU será competencia exclusiva do Estado, en aplicación do artigo 149.1.6º CE. Por iso, a STC 61/1997, do 20 de marzo, mantivo vixente o artigo 304 do TRLS de 1992, que regula a acción pública. A lexislación sectorial, sexa estatal ou autonómica, pola vinculación da acción ao dereito, poderán recoñecela, pero a regulación procesual correspóndelle ao Estado.

Doutra banda, debe partirse de que, en principio, é unha norma sobre a lexitimación, polo que, no demais, se aplicarán as normas xerais sobre o proceso administrativo, o que, non obstante, presenta, como se verá, problemas importantes.

A norma estatal que habilita a APU na normativa urbanística sectorial autonómica é o artigo 62 do Real decreto legislativo 7/2015 do Texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana (TRLSRU):

«Artigo 62. Acción pública

1. Será pública a acción para exixir ante os órganos administrativos e os tribunais contencioso-administrativos a observancia da lexislación e demais instrumentos de ordenación territorial e urbanística.

2. Se esa acción está motivada pola execución de obras que se consideren ilegais, poderase exercer durante a execución delas e ata o transcurso dos prazos establecidos para a adopción das medidas de protección da legalidade urbanística».

Este contido reflíctese na Lei 9/2002, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (LOUGa) na DA 4ª:

«Disposición adicional cuarta. Acción pública.

1. Calquera cidadán ou cidadá, no exercicio da acción pública en materia de urbanismo, pode exixir ante os órganos administrativos e perante a xurisdición contencioso-administrativa o cumprimento da lexislación e do planeamento urbanístico.

11 OLEA GODÓY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 7.

2. A acción pública a que se fai referencia na alínea anterior, se é motivada pola execución de obras que se estimen ilegais, pode exercerse mentres se prolongue a súa execución e, posteriormente, ata o vencemento dos prazos de prescrición determinados nesta lei».

A partir de toda normativa anterior, podemos concluír, con Martínez Rodríguez, que mediante a institución da *acción pública urbanística* «calquera persoa pode exixir ante a Administración ou ante os xuíces e tribunais da xurisdición contencioso-administrativa a observancia da lexislación, e demais instrumentos da ordenación do territorio e o urbanismo, sen que sexa necesario que se acredite un dereito subxectivo ou interese lexítimo, podendo calquera cidadán pór en marcha os procedementos legais co fin de poder defender a legalidade urbanística».

Por iso, a xurisprudencia do Tribunal Supremo declarou que a orde urbanística é o interese xeral amparado pola existencia dunha acción pública.

3.4 Natureza reparadora, non sancionadora, da acción pública en defensa da legalidade urbanística. Relación entre o procedemento de protección da legalidade e o sancionador

Como dixo a STSXG n.º 789/2008, do 30 de outubro, a natureza do expediente de protección da legalidade urbanística, de ningún xeito é sancionadora, senón de protección e restauración, se é o caso, da orde urbanística perturbada. No mesmo sentido, a STS do 28 de abril de 2000 (Rec. n.º 369/1995) expresou que este procedemento (o de protección da legalidade urbanística) é compatible, e distinto, da imposición de sancións aos responsables, logo da tramitación do correspondente procedemento sancionador¹².

A coercibilidade da norma urbanística disóciase así nestes dous mecanismos de protección conectados entre si e compatibles entre eles, sen que a súa dualidade infrinxa o principio *non bis in idem*. Non estamos no caso do procedemento de legalidade urbanística ante un procedemento sancionador, senón ante un procedemento de natureza reparadora¹³.

A LOUGa dálle carta de natureza a esta dualidade de situacións e procedementos, ao declarar no artigo 209.7 (e, en ámbito sancionador, no artigo 216.2.) a compatibilidade entre as medidas acordadas no expediente de reposición de legalidade e as sancións que procedan polo acto ilícito urbanístico cometido, regulado nos artigos 216 e ss.¹⁴

4 Caracteres da acción pública

Seguindo a Olea Godoy, á vista desa normativa cabe establecer os seguintes caracteres da acción pública¹⁵:

-
- 12 A razón da compatibilidade de procedementos –reposición e sancionador– é que teñen diferente finalidade: o primeiro, pór fin a unha situación prohibida polo ordenamento xurídico e devólvela ao seu estado primitivo – artigo 209 LOUGa–, e o segundo, castigar ou reprimir unha infracción administrativa –SSTC 276/2000, 132/2001 e 44/2005.
- 13 Así se expresa, entre outras, na sentenza do Tribunal Superior de Madrid do 6 de maio de 2004, ditada en recurso 3607/1996.
- 14 As medidas de protección da legalidade urbanística tampouco son incompatibles coas actuacións penais, como se deduce do último inciso do artigo 42 da normativa estatal. En idéntico sentido, o artigo 226.4.d) LOUGa obriga a APLU a dar conta dos feitos urbanísticos que revistan caracteres de delito.
- 15 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, pp. 6 a 8.

4.1 Natureza procesual

A acción pública está incardinada dentro do proceso e ten natureza procesual, debendo ser a norma procesual a que estableza a súa regulación. Consecuencia desa natureza é que debe ser a propia LXCA a que estableza o réxime específico para o exercicio da acción, sen facer unha remisión en branco á normativa sectorial para iso. E é que, en realidade, a acción pública non difire respecto da lexitimación polo interese, senón en canto á súa titularidade, quedando sometida ao seu propio réxime procesual.

4.2 Carece de recoñecemento como dereito fundamental

Cómpre establecer esa aclaración, porque a lexitimación polo interese ou dereito cabe considerala como integrante do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva que se recoñece no artigo 24-1.º por constituír un presuposto do proceso. Pero ese recoñecemento a “todas as persoas” éo para a defensa “dos seus dereitos e intereses lexítimos”, é dicir, para os dos propios cidadáns, non para a protección de intereses ou dereitos xerais ou de vixilancia da mera legalidade na actuación das administracións públicas.

4.3 Constitúe unha competencia estatal

Admitindo que se trata dunha materia propia do dereito procesual e presuposto do proceso, esta acción debería adscribirse ao título competencia de “lexislación procesual” que o artigo 149-1.º-6.ª reserva á competencia exclusiva do Estado, quedando subtraída á posibilidade de que as comunidades autónomas poidan establecer regulación sobre esa acción.

4.4 Constitúe unha lexitimación autónoma

Dado que a acción pública non ten en consideración a titularidade de dereito ou interese concreto de persoa determinada, cabe concluír que o realmente establecido é unha ausencia da lexitimación como presuposto subxectivo do proceso, xa que ás partes non se lles pode exixir outro requisito que non sexa o da capacidade para ser parte e comparecer.

4.5 Utilidade do seu recoñecemento

O recoñecemento xeneralizado da AP en materia urbanística levado ás súas últimas consecuencias é a garantía de que as administracións públicas se suxeitan á exigencia da legalidade ao estaren sometidas ao control de todos os cidadáns (artigo 106 CE).

5 Requisitos subxectivos

5.1 Titularidade da lexitimación

En canto á titularidade da acción pública, non se establece requisito especial ningún ou nexo de conexión entre o titular do dereito e o exercicio da acción.

Diso déixase constancia no artigo 19-1.º-h) da LXCA cando llela recoñece a «todos os cidadáns». Nesa mesma liña cabe citar o recoñecemento que se fai desta acción a nivel substantivo no eido urbanístico no artigo 5.f. do RDLex 7/2015. Como se declara na STS do 26 de maio de 2003, «a acción pública está concibida para que calquera (*quivis de populo*) poida incoar o proceso contencioso-administrativo».

5.2 Os titulares de dereitos subxectivos tamén o son da acción pública

A referencia á posibilidade que calquera persoa poida exercer a acción pública permite que *tamén* poidan facelo aqueles que estean lexitimados polo interese ou dereito afectado. A posibilidade, a pesar do seu paradoxo e as limitacións de pretensións, ten a vantaxe do menor rigor formal (un cidadán pode, en vez de recorrer un acto que o prexudica –licenza a un veciño–, exercer a APU para denunciar a situación, de xeito que posteriormente a Administración sexa a que leve a carga da tramitación do procedemento)¹⁶.

A pesar de que a doutrina chamou a atención sobre o feito de que a notificación aos interesados ten repercusión en orde ao prazo para exercer a acción¹⁷, entendemos que iso non pode colocar o particular que a recibiu en peor situación en defensa da legalidade que un terceiro calquera, sempre, está claro, que se limite ao exercicio da acción pública e non pretenda xa o recoñecemento dunha situación xurídica ao seu favor (entre a que non se conta o posible beneficio particular da reposición urbanística que procedese a consecuencia da acción de anulación do acto). Malia isto, en ocasións a xurisprudencia ten declarado abuso de dereito na APU cando o interesado non empregou os prazos ordinarios para o recurso que tiña ao seu alcance por ter recibido notificación persoal.

O recoñecemento xeneralizado aos cidadáns do exercicio desta acción non confire especialidade ningunha respecto dos restantes presupostos subxectivos do exercicio do dereito e a quen pretenda iniciar o proceso baseándose nela débesele exixir a capacidade para ser parte e a capacidade procesual conforme a súa regulación xeral.

5.3 Cidadáns estranxeiros

A vinculación da acción pública “aos cidadáns” permite preguntarse se é posible que os cidadáns estranxeiros, legalmente residentes en España, se poidan beneficiar desa posibilidade, tendo en conta que o artigo 3.1.º da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro 2000, pola que se regulan os dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, impón a igualdade de dereitos que os nacionais, sabendo que esa igualdade se limita ao contido das leis que «regulen o exercicio de cada un deles».

A cuestión quedou definitivamente resolta na STS do 18/11/2015, cando a sala admitiu a acción seguida por unha cidadá estranxeira en relación coa impugnación de determinadas obras, creando así xurisprudencia neste sentido¹⁸.

16 A esa posibilidade de exercer a acción pública dos titulares dunha lexitimación por interese propio refírese a STS do 4 de xullo de 2006, seguindo a liña marcada polas SSTS do 5 de xullo de 1999, do 21 de febreiro de 2000 e do 24 de xaneiro de 2001.

17 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XIII, 2006, p. 6.

18 Consolidando así unha liña aberta na STS do 22/4/1998.

5.4 Persoas xurídicas

Resulta indiscutida a posibilidade de que poidan exercer esta acción as persoas xurídicas, tanto públicas como privadas.

Aínda que hai algún pronunciamento xurisprudencial que parece negar a posibilidade de que as persoas xurídicas públicas poidan exercer a acción pública, o certo é que as SSTS do 26 de decembro de 2001; do 31 de decembro de 2001 e do 24 de decembro de 2001 declaran que tanto a Administración autonómica, a deputación provincial e o concello correspondente poidan impugnar pola vía da acción pública un mesmo acto da Administración xeral respecto de actos vinculados a unha central nuclear¹⁹.

En relación coa formación de vontade dos órganos colexiados, tamén posúen lexitimación os membros das corporacións que votasen en contra dos acordos en aplicación do artigo 63.1.b), LBRL (STS de 24 de maio de 1980), e, aínda que non votase en contra e só se abstivese, se interpón o «recurso contencioso-administrativo como cidadán en exercicio da acción pública» (STS do 24 de febreiro de 1997).

5.5 Asociacións de consumidores e usuarios

Especial referencia debe facerse á actuación de asociacións de consumidores e usuarios, ás que se refire o artigo 11 da LAC, entidades que se configuran coas características propias para a defensa de intereses xerais. Non obstante, non parece que a regulación que se contén no precepto citado autorice a facelas titulares máis que para defender «en xuízo os dereitos e intereses dos seus asociados e os da asociación, así como os intereses xerais dos consumidores e usuarios»; é dicir, exclúense o recoñecemento dunha lexitimación pública á marxe dos que lles afecten aos seus asociados. Así o declarou a STS do 20 de xuño de 2006 con referencia a unha asociación de usuarios de servizos bancarios.

Con todo, debe destacarse que, cando o artigo 19.1.b) da LXCA lles recoñece a lexitimación a estas “asociacións” para a defensa de “intereses colectivos”, podería entenderse que inclúe o exercicio desa acción xeral. Neste sentido se pronuncia González Pérez, sempre que a materia que se exercita teña relación coa esfera de competencia da entidade.

5.6 Unións sen personalidade

As unións sen personalidade –tanto de persoas como de bens– teñen a capacidade para seren parte, como se declara no artigo 18 da LXCA, aínda que condicionada a «cando a lei

19 En contra desta tese, cóstanos unha illada sentenza do TSXG, a n.º 848/2014, que, ademais de non ter consolidado doutrina ningunha, carece de forza argumental, ao non entender, para restrinxir a lexitimación, xa que como vemos realmente anula por completo esta acción para un concello: FX 3º: «Tamén alegan as partes demandadas nas súas contestacións que a pretensión principal do Concello do Corgo non pode ampararse no exercicio da acción pública, e que soamente pode impugnar o PXOM do Concello de Lámbara naquilo que lle afecta directamente, como son os extremos a que se refire a pretensión subsidiaria. Nisto hai que lles dar a razón, visto o que dispoñen os apartados e) e h) do artigo 19.1 da Lei xurisdiccional sobre a lexitimación ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa. O primeiro, referido aos entes locais, límitaa ao que afecte o ámbito da súa autonomía, e o segundo atribúelles o exercicio da acción popular aos cidadáns. O artigo 48.1 do vixente texto da Lei do solo di simplemente que será pública a acción para exixir a observancia da legalidade territorial e urbanística, pero o artigo 4.f) desta inclúe entre os dereitos dos cidadáns o exercicio da acción pública para facer respectar a dita legalidade. Este concepto de cidadáns pode estenderse a persoas xurídicas que os agrupan, e mesmo a entidades que exercen funcións públicas nalgúns aspectos da súa actividade, como declararon algunhas resolucións xurisdiccionais, pero non ás administracións en sentido estricto. Polo tanto, a pretensión principal da Administración demandante ten que ser desestimada».

o declare expresamente», remisión que se debe entender efectuada ao artigo 6.7.º da LAC, que lles confire esa calidade para a defensa «dos seus dereitos», o que exclúe a posibilidade de exercer a acción pública que, por outra banda, pode exercer calquera persoa física integrada nelas.

5.7 O exercicio da acción pública polo Ministerio Fiscal

A LXCA, ao regular a lexitimación en xeral, recoñécella ao Ministerio Fiscal (MF) «para intervir nos procesos que determine a lei» [artigo 19.1.f)]. A LXCA, polo tanto, non establece norma ningunha sobre a lexitimación. Limitase a facer unha referencia xeral á lei, ben como demandante ou como demandado²⁰.

Doutra banda, o artigo 19.1.h) LXCA, recoñécelle lexitimación a «calquera cidadán, en exercicio da acción popular, nos casos expresamente previstos polas leis». O feito de que a norma legal se refira especificamente aos “cidadáns” non se pode interpretar no sentido de que queda excluído o MF: se “calquera cidadán” pode incitar un proceso co fin de que se respecte a legalidade nos casos previstos, obviamente non pode negarse lexitimación a quen institucionalmente, constitucionalmente, ten como misión «promover a acción da xustiza en defensa da legalidade»²¹.

Se é pública a acción para a protección da legalidade nestas materias, o MF estará lexitimado para a acción, tanto na vía administrativa –da que o MF non está excluído na obriga do seu esgotamento– como na xudicial²².

Como critica a doutrina, o MF está lexitimado, pero non exercita a acción, aínda que se esforza por outras vías en reaccionar ante certos supostos que lexitimarían a acción pública, como son os constitutivos de infraccións urbanísticas. Ante unha infracción xurídico-administrativa, como son as que atentan á legalidade urbanística, o normal debiera ser seguir o proceso que a lei prevé para iso: o administrativo, e só se existen indicios racionais de que na infracción xurídico-administrativa concorreron elementos que permitan tipificala como delituosa, debe acudir o Ministerio Fiscal ao proceso penal²³.

6 Límites ao exercicio do dereito

6.1 Interdicción da mala fe e abuso do dereito

Como en calquera ámbito do dereito, é exixible a boa fe no exercicio desta acción, que veu sendo exixida tradicionalmente pola xurisprudencia, aínda que cabe apreciar unha aplicación cada vez máis restritiva.

20 A Circular 3/1998 da Fiscalía Xeral do Estado contén unha exposición razoada sobre os supostos en que se lle recoñece lexitimación activa ao Ministerio Fiscal para incoar un proceso administrativo.

21 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 22.

22 PEMÁN GAVÍN, J., “Sobre la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes y al objeto del proceso”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 54, 1999, p. 436.

23 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 21.

En principio, cabe estimar que a exixencia da boa fe e prohibición do abuso do dereito vén recollida no artigo 7 do Código civil. Esas exixencias están agora impostas de maneira expresa para o ámbito procesal no artigo 247 da LAC, que prevé a posibilidade de imposición dunha sanción de multa.

En relación con iso, viña declarando a xurisprudencia que cabería apreciar a existencia de abuso do dereito e un actuar contrario á boa fe «cando da acción emprendida só se segue dano para un terceiro non imprescindible para o beneficio da comunidade, que é o fundamento mesmo da acción pública» (STS do 4 de marzo do 1992), aínda que engadindo que a proba desa finalidade específica debería ser probada por quen a invoca. Igualmente, resulta improcedente o exercicio da acción pública «traspasando os límites da boa fe e da interdicción do abuso do dereito e do exercicio antisocial de accións»; cando non se cumpre «o fin institucional para o que foi concibida, de observancia da lexislación urbanística e depuración de actos ilegais, que a contraveñen», e o seu exercicio non supón «o beneficio público evidente da depuración dunha licenza ilegal» (STS do 30 de abril de 1990).

6.2 Necesidade de proba: obxectivización da mala fe e do abuso

A apreciación dese abuso debe examinarse con prudencia porque quen exercita esta acción e aduce unha vulneración da legalidade nunha concreta actividade administrativa –que xeralmente beneficia un terceiro– ten ao seu favor unha lexitimación suficiente para estimar lexítimo o exercicio da acción, por máis que necesariamente deba pretendese un prexuízo deses terceiros.

Por iso parece máis aconsellable buscar o abuso cando a argumentación da pretendida ilegalidade que se pretende pór de manifesto carece de todo fundamento xurídico obrigando aos tribunais, Administración e particulares beneficiados polo acto a dedicar tempo e recursos a defenderse de exercicios de accións carentes de todo rigor²⁴.

A xurisprudencia admite estes límites no exercicio da acción pública desta forma matizada, e así na STS do 26 de xullo de 2006 (Rec. n.º 2393/2003) exprésase que: «certo é que o exercicio da acción pública no ámbito urbanístico está suxeito aos límites xerais ou comúns que o noso ordenamento xurídico lle impón ao exercicio de calquera dereito, como son, basicamente, as exixencias da boa fe e a proscripción do abuso do dereito. Pero non é menos certo que a extralimitación debe quedar perfectamente acreditada, pois é isto o que exige a titularidade do dereito que se exercita. Se se é titular do dereito, o seu exercicio debe ser amparado, e todo obstáculo que o impida, ademais diso estar previsto no ordenamento xurídico, debe quedar constatado», para máis adiante lembrar algunhas das afirmacións do Tribunal Supremo referidas ao concepto de mala fe, «como son aquelas que a ligan coa conduta deshonesta e desleal nas relacións de convivencia, ou coa que non se adapta ás exixencias imperativas éticas clamadas pola conciencia social nun lugar e momento histórico determinado, ou coa que responde a unha finalidade económico-social que é distinta daquela para a que se atribuíu o poder en que consiste o dereito subxectivo, ou coa que é contraditoria cunha anterior conduta xeradora de confianza; e lembrar, tamén, que a doutrina reiterada deste Tribunal Supremo require para poder apreciar o abuso do dereito que se revele de modo patente, manifesto e claro que a intención ou propósito sexa só o de lle causar dano a outro sen que resulte proveito para o axente, non actuando abusivamente quen utiliza o seu dereito respondendo ao mesmo criterio finalista que o que inspira a norma legal atributiva del».

24 OLEA GODÓY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p.11.

6.3 Irrelevancia dos motivos secundarios á defensa da legalidade, se non acadan o fraude de lei ou procesual

A existencia de motivos particulares diferentes do interese xeral non basta para a apreciación do abuso do dereito. Así, admítese o exercicio da acción para exixir o peche de predios por infracción da normativa urbanística, aínda que se alegue un desexo de vinganza (STS do 17 de decembro de 1980). E, «en canto á boa fe, esta sala declarou constantemente que o exercicio da acción pública urbanística non é incompatible coa existencia de intereses provistos de índole económica ou doutro tipo en quen a fai valer» (SSTS do 5 e 6 de outubro de 2001).

Debido, posiblemente, a esta cautela, entende De Oro Pulido López que o TS se inclina (STS 20/12/2001, Rec. n.º 8016/97) por prescindir das motivacións do recorrente para acoller a lexitimación da acción popular, coa única barreira do abuso antes citado²⁵.

Con ocasión da impugnación dunha licenza de apertura dun centro comercial por unha asociación de comerciantes, a STS do 16 de xullo de 2008 (Rec. n.º 5440/2004), nun suposto de acción pública, aprecia interese lexítimo «en evitar un competidor que non cumpre o disposto no ordenamento urbanístico».

6.4 O abuso do dereito é unha cuestión de fondo que non lle permite a unha Administración inadmitir o exercicio da APU, que é unha cuestión procesual

En infinidade de ocasións as administracións públicas, na vía administrativa, rexeitan denuncias dos particulares en relación coa legalidade urbanística, con arquivos de plano mesmo de forma reiterada, co gallo de que isto supón un abuso de dereito da APU, cuestión rexeitada pola xurisprudencia, que entende que tal exercicio non constitúe un uso abusivo e que en todo caso isto é unha cuestión de fondo que non permite inadmitir a trámite a acción, o que sería en realidade negar a lexitimación conferida pola APU.

Neste sentido, a TSXG n.º 329/2015 indica: «a Administración (...) confunde falta de lexitimación activa –interese lexítimo e, neste caso, acción pública, que, indiscutidamente existe– e abuso do dereito –afectante á pertinencia ou non da tutela xudicial dispensable ao exercicio da acción urbanística–. O recurso de apelación, que nega o abuso de dereito declarado na sentenza, debe ser estimado, e o recurso-demanda, que critica a “denegación da lexitimación para a utilización da acción pública (...) de forma xenérica e no ámbito territorial do Concello da Guarda” e pretende a súa anulación, debe ser estimado».

7 Obxecto do proceso. Actividade impugnabile e pretensións admisibles

O control da actividade das administracións públicas baséase na aceptación dun carácter revisor da xurisdición contenciosa e, por outra banda, na capacidade de recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas ao exercitarse unha tutela de plena xurisdición en determinados supostos.

25 DE ORO PULIDO LÓPEZ, M., “La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre medio ambiente y urbanismo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 12, 2001, p. 171.

Esta caracterización da xurisdición obriga a configurar o obxecto do proceso integrado por dous elementos: a) a concreta actividade administrativa que se impugna e b) as concretas pretensións que se suplican respecto desa actividade.

7.1 Actividade impugnabile

A actividade administrativa impugnabile vén delimitada nos artigos 25 e seguintes da LXCA e concrétese en: disposicións xerais; actos administrativos, expresos ou presuntos; inactividade e actuacións materiais constitutivas de vía de feito.

7.1.1 Disposicións xerais

Aínda que nun principio no ámbito urbanístico se expuxeron dúbidas sobre a admisibilidade da acción pública en relación coas disposicións xerais, acabou por prevalecer a tese da positiva, o que era incuestionable, dada a amplitude da norma reguladora.

O titular da acción pública poderá impugnar directamente calquera disposición xeral que atente contra o ordenamento xurídico, como indirectamente ao aplicarse por acto administrativo.

Ante todo, a natureza normativa do plan, reiteradamente declarada pola xurisprudencia²⁶, determina a posibilidade de que a acción pública alcance non só a súa impugnación directa, senón tamén a indirecta que deriva do artigo 26.1 da LXCA²⁷.

En segundo lugar, tal posibilidade dunha impugnación indirecta vai referida ao conxunto de heteroxéneos contidos do plan, o que implica asemade que se poida impugnar con ocasión da súa execución, xa que a materialización de obras é o único xeito en que se poñen de manifesto determinadas ilegalidades²⁸.

En último termo cómpre indicar que a impugnación indirecta do plan opera non só con ocasión dos actos de aplicación, senón tamén con motivo da aprobación de normas de desenvolvemento, é dicir, da elaboración dun plan inferior²⁹.

26 A STS do 16 de outubro de 1990 subliña que «a potestade de plan é o resultado da fusión de dous tipos de actuacións públicas: a regulación da utilización do solo e a execución de obras públicas, de onde deriva que hai aspectos do plan de indubidable natureza normativa, xa que conteñen regras susceptibles dunha pluralidade indefinida de aplicacións».

27 SSTS do 7 de febreiro de 1987, 14 de marzo e 17 de outubro de 1988, 14 de febreiro, 20 e 27 de marzo de 1990, 18 de marzo e 22 de maio de 1991, 4 e 11 de xuño e 9 de outubro de 1992, etc.

28 A STS do 17 de outubro de 1988 indica: «Esta sala puxo de relevo reiteradamente a natureza normativa dos plans de ordenación urbana, e, como consecuencia, sinalou a viabilidade da súa impugnación indirecta ao se produciren os actos de aplicación daqueles (sentenzas do 7 de febreiro e do 15 de xuño de 1987). Certamente a afirmación da natureza normativa dos plans é susceptible de matizacións en razón do heteroxéneo contido daqueles: como a doutrina indicou con acerto, o plan engloba a actuación de dúas potestades distintas, unha de auténtica natureza regulamentaria (normas relativas á utilización do solo, etc.) e outra que se traduce na execución de obras públicas de urbanización (dirixida á transformación material da realidade, sen a cal o plan será un “debuxo morto”). Pero ocorre que ambos os elementos integrantes do contido do plan están intimamente ligados entre si e así, con referencia concreta ao tema litixioso (corrección dunha unidade de actuación), a xurisprudencia, ás veces, con ocasión da impugnación directa do plan, declarou que as cuestións expostas non poden resolverse “ata o momento da execución” (Sentenza do 29 de xuño de 1986). Non podería admitirse que a impugnación directa do plan deixe fóra esas cuestións, para logo, no momento da execución, entender que debesen ser expostas precisamente na impugnación directa. Esta íntima conexión dos distintos elementos integrantes do plan abre con xeneralidade a posibilidade da súa impugnación indirecta, sen que para iso poida ser obstáculo a desestimación do recurso directo, como ben se coída de advertir o artigo 39-4 da Lei xurisdiccional, que pecha así o paso neste punto á causa de inadmisibilidade que é a cousa xulgada (artigo 82.d da Lei xurisdiccional)».

29 SSTS do 22 de xaneiro de 1988, do 6 de novembro de 1990, do 19 de febreiro de 1991, etc.

Así as cousas, resulta claro que o cidadán ten aberta a vía para a impugnación do plan durante toda a súa vida xurídica.

E aínda se podería engadir que a xurisprudencia admite tamén a impugnación indirecta do acordo de suspensión do outorgamento das licenzas en razón da conexión do dito acordo co plan³⁰.

A STS do 1 de marzo de 2013 (Rec. n.º 4582/2009) admite dentro da impugnación dun PXOM a de calquera determinación: «Este recoñecemento da acción pública fainos concluir que, efectivamente, a recorrente estaba lexitimada activamente para pretender a nulidade das determinacións do plan relativas ao cálculo de aproveitamento doutros sectores distintos aquel en que se sitúa a súa parcela».

Finalmente, resulta de interese a STSXG n.º 142/2015, que recoñece sen dificultade con base na acción pública a impugnación de plan xeral, estudo de detalle e licenza, acumuladamente.

7.1.2 Actos administrativos

7.1.2.1 Réxime xeral de lexitimación para a impugnación de licenzas e outros actos de execución do planeamento

Constitúe o suposto máis xeral na orde xurisdiccional contenciosa, e, concretamente, no exercicio da acción pública. E, en aplicación da norma do artigo 25 LXCA, unicamente será admisible a pretensión se o acto reúne os requisitos que se establecen; polo tanto, en relación cun acto que non esgote a vía administrativa será necesario, antes de incoar o proceso, interpor o recurso de alzada ante o órgano competente.

Neste sentido, non ofrecen especialidades os que supoñen a impugnación clásica desa actividade, sempre que se poidan incardinar nalgunhas das materias cuxa normativa habilite o exercicio da acción pública³¹. Para o artigo 62 TRLSRU 7/2015, a observancia da lexislación e dos instrumentos de ordenación do territorio e o urbanismo, inclúe, ademais da tramitación dos plans urbanísticos ou programas, a impugnación de licenzas urbanísticas³², algo admitido pacificamente na xurisprudencia.

30 A STS do 7 de novembro de 1988 é do seguinte teor: «É certo que o recurso indirecto é unha técnica típica da impugnación das disposicións xerais (...) e que, con todo, o Texto refundido inclúe tal suspensión entre os “actos” preparatorios da formación e aprobación dos plans, pero, aínda así, a íntima conexión do acordo de suspensión con estes, de clara natureza normativa, permite aplicar á suspensión a técnica da impugnación indirecta: (...) B) O acordo de suspensión non anticipa os efectos do plan en estudo, senón que operando sobre a ordenación vixente erixe un obstáculo (temporal e espacialmente limitado) á aplicabilidade desta, de xeito que cada vez que se paraliza a tramitación dunha licenza concreta está a producirse unha inaplicación da ordenación en vigor ou, o que é o mesmo, está a operar o obstáculo provocado pola suspensión, a cal así pois ten a xeneralidade propia da ordenación inaplicada. C) En último termo, a suspensión do outorgamento de licenzas actúa a modo dun *contrarius actus* sumamente peculiar tendo en conta, por unha banda, a competencia para ditala e, por outro, a natureza da ordenación cuxa aplicación impide e que naturalmente só resulta posible en virtude da expresa habilitación contida no artigo 27.1 do texto refundido.

Sobre esta base, en definitiva, aínda que se estimase que algunhas das ideas expostas teñen un carácter meramente descritivo, o certo é que a suspensión de licenzas opera na vida práctica afectando decisivamente á virtualidade do ordenamento urbanístico e, así as cousas, fronte a unha posible firmeza do acordo de suspensión, o ordenamento xurídico necesariamente ha de permitir a reacción que implica a impugnación indirecta».

31 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 12.

32 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., na referencia web citada.

A TSXG n.º 168/2015 (FX 3º) refírese igualmente aos actos que sexan consecuencia da execución dunha sentenza anterior, para verificar o cumprimento da legalidade no relativo ao exacto cumprimento da resolución: «A cuberta retráctil cuxa instalación constitúe, a xuízo do actor, unha infracción urbanística, foi instalada no mesmo lugar que ocupaba outra fixa cuxa demolición foi decretada nunha sentenza. A actuación do actor, ao entender que coa súa instalación se contrariaba o decidido en vía xudicial –e se reincidía na infracción que determinara esa decisión– non constitúe ningún abuso de dereito, e está amparada na acción pública, xa que non só persegue o cumprimento da normativa urbanística, senón tamén o respecto ás decisións dos tribunais».

A APU abrangue a pretensión encamiñada a solicitar que a Administración comprobe se determinadas obras realizadas se axustan á licenza concedida (STSXG n.º 69/2014, FX 1º), así como a solicitude de declaración de caducidade da licenza (STSXG n.º 828/2013).

No caso de exercicio reiterado da APU mediante denuncias que non son atendidas, é admisible e acóllese o dereito ao trámite, é dicir, a condenar o concello a que incoe, tramite e resolva de forma expresa a denuncia da vulneración da legalidade urbanística (STSXG n.º 981/2012). A STXG n.º 968/2011 di a este respecto no FX 3º: «Os artigos 42 e seguintes da Lei 30/1992 impoñenlle un deber á Administración de ditar resolución expresa en todos os procedementos. Neste caso, trátase dun procedemento iniciado por instancia de parte que a Administración está obrigada a resolver. Non debe esquecerse que quen exercita a acción pública é un verdadeiro interesado no procedemento administrativo que promove e, por conseguinte, parte nel e plenamente lexitimado para exixir ante os tribunais de xustiza a observación da legalidade urbanística se non obtén resposta en prazo». En igual sentido, a STS do 23/7/2015 (Rec. n.º 2342/2013), que confirma en casación a doutrina reiterada da AN, onde manifestaba (SSAN con datas do 19/4/2013 e 19/5/2011) que, «cando os particulares posúen a condición de interesados, ou gozan do recoñecemento do exercicio da acción pública por razón da materia concernida, e teñen, polo tanto, “dereito ao procedemento administrativo” no sentido de obrigar a efectuar un pronunciamiento sobre a procedencia ou non de acordar a súa incoación, non poden quedar inermes e a expensas da libérrima vontade da Administración; que é o que sucedería de xeito inevitable e sen remedio se aquela, coa súa soa inactividade, puidese aprazar indefinidamente no tempo o pronunciamiento sobre unha solicitude a cuxa resposta teñen dereito».

7.1.2.2 Impugnación de actos administrativos en materia non urbanística, pero vinculada a ela

Tamén pode ser obxecto de impugnación mediante a APU a concesión mineira por lesión a un espazo protexido pola conexión que este último elemento presenta en relación coa normativa urbanística (STS de 7/6/2013, FX 7º): «De modo que o exercicio da acción pública urbanística non pode entenderse bloqueado ou impedido cando se impugna un acto non urbanístico, sempre que se atope esencialmente vinculado aos usos do solo e se invoque unha norma legal que impida o uso que recoñece a concesión”.

Acóllese igualmente a APU para impugnar licenza para actividades de incidencia ambiental (antigo eido do RAMINP) cando o contido infractor estea baseado no incumprimento do contido dun PXOM (STS do 21/3/2012, FX 4º)³³.

33 «Se de lexitimación por acción pública se trata, debemos lembrar, en fin, que a xurisprudencia desta sala declarou que, á marxe da dimensión ambiental do regulamento de actividades, cando a temática esencial de impugnación dunha actividade radica precisamente

Como criterio *orbiter dicta*, sinala a STSXG n.º 473/2014 que é admisible a acción pública para a impugnación dunha autorización sectorial mentres se impugne un procedemento de autorización urbanística, pero non cando se fai de forma autónoma, porque daquela non resulta vinculado á reposición da legalidade urbanística³⁴.

7.1.2.3 Improcedencia da APU por exceder o ámbito urbanístico

A inexistencia de acción pública en materia tributaria determina que non se poida impugnar unha licenza de actividade ou obras por falta de ingreso cos correspondentes impostos ou taxas municipais (STSXG n.º 782/2012).

Non se considera acto impugnabile o resultado dunha reparcelación por non comprometer a ordenación urbanística. Así, a STSXG n.º 791/2014: «as cuestións sobre os dereitos de propiedade dos predios de resultado son cuestións privadas, que ao non afectaren á ordenación urbanística quedan fóra do ámbito da acción pública, polo que só cabe que as atribucións as impugnen aqueles cuxos dereitos ou intereses resulten prexudicados. Por iso, esta cuestión está intimamente relacionada coa referida en primeiro lugar».

7.1.3 Inactividade da administración

A impugnación da inactividade, segundo o artigo 29 da LXCA, admite a dobre modalidade de:

- incumprimento de obrigas asumidas pola Administración en disposición xeral sen necesidade de acto de aplicación, en acto, contrato ou convenio; ou
- pola inexecución dun acto administrativo firme.

En tales supostos, o precepto mencionado habilita a impugnación en vía contenciosa, pero só *“a quen tivese dereito a ela (a prestación)”* ou *“aos afectados”*; é dicir, o mesmo lexislador parece reservarlle tales supostos de impugnación da actividade administrativa a quen estivese lexitimado polo interese ou dereito afectado ou, con maior rigor, os titulares da prestación contida na disposición xeral, acto, contrato, convenio ou inexecución de acto firme, coa consecuente exclusión de que poidan habilitar o exercicio da acción pública por quen non se atope nesa situación.

Esa situación deixa fóra da acción pública supostos en que a Administración deixa sen executar, por exemplo, un acto ordenando o restablecemento da legalidade urbanística alterada con actuacións desa natureza³⁵, obrigando o titular da acción pública a requirir o respectivo concello para esa execución e, ante a negativa, impugnar o acto, expreso ou presunto, que resolverse a petición, pero acudindo á vía do proceso ordinario correspondente, sen beneficiarse do acurramento dos prazos ou mesmo do procedemento abreviado, que autoriza o artigo 29 da LXCA.

no seu emprazamento, segundo o artigo 4 do RAMINP, que, como é sabido, se supedita ao disposto nos plans de ordenación urbana, cabe admitir o exercicio da acción pública establecida como lexitimación en materia urbanística [SSTS do 3 de decembro de 2001 (Rec. 5349/1997), do 31 de xaneiro de 2001 (Rec. 9275/1995) e do 28 de marzo de 2000 (Rec. 7704/1994)].».

34 Di o FX 4º que: «As alegacións da recorrente resultan desconcertantes, porque tal evidencia só podería derivar de que se impugna unha autorización “sectorial” inserida nun procedemento de autorización urbanística no que está recoñecida a acción pública. Pero este argumento tórnase equivocado desde o momento en que se optou por interpor o recurso por separado, de xeito que non se arrastra este proceso a lexitimación pública que se recoñece para aqueles».

35 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 12.

7.1.4 A vía de feito

Solución diferente debe ser a que se impoña no caso de que a actividade administrativa se traduza en actuacións **de vía de feito**. Nestes casos, a ausencia de procedemento pode ser campo propicio para determinar que os cidadáns poidan exercer a acción pública, precisamente para facer valer a existencia da legalidade, estando habilitados para a súa impugnación en vía contenciosa, de acordo co que autoriza o artigo 30 da LXCA³⁶.

7.2 Pretensións admisibles

Conforme a lei, en relación coa actividade impugnada no ámbito do dereito urbanístico, esas pretensións poden ser, en abstracto, de dúas clases;

- a que debe accionarse necesariamente porque noutro caso carecería de obxecto o proceso: é a declaración de que a actividade impugnada “non é conforme a dereito e, se é o caso, a anulación”, como se dispón no artigo 31.1.º da LXCA.

Trátase da pretensión coa que se busca a declaración de nulidade ou anulabilidade da actividade impugnada, sen máis pretensións.

- A LXCA acolle o sistema de plena xurisdición en que se autoriza o titular da acción para suplicarlle ao tribunal, ademais desa declaración de ineficacia da actividade administrativa impugnada, o «recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e a adopción das medidas adecuadas para o pleno restablecemento desta, entre elas a indemnización dos danos e perdas», como se dispón no artigo 31.1.º LXCA.

Por esa vía autorízase que o recorrente afectado pola actividade administrativa impugnada poida restablecer o dereito ou o interese que se lle vulnerou.

No exposto está unha das limitacións máis relevantes para os titulares da acción pública, xa que, ao non seren titulares de dereitos ou intereses concretos afectados pola actividade impugnada, non autoriza incorporar ao proceso pretensións de recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas.

Así pois, pola vía da acción pública só é admisible a pretensión de mera anulación, limitación que salvagarda o risco de procesos carentes de fundamento.

En consecuencia, a través da acción pública non resulta posible exercer as pretensións de plena xurisdición do artigo 31.2 da LXCA, pero non se poden confundir estas coas que solicitan o pleno restablecemento da legalidade urbanística, segundo se declara na STS do 17 de marzo de 2009 (Rec. n.º 11119/2004) ou outra xurisprudencia posterior, tamén de 2009, en que a Sala Terceira aclara, para estimar o motivo de casación para o efecto invocado, que a petición de clasificación dun solo como urbano non é razón para inadmitir o recurso contencioso-administrativo, como procedera a Sala de instancia por entender que o demandante non xustificara a súa condición de propietario do solo, xa que tal pretensión está amparada polo carácter regrado da dita clasificación e, por conseguinte, é susceptible de reclamarse a través da acción pública urbanística.

36 OLEA GODÓY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 13.

A STSXG n.º 629/2015 recoñécello ao particular ao que se lle negaba lexitimación de adverso o seu dereito baseándose na acción pública, aínda que no caso sosteña unhas pretensións que coinciden cos seus particulares intereses (FX 1º).

8 Especialidades procesuais

Uns dos principais problemas que xeran o exercicio da acción pública e a súa deficiente regulación son as particularidades que existen no propio inicio do proceso contencioso, sometido a formalidades previas ineludibles e a curtos prazos de interposición. Esas exixencias non son fáciles de conciliar no suposto do seu exercicio pola vía da acción pública.

8.1 A acción pública e o beneficio de xustiza gratuíta

Ao exercicio da acción pública débelle ser aplicable o disposto polo apartado terceiro do artigo 20 da LOPX, que prevé a gratuidade, sempre, da acción popular: «3. Non poderán exixirse fianzas que pola súa inadecuación impidan o exercicio da acción popular, que será sempre gratuíta». Entende a doutrina que non cabe pensar que tal denominación se refira exclusivamente á que se exercita nos procesos penais, sendo a razón de ser desta e daquela a mesma, de maneira que, exercitada tal acción pública, existe o dereito ao beneficio de xustiza gratuíta sen necesidade de promover declaración ningunha deste nun procedemento incidental *ad hoc*, ao vir recoñecido tal dereito pola LOPX³⁷.

Outra cuestión será delimitar se se está exercendo propiamente a APU ou se está actuando como directa ou indirectamente interesado ou afectado polo acto ou disposición impugnados, o que, ao abeiro das pretensións da demanda, debера despegar toda dúbida.

O exercicio da APU só se pode beneficiar dos efectos que para a xustiza gratuíta establecen os artigos 30 e seguintes da LAC, sen que se poida acoller á exención doutras fianzas ou caucións legalmente previstas, pois, malia ser é certo que a LOPX prevé que non se exigan fianzas que, pola súa inadecuación, impidan o seu exercicio, non exime da súa prestación. Outra cousa é que esas caucións non se convertan en obstáculos insalvables para obter o fin pretendido pola lei coa medida cautelar de que se trate.

8.2 Esgotamento da vía administrativa

En efecto, como se dispón no artigo 25 da LXCA, en relación co suposto clásico de que se impugnen actos administrativos, só é admisible o recurso contra «os que poñan fin á vía administrativa» cando se esgotasen os recursos previos nesa vía previa, como se dispón no artigo 109 da LRXAP-PAC. Á súa vez, eses recursos administrativos só están autorizados aos que teñan a condición de “interesados”, como se dispón no precepto; exixencia persoal que esa lei define no artigo 31 novamente con referencia á titularidade de dereitos ou intereses

37 PECES MORATE, J., “Significado y trámite de los procesos especiales en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Jurisdicción contencioso-administrativa: Aspectos procesales. Cuadernos digitales de Formación*, n.º 23, 2009, p. 10.

“lexítimos” que, pola súa propia definición, non concorren no titular da acción pública³⁸, de onde deducimos a excepcionalidade da situación creada pola APU que lle impide á Administración a denegación da lexitimación por esta causa (así, a TSXG n.º 329/2015).

8.3 Subrogación na posición xurídica dun terceiro que desistiu da acción pública na vía administrativa

Debido á articulación da acción por quen carece dunha conexión específica co obxecto do proceso, e que está equiparada á de calquera outro cidadán, suscitouse a cuestión de se é posible soste a APU en lugar dun terceiro que –con idéntico título– desistiu na vía administrativa.

A este respecto, o Tribunal Supremo coñeceu dun recurso de casación deducido contra unha sentenza que declarara a inadmisibilidade dun recurso contencioso-administrativo sostido por un avogado cuxos clientes non se decidiron, a última hora, a interpolo. A Sala de instancia mesmo condenou o avogado recorrente ao pagamento das custas pola súa temeridade ao actuar en nome de terceiros sen ter a súa representación e defensa.

A STS do 17 de marzo de 2009 (Rec. 11119/2004), pola contra, estimou o motivo de casación esgrimido polo referido avogado baseado na infracción cometida pola sala sentenciadora do disposto no artigo 304 do Texto refundido da Lei do solo de 1992, que consideraba o exercicio da acción pública.

A consecuencia do anterior implica, na nosa opinión, que mesmo se o desistente exercita unha acción baseada nun interese particular, pero que se proxecta sobre o ámbito urbanístico, pode o terceiro continuar invocando a lexitimación que lle confire a APU, coa característica, está claro, de restrición de pretensións, que só poderían ser as derivadas do exercicio da acción pública –anulación do acto– pero nunca o recoñecemento da situación xurídica individualizada, por máis que o terceiro inicialmente actuante si puidese, co seu propio título de intervención, facelo.

8.4 Transmisibilidade *mortis causa* da acción pública

O TS admitiu a transmisión da acción pública aos herdeiros do actuante falecido tanto en fase de execución da resolución como durante a declarativa, polo que debemos entender, en conexión co razoado en relación coa continuación da acción iniciada por terceiro, que procederá tamén en vía administrativa.

No caso concreto, a STSXG 4/12/2003 (Rec. n.º 4816/1993) declarou inadmisibile, por causa sobrevida, o recurso contencioso administrativo interposto por un particular, no falecemento do cal compareceron os seus fillos para soste a acción pública urbanística que aquel exercitará³⁹. A STS do 30 de xuño de 2008 (Rec. n.º 4091/2004) estimou o motivo de casación, para

38 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cít.*, p. 13.

39 A Sala de instancia baseou a súa decisión de inadmisión no seguinte razoamento: «recoñecemento (da calidade de herdeiros para efectos substantivos) que por outra banda resultaría inocuo, pois, como se dixo ao principio, estamos ante un proceso seguido no exercicio da acción pública, que non está no comercio dos homes e que concretamente non forma parte do patrimonio que unha persoa deixe ao falecer, ao non se poder integrar entre os dereitos a que se refiren os artigos 659 e 661 do Código civil, da mesma maneira que non podería dispor dela por testamento para despois da súa morte, nin transmitirla a outro por actos *inter vivos*, e todo iso porque con ela non se está

o efecto articulado polos herdeiros do actor falecido, co seguinte argumento: «É certo que a acción pública non ten en si mesmo un contido patrimonializable, (...). E é certo, tamén, que no noso ordenamento non se prevé a transmisión da acción pública así configurada, en abstracto, como recoñecemento legal lexitimador. Pero aquí non se trata da acción pública en abstracto, senón dunha acción xa exercitada; e ese exercicio deu orixe a unha relación xurídica procesual concreta, no seo da cal xurdiron dereitos e obrigas con contido propio e con innegables consecuencias na esfera patrimonial –pénsese nos gastos e custas procesuais–. Por iso, se o recorrente que exercitou no seu día a acción pública falece cando xa se ditou sentenza favorable ás súas pretensións, debe recoñecérselles aos seus herdeiros, se acoden na causa, o dereito para instar a execución da resolución tanto no relativo aos pronunciamentos substantivos como en canto ao que puidese recaer en materia de custas procesuais. De igual xeito, debe admitirse a sucesión procesual a favor dos herdeiros cando o falecemento do recorrente orixinario se produce durante a tramitación do proceso e antes de que se dite sentenza».

8.5 Prazo de interposición do recurso contencioso (contra actos que esgotan a vía administrativa)

8.5.1 Réxime xeral

O recurso contencioso debe interperse, como regra xeral, no prazo dos dous meses, computados desde «o día seguinte ao da publicación da disposición xeral impugnada ou ao da notificación ou publicación do acto que poña fin á vía administrativa», como se dispón no artigo 46 da LXCA. Para o caso de que se trate de actos presuntos, o prazo de seis meses foi ampliado pola xurisprudencia, equiparándoo aos actos non notificados na debida forma (STC n.º 186/2006, do 19 de xuño), deixando aberto o prazo de interposición do recurso.

8.5.2 Cómputo do prazo. O problema da falta de notificación

No suposto de publicacións –necesariamente cando se trate de disposicións xerais ou nos supostos especiais en que os actos administrativos deben ser obxecto desa publicación–, é fácil o coñecemento pola xeneralidade dos cidadáns e non deixa en inferiores condicións a quen pretende exercitar a acción pública que deberá someterse a ese prazo de interposición.

A cuestión é diferente no suposto normal de que o acto estea sometido á formalidade da notificación, porque esta, conforme o establecido no artigo 58 da LRXAP-PAC, só se lles practica aos “*interesados*” no correspondente procedemento administrativo, que non o é o titular da acción pública, o que equivale ao descoñecemento do acto mentres transcorre o prazo de impugnación⁴⁰.

defendendo ningún interese persoal patrimonializable aínda que só fose por título de prexuízos morais, senón exercitando altruistamente unha defensa da calidade de vida da sociedade a través da observancia da normativa urbanística, e esta é unha facultade que compete a calquera pero que, exercitada por un, coa súa morte extingúese; tampouco cabe pensar en que, ocorrido o falecemento, a acción quede vacante á espera de calquera que a queira ocupar, senón que, quen queira exercitala, deberá facelo como titular orixinario e non derivativo dela, se a tempo está e comezando pola correspondente reclamación en vía administrativa para sometela logo, se for o caso, ao control xurisdiccional».

40 Para o caso dos interesados notificados persoalmente, a STSXG n.º 602/2014 entendeu que obviar os prazos de recurso cando existiu notificación expresa para acollerse logo á acción pública constituía un abuso de dereito, polo que denegou a acción así intentada.

O lexislador non dá unha solución a ese dilema e a lexislación sectorial tampouco o fai con carácter xeral. Impor esas exixencias conforme o sistema xeral suporía deixar ineficaz o recoñecemento da acción pública, aínda que facer o contrario tamén afectaría ao principio de seguridade xurídica. Faise eco dese dilema a STS do 29 de maio de 2002 cando declara que «a acción de impugnación sería ilusoria se o recoñecemento dunha lexitimación xeral quedase niso, mantendo a necesidade de impugnar nos prazos ordinarios uns actos administrativos dos que non existe formal constancia».

8.5.3 Solución para actos (incluídas licenzas) con manifestación sobre a realidade física: requirimento administrativo ou interposición directa

A xurisprudencia adoptou un criterio amplo respecto desta situación e autorizou a quen pretenda exercitar a acción pública, «a falta dunha correcta notificación» do acto administrativo, a exercitala «ben por petición independente á Administración, ben interpondo (...) o recurso procedente» (STS do 5 de outubro de 2001, Rec. n.º 2046/1997), para o cal o prazo de interposición queda aberto mentres non se produza a caducidade da APU prevista na Lei do solo⁴¹.

Esa posibilidade vén establecida porque nas materias en que se recoñece o exercicio da acción pública están normalmente referidas a cuestións que teñen que ver coa realidade física (urbanismo, costas, patrimonio histórico, etc.) na que é posible que o cidadán poida observar, aínda que non teña coñecemento do acto administrativo concreto, os seus efectos. A iso responde o sistema establecido na DA 4ª LOUGa, en canto autoriza o exercicio da acción non só mentres se está executando a obra que se considera ilegal –feito externo facilmente apreciable–, senón mesmo *mentres se prolongue a súa execución e, posteriormente, ata o vencemento dos prazos de prescrición determinados nesta lei*, prazo que está en congruencia co establecido para que as administracións públicas poidan reaccionar contra a obra ilegal (mesmo con acto lexitimador contrario ao plan –é dicir, licenza–), polo que sempre lle quedaría a quen pretende exercer a acción pública requirir a Administración para que actúe en virtude das potestades que as normas (autonómicas) lle conceden contra as ditas obras ilegais e, en caso de non reaccionar, pretender a súa imposición en vía contenciosa.

Así pois, cabe concluír que, salvo nos supostos en que exista un coñecemento formal da concreta actividade administrativa que se impugna, o procedente poderá optar entre:

a) requirir a Administración para que evite a ilegalidade que se considera consumada e, se é o caso, interpor o recurso contencioso contra a decisión, expresa ou presunta, esta xa nos prazos establecidos con carácter xeral porque a habilitación da acción pública e a reclamación

41 Di a sentenza: «Terceiro.- Tanto o Concello de Vigo como Repsol Comercial de Produtos Petrolíferos, S.A., opoñen como motivo de casación a infracción do artigo 82 f) LX e alega que a petición dirixida ao Concello de Vigo na que se impugnan as licenzas concedidas pola dita Corporación a D.ª Dores deben considerarse, como fixo a Sala de instancia, como un recurso de reposición formulado contra as licenzas, pero un recurso interposto transcorrido o prazo previsto legalmente, sen que caiba eludir as consecuencias derivadas diso invocando o réxime aplicable ás notificacións defectuosas, xa que o recorrente non tiña a condición de interesado no procedemento e debe suporse, ao ser a construción da estación de servizo un feito público e notorio, que aquel tiña coñecemento das licenzas concedidas. Este motivo de casación debe ser desestimado; a falta dunha correcta notificación da licenza ao interesado, o exercicio da acción pública urbanística pode levarse a efecto, ben por petición independente á Administración, ben interpondo contra o acordo municipal de concesión da licenza o recurso que procedese, pero, en todo caso, o prazo para facela valer é o indicado no artigo 304 do Texto refundido da Lei do solo do 26 de xuño de 1992 (LS/92), prazo que non foi excedido neste caso».

efectuada á Administración, confírelle a calidade de “interesado” nese concreto procedemento administrativo e, por iso, deberá notificárselle a concreta resolución.

Unha vez accedido pola APU á vía administrativa, non existe xa entón e desde o punto de vista do proceso contencioso, especialidade ningunha respecto da lexitimación polo interese ou dereito afectado, debendo entenderse que, en tales supostos, o transcurso do prazo dos dous meses fai decaer o exercicio da acción (artigo 46 LXCA)⁴².

b) Exercitar, no caso de que o acto coñecido esgotase a vía administrativa, a impugnación directamente na vía contenciosa, mesmo cando isto supoña un exercicio extemporáneo da acción en relación co acto (porque este foi notificado aos interesados), porque realmente para o accionante público non o é, polo que a dinámica dos prazos aquí funciona como a da notificación defectuosa, deixándose aberta a opción de recurso, cun límite, a caducidade da acción recollida legalmente.

8.5.4 Actos administrativos sen proxección sobre a realidade física

O anterior esquema é factible no caso de que se trate de actuacións sobre o medio físico, pero non o é naqueles supostos –tamén no ámbito urbanístico– en que a actuación administrativa non ten posibilidade de chegar a ser coñecida polos cidadáns en xeral, polo menos nun tempo máis ou menos próximo⁴³, que, non obstante, entendemos que debe subsistir por ser o máis protector da viabilidade da APU. Sería ilóxico establecer un prazo máis dilatado para un acto que se percibe por calquera (obra) que para outro que non, porque é máis difícil de detectar este último, polo que a caducidade da APU debe abranguer para o resto de actos como mínimo os seis anos previstos na norma para os que si teñen reflexo físico.

8.6 Caducidade da acción como límite temporal ao seu exercicio en caso de obras ilegais

A xurisprudencia anterior podería suxerir unha situación de posibilidade de impugnación ilimitada no tempo dos actos contrarios á legalidade urbanística, pero iso foi limitado por razóns de seguridade xurídica en determinados supostos, concretamente en relación coa execución de obras contrarias á legalidade.

Así, Peces Morate entende que a acción pública urbanística está suxeita a caducidade, como calquera outra, segundo se recoñece na STS do 5 de xullo de 2006 (Rec. n.º 1998/2003). Cuestión distinta é a do cómputo do prazo, declarando tamén a xurisprudencia que o prazo de caducidade nas infraccións continuadas non pode iniciarse ata que finaliza a actividade ou se realiza o último acto con que a infracción se consuma, constituíndo, entre outros, o uso do solo unha actividade continuada; Sentenzas do 22 de xaneiro de 1992 e do 21 de maio de 1985, pois, di a primeira, «se a Administración pode impedir o uso do solo ilegal mentres este dure, será razoable que o prazo de prescrición non empeza a correr mentres se manteña o uso».

⁴² Como declara, entre outras, a STS do 21 de decembro de 2001.

⁴³ OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 14.

A caducidade da APU prevese na DA 4ª da LOUGa, cando sinala: «2. A acción pública a que se fai referencia no apartado anterior, **se é motivada pola execución de obras que se estimen ilegais**, pode exercerse mentres se prolongue a súa execución e, posteriormente, ata o vencemento dos prazos de prescrición determinados nesta lei».

En consecuencia, en relación exclusivamente con obras contrarias ao ordenamento xurídico, a lei establece unha limitación temporal –prazo de caducidade– para o exercicio da acción, despois da cal non poderá exercerse con éxito. Así o recoñece, entre outras, a STSXG n.º 586/2015, FX 3º, a respecto do cómputo de prazos de restauración da legalidade perturbada por unhas obras.

O prazo de caducidade así detallado non abarcará, en consecuencia, o resto de situacións xa descritas, e singularmente a relativa a unha licenza mentres non fose executada. Neste sentido, lémbrese que a licenza de obras se concede por un prazo máximo de tres anos, pero que non se declara a caducidade mentres non se seguiu un procedemento previo con audiencia do interesado –artigo 197.3 LOUGa–, polo que a afirmación da vixencia da acción pública ten completa virtualidade neste suposto.

En relación con isto, en tese discutible tanto polo resultado do procedemento (inadmisión) como pola indeterminación que mantén en relación a cal é a tese da sala en relación coa caducidade da acción en relación cos licenzas urbanísticas (parece insinuar que os prazos son os equivalentes aos dos interesados, o que contraria a xurisprudencia do TS), a STSXG n.º 4089/2014 revogou a sentenza de instancia e declarou a inadmisión do recurso fundado na APU porque a demandante, malia que accionaba contra unha licenza de primeira ocupación antes do transcurso de catro anos, era –por ter sido daquela asesora xurídica de urbanismo do concello– coñecedora da súa existencia desde antes, polo que entendía, por unha banda, a existencia de abuso de dereito (argumento que si poderíamos compartir) e, por outra, porque o período de prescrición da DA 4ª LOUGa é exclusivamente para obras **e non para licenzas**⁴⁴.

Debe facerse unha derradeira precisión neste apartado: aínda que a doutrina se refire con frecuencia ao prazo para o exercicio da APU como de *prescrición*, as SSTs do 26/10/2001 (Rec. 3010/1997) e a xa citada do 5/7/2006 (Rec. 1998/2003) refírense á institución da *caducidade* de forma clara, razón pola que aquí asumimos esa tese e non a da prescrición, como ás veces aparece tamén referida nalgunhas sentenzas de tribunais superiores de xustiza.

8.7 Constitución da relación xurídico-procesual

Dado que no exercicio da acción pública se pretende sempre a declaración de ilegalidade de actos que se ditaron en procedementos en que quen a exercita non tivo a consideración de interesado, deberán ser chamados ao proceso, na súa condición de demandados, eses titulares de dereitos ou intereses que, en palabras do artigo 21 da LXCA, «puidesen quedar afectados pola estimación da pretensión do demandante».

44 Ademais da citada STS do 5/10/2001, esta Sentenza do TSXG contravén a STS do 15/7/1999 (Recurso: 4967/1993), que nun caso en que a recorrente accionaba contra unha licenza de obras indica no seu FX 6º que «Non se lle pode reprochar a FINRESA que defenda os seus intereses e non se lle pode exixir para iso unha dilixencia no exercicio da acción pública urbanística que non require o seu parágrafo 2º e que, de aceptarse a tese da parte recorrente, viría na práctica baleirar de contido ese precepto».

O feito de que o beneficiado polo acto sometido ao control xurisdiccional só poida adoptar a posición de codemandado, e estar proscriba no ámbito do contencioso a reconvención, a estes só lles será admisible oporse á estimación do recurso e suplicar a confirmación do acto, do mesmo xeito que a Administración autora deste⁴⁵.

Caso de estimación do recurso e anulación do acto, quedará a posibilidade dos recursos.

Pero se a propia Administración, iniciado o proceso e conforme autoriza o artigo 76 da LXCA, ditase un acto recoñecendo a pretensión ao demandante pola vía da acción pública, e ese novo acto non «infrinxisse manifestamente o ordenamento xurídico», a eses interesados no acto que actuaron como codemandados só lles quedará a vía da impugnación dese novo acto; deberá entenderse que primeiro en vía administrativa e, se é o caso, en vía xurisdiccional, o que non deixa de ofrecer problemas, porque, en principio, o auto polo que se admite a terminación do procedemento tería o efecto de *cousa xulgada*, que non se vulneraría porque no proceso ulterior contra ese acto que puxo fin ao previo proceso non suporía a identidade das calidades en que as partes intervirían, como exige agora o artigo 222-3.º da LAC. En todo caso, eses beneficiados polo acto que se anule, mesmo cando o fose por sentenza, terán dereito ao resarcimento dos danos e perdas ocasionados por responsabilidade patrimonial⁴⁶, que deberá realizarse como pretensión autónoma na vía administrativa, non con ocasión deste procedemento.

8.8 Intervención do MF en caso de desistencia da acción no proceso. Asunción sobrevida da condición de parte demandante

En canto ao procedemento contencioso-administrativo, existe unha norma especial no artigo 74.3 e 4, LXCA, ao regular a desistencia.

Precisamente para evitar o perigo sinalado do exercicio da acción pública para fins distintos á protección da legalidade, exíxese a audiencia do Ministerio Fiscal antes de ditar auto sobre a desistencia, co fin de que se poida opor razoadamente por apreciar dano para o interese público.

Con todo, aínda que cabe oposición á desistencia polo Ministerio Fiscal dada a acción pública imperante ou que o Tribunal resolva no caso de que se aprecie «dano para o interese público» (artigo 74.3 e 4 LJCA), non articula a normativa como se seguiría o procedemento se o recorrente xa non persegue a condena da Administración. Unha posible vía sería a actuación do Ministerio Fiscal en prol do interese público que se puidese ver danado⁴⁷.

45 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 15.

46 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 16.

47 PENÍN ALEGRE, C., “Licencias declaradas ilegales por sentencia firme y modificación del plan para adecuarlas al ordenamiento infringido”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2011, pp. 18 e 19. Indica esta maxistrada que en Cantabria existen exemplos de actuación procesual polo Ministerio Público. Unha asociación de veciños acudiu á fiscal de Medio Ambiente en Cantabria e, ante a falta de capacidade económica para afrontar o correspondente aval que lle puidesen exixir, a representante do Ministerio Público optou por interpor directamente recurso contencioso administrativo contra unha licenza relativa á construción de diversas vivendas amparada nun plan anulado pola sala e confirmado polo TS na zona de Oyambre, San Vicente de la Barquera. Ao tempo de interpor o recurso, invocando a acción pública e o obxectivo encomendado ao Ministerio Fiscal de promover a acción da xustiza, solicitou como medida cautelar a suspensión da licenza, suspensión que foi acordada polo xulgado aquietándose o concello coa dita decisión e estimándose finalmente o recurso. O caso foi exposto pola referida fiscal no Seminario de Fiscalías de Medio Ambiente en Valsain, Segovia, celebrado o pasado 27 e 28-6-2008. Nas ditas xornadas sobre a acción pública e o papel do fiscal, si se barallou a idea da intervención do representante público a petición dunha asociación ecoloxista.

A dificultade procesual desta situación estriba en que a ausencia da figura de coadxuvante no procedemento contencioso impide que, interposto o recurso, actúe o Ministerio Fiscal. Malia isto, a existencia da acción pública podería levar a articular a posibilidade da súa comparecencia con ocasión do trámite do artigo 74 LXCA, pois doutro xeito non podería validamente desprezar todos os seus efectos. Con relación a isto, poderíase prever para o MF unha intervención procesual semellante á prevista no 50.3. LXCA, onde o comparecido tardiamente pode aproveitar os trámites aínda non precluídos e propiamente, ante a desistencia do actor, o MF ocuparía a súa posición, de xeito que non sería coadxuvante, senón subrogado na posición xurídica do demandante. Para completar a regulación, cabería aplicar directamente o artigo 13.3. LAC relativa á intervención de suxeitos non orixinariamente demandantes.

Outra solución propón Penín Alegre: o MF podería interpor outro paralelo e pedir a acumulación vía 34.1 LJCA para, unha vez desistido, continuar el coa acción. Entendemos pola nosa banda que isto requiriría unha dilación do procedemento se aplicásemos todas as normas de acumulación de autos, polo que resultaría máis operativo e igual de funcional ao fin do artigo 74 LXCA proceder conforme cos artigo 13.3. LAC e 50.3. LXCA.

8.9 Contido da sentenza

A sentenza que se dite nestes procesos non ofrece particularidade ningunha e deberá limitarse, caso de non existir causa de inadmisibilidade e conforme o principio de congruencia, á simple anulación ou confirmación, estimando ou desestimando o recurso que, como xa se dixo, só pode conter pretensións encamiñadas a esa declaración.

No caso de que se incorporase a esa pretensión o recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas, estas deberán ser desestimadas. En realidade, trataríase dunha inadmisibilidade parcial do recurso.

8.10 Execución de sentenzas

En canto á execución das sentenzas, non se establece especialidade ningunha nestes procesos iniciados pola acción pública, polo que se deben seguir as normas xerais da LXCA. Nos supostos de estimación do proceso –en caso de desestimación e confirmación da actuación non hai nada que executar, salvo os efectos internos do proceso (custas)– a Administración deberá levar “*a puro e debido efecto*” a declaración xudicial, como se dispón no artigo 104.

A declaración será a mera anulación da actividade, o que non evita que a Administración deba ditar actos –mesmo executalos materialmente– para dar plena efectividade a esa declaración, porque, como se declara na STS do 13 de decembro de 2001, «o deber de observar a legalidade... supón, como é lóxico, non só a anulación dos actos administrativos que a contraveñan, senón tamén a execución dos actos administrativos, removendo os obstáculos que se opoñan á súa efectividade, xa proveñan dos administrados ou da propia Administración».

Non supón esa execución incorporar á acción pública pretensións de recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas, como podería selo a de demolición dunha edificación declarada ilícita; non cabe concluír esa ampliación de pretensións porque esa demolición, por

exemplo, viría imposta como consecuencia ineludible da mera revogación do acto lexitimador –ou a inactividade que a consentiu– en virtude do cal se executou⁴⁸. Agora ben, no caso de que non se cumpra, cabe instar, con fundamento na APU, no expediente de execución, o cumprimento do acto ao que a Administración quedou obrigada.

8.11 A desistencia na fase de execución. Imposibilidade de transacción ou desistencia

O TS rexeitou a desistencia na fase de execución tendo en conta o compromiso do interese público e da fraude de lei e procesual que supuña a desistencia en fase executiva, xa que, ao non concorrer imposibilidade legal ou material de execución, o cumprimento da sentenza era inescusable, resultando nulos os actos ou disposicións orientados a evitalo. Indicouse, ademais, a necesidade de traslado ao MF para audiencia previa ao auto de arquivo⁴⁹.

8.12 Intervención por APU en fase de execución dun procedemento iniciado por un terceiro.

Outra cuestión importante no incidente de execución de sentenza é o feito de que a xurisprudencia recoñeceu a lexitimación para exercer a acción pública *ab initio* na fase de execución dun proceso iniciado por un terceiro. Así o entendeu a STS do 23 de abril de 2010 (Rec. n.º 3648/2008): «unha vez que esta sala lles vén recoñecendo ás persoas afectadas a posibilidade de comparecer na execución cando non foron parte no recurso contencioso administrativo (Sentenza do 7 de xuño de 2005, citada e ditada no recurso de casación n.º 2492/2003), e recoñecida tamén a acción pública no noso ordenamento xurídico urbanístico para a protección da legalidade tanto como lexitimación para interpor o recurso contencioso administrativo (Sentenza do 7 de febreiro de 2000 ditada no recurso de casación n.º 5187/1994), como para comparecer na execución (sentenza do 26 de xaneiro de 2005 ditada no recurso de casación n.º 6867/2001), resulta forzoso concluír que a asociación recorrente

Regap



ESTUDIOS

48 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 16.

49 É o caso da STS do 28 de maio de 2008 (Rec. n.º 579/2006), na que se examina, como recorda Calvo Rojas (“La ejecución de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo”, *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 54, 2009, pp. 1-34), un acordo transaccional claramente ilegal en que os intervinientes no proceso –a demandante, que exercitara a acción pública e obtivera o pronunciamiento de anulación dunha licenza de obras, a Administración que a outorgaba e a empresa promotora titular desa licenza ilegal– se confabulan subscribindo un convenio no que afirman que concorren causas de imposibilidade legal e material de execución da sentenza, polo que acordan substituír o cumprimento da sentenza por unha indemnización económica por importe de catrocentos mil euros en favor da demandante, comprometéndose a levar a cabo as actuacións necesarias para que o Tribunal sentenciador homologue ese acordo, comprometéndose a parte actora a recoñecer expresamente que resulta imposible, material e legalmente, executar a sentenza, conferindo á súa vontade o carácter dunha desistencia co que renuncia á execución da sentenza. A Sala de instancia, que xa nunha resolución anterior declarara que non procedía o incidente de imposibilidade de execución da sentenza, denegou a homologación do acordo transaccional mediante auto no que, ademais, lles lembra ás partes que, conforme o artigo 103.4 da LXCA, son nulos de pleno dereito os actos e disposicións contrarios aos pronunciamientos das sentenzas que se diten coa finalidade de eludir o seu cumprimento. Confirmado en súplica ese auto, dous dos concertados fronte á sentenza –o concello e a promotora inmobiliaria– non cesaron no seu empeño e interpuxeron cadanseu recurso de casación aos que, claro está, o Tribunal Supremo declarou que non procedían igualmente, na STS do 16-4-2009 (Rec. n.º 2826/2007) e en relación cunha Sentenza do 13-12-1976, (Rec. n.º 169/1975), pola que se ordenaba a demolición do exceso dun edificio de nove plantas da Avenida da Diagonal de Barcelona, confirmada pola STS do 3-4-80, a agora executante acordou co concello pór fin a todas as súas controversias mediante desistencia de todos os recursos que tivese interpostos (transacción que se practicou con posterioridade a todas as incidencias ocorridas despois da firmeza, percibindo a cambio a suma de 100 millóns de pesetas). O TSX de Cataluña, mediante autos do 6-9 e 2-11-2005, considera executada a sentenza aplicando os artigos 74 e 77 da LXCA. O TS revoga o dito pronunciamiento, dado que a desistencia acordada non chegou a producirse. E engade que, mesmo no caso de que se materializou procesualmente, non por iso tería que ser aceptada, pois o Tribunal poderá rexeitalo razoadamente cando aprecie dano para o interese público. E mantén que no ámbito dunha infracción urbanística están en xogo uns intereses xerais indispoñibles polo simple acordo entre as partes sobre a base dunha satisfacción económica.

pode comparecer na execución para exercer as accións tendentes unicamente ao exacto cumprimento da sentenza»⁵⁰.

Tamén se ten pronunciado expresamente a xurisprudencia nos casos en que fose iniciado polo titular do interese ou dereito afectados, que logo o actor público asume en fase de execución á marxe ou en contra do sostido polo inicialmente demandante⁵¹.

A cuestión é relevante porque é frecuente –case feito notorio– a existencia de sentenzas –especialmente no ámbito urbanístico– que declaran ilegalidades de edificacións ou instalacións e, por circunstancias alleas ao proceso, os recorrentes abandonan a súa execución, quedando sen executar os mandatos dos tribunais. Esa habilitación para que calquera cidadán poida instar a execución desas sentenzas evitaría tales indesexables situacións⁵².

8.13 Procedementos especiais e acción pública

Os procedementos especiais que se regulan na LXCA non merecen especialidade ningunha no caso de exercicio da acción pública, agás a mención á cuestión de ilegalidade dos artigos 123 e seguintes, de frecuente formulación no caso destas materias en que se habilita o exercicio da acción pública en que existen ou ben instrumentos de planificación (urbanismo, patrimonio) ou determinadas actuacións xerais que serven de lexitimada de maneira inmediata á concreta actividade impugnada (parques naturais, costas, etc.).

Neste sentido, a eventual estimación das demandas pode obrigar o tribunal que dita a sentenza pola que se declara ilegal un acto, por considerar así a norma da que emana (os plans teñen esa consideración), á formulación da cuestión de ilegalidade ante o tribunal competente para coñecer da impugnación directa desa disposición xeral, debendo citarse o recorrente en virtude da acción pública, porque foi parte no proceso, de acordo co disposto no artigo 124 da LXCA.

8.14 Tutela cautelar

Respecto da protección cautelar establecida no proceso contencioso-administrativo, non existe ningún reparo na súa aplicación cando o proceso se inicie mediante o exercicio da acción pública, e rexen as normas xerais que se establecen nos artigos 129 e ss. LXCA.

Neste sentido, debe valorarse a posibilidade da adopción de medidas cautelares que «aseguren a efectividade da sentenza», como se dispón no artigo 129-1.º da LXCA. Pero tamén é certo que a adopción destas medidas cautelares poden supor un abuso no exercicio da acción pública e, ademais, agravado polo feito de adoptar medidas máis ou menos inmediatas sobre actuacións administrativas que poidan, ao cabo, confirmarse en vía contenciosa pero afectando os intereses dos destinatarios desa actividade.

50 Neste caso, como lembra Chaves García, permitiúselles a una asociación ecoloxista comparecer en fase de execución para instar o cumprimento da sentenza. En CHAVES GARCÍA, J. R., “Agilización de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso”, *Medidas de agilización en la jurisdicción contencioso-administrativa. Singular tratamiento de la fase de ejecución. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 12, 2013, p. 37.

51 Nese sentido, as SSTs do 7 de xuño de 2005 e do 12 de decembro de 2006.

52 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 17.

Por iso adquire unha especial relevancia a exigencia de caución que autoriza o artigo 133 da lei, ben entendido que a exigencia dese aseguramento non poida burlar a lexitimidade desa tutela cautelar coa imposición de afianzamentos exaxerados. Neste sentido, debe facerse constar que o artigo 20 da LOPX dispón no seu parágrafo terceiro que «non poderán exixirse fianzas que pola súa inadecuación impidan o exercicio da acción pública». Ben é verdade que o precepto non ten incidencia no ámbito da acción pública no eido administrativo en que o exercicio da acción non está sometido a prestación de fianza ningunha; con todo, si que ha de servir ese criterio para a exigencia desa caución en caso de pretensión cautelar⁵³.

8.15 Custas procesuais

As custas non teñen no caso da acción pública especialidade ningunha, polo que deben rexer as normas xerais que se conteñen no artigo 139 da LXCA.

Neste sentido, cabería pensar na declaración xeral que se contén no artigo 20 da LOPX en relación con que a acción popular “*será sempre gratuíta*”; non obstante, a xurisprudencia da Sala III do TS (*vid.* a STS do 4/10/2006) declarou que esa regra está reservada ao proceso penal.

9 Bibliografía

- CALVO ROJAS, E., “La ejecución de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo”, *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 54, 2009.
- CHAVES GARCÍA, J.R., “Agilización de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso”, *Medidas de agilización en la jurisdicción contencioso-administrativa. Singular tratamiento de la fase de ejecución. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 12, 2013.
- CIERCO SEIRA, C., “El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 69, Primeiro trimestre 2003.
- DE ORO PULIDO LÓPEZ, M., “La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre medio ambiente y urbanismo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 12, 2001.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el artículo 82 de la LJCA”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 11, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XIII, 2006.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., <http://www.revistainmueble.es/2015/04/30/la-accion-publica-para-la-proteccion-de-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo/> (15 de novembro de 2015).
- MENÉNDEZ PÉREZ, S., “Jurisprudencia urbanística. Jurisprudencia contencioso-administrativa (2006-2008): Análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 32, 2008.

53 OLEA GODOY, W.F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 18.

- OLEA GODOY, W.F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 144, 2007.
- PECES MORATE, J., "Significado y trámite de los procesos especiales en la jurisdicción contencioso-administrativa", *Jurisdicción contencioso-administrativa: Aspectos procesales. Cuadernos digitales de Formación*, n.º 23, 2009.
- PEMÁN GAVÍN, J., "Sobre la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes y al objeto del proceso", *Revista del Poder Judicial*, n.º 54, 1999.
- PENÍN ALEGRE, C., "Licencias declaradas ilegales por sentencia firme y modificación del plan para adecuarlas al ordenamiento infringido", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2011.
- ROÁS MARTÍN, L. (Dir.), "Acción pública urbanística: incidente en la misma de los criterios restrictivos contemplados en la Ley 9/2006, de 28 de abril", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 23, 2009.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E., "Protección civil de la legalidad urbanística", *Revista de derecho privado*, ano n.º 90, mes 4, 2006.