

**BREVES
COMENTARIOS
SOBRE LA
PRESCRIPCION
EN MATERIA
URBANISTICA**

GIUSEPPE ROSITO ARBLA

Abogado

1. Si observamos la evolución histórica del derecho de propiedad en Venezuela, notaremos que en un primer momento y durante dos largos períodos (1.811 a 1.864 y 1.864 a 1.914) se le consideró como un derecho absoluto, para luego convertirse paulatinamente (ligemente entre 1.914 a 1.917 y mayormente de allí en adelante) en un derecho limitado. Limitaciones que a partir de 1.947 (con la promulgación de la Constitución) se engloban dentro de la noción amplia de la función social que la propiedad debe cumplir. Hoy día el derecho de propiedad no puede ser entendido como un derecho absoluto, sino como un derecho limitado, tal y como expresamente lo ha definido nuestra vigente Constitución al señalar en su Artículo 99:

“Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”

Así las cosas, el derecho de propiedad se encuentra sometido a limitaciones y restricciones de carácter legal, entendiéndose las primeras como aquellas que no inciden sobre la titularidad, sino que permiten saber al propietario hasta donde puede llegar su derecho en relación al uso, goce y disposición, constituyendo en consecuencia el entorno normal de la propiedad; mientras que las segundas van mucho más allá y pueden restringir el uso de la propiedad, reduciendo el ámbito de la facultad de uso o la titularidad del derecho mediante la extinción de la propiedad sobre un determinado bien. No en balde las limitaciones no dan lugar a indemnización (salvo que causen un perjuicio al titular de la propiedad), a diferencia de las restricciones que siempre dan lugar a ella.

Desde el punto de vista urbanístico, uno de los atributos más importantes del derecho de propiedad, a saber, el “*ius aedificandi*” (derecho a edificar), se encuentra desde hace ya mucho tiempo sometido a toda una serie de limitaciones que regulan su ejercicio. Cada Municipio en razón de la competencia que en materia urbanística tienen atribuida (Artículo 30 de la Constitución y 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal) se ha encargado de dictar toda una serie de instrumentos normativos (Ordenanzas, Acuerdos y Oficios Aprobatorios), que determinan la forma como ha de utilizarse el suelo urbano en razón de la zonificación que a través de ellos se le atribuya. Se trata de toda una serie de condiciones de desarrollo, hoy día conocidas como Variables Urbanas Fundamentales de acuerdo con la Ley

Orgánica de Ordenación Urbanística (Artículos 86 y 87), que deben ser observadas por todo aquél que pretenda hacer uso de su derecho de propiedad para fines urbanísticos (entendiendo que dicho concepto abarca edificaciones y urbanizaciones), y que la propia Ley Orgánica citada se ha encargado de definir como limitaciones al señalar: "(...) Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran **limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas derecho a indemnización.**" (Artículo 53).

2. Siendo que, como ha quedado expuesto, el *ius aedificandi* encuentra para su ejercicio toda una serie de limitaciones (Variables Urbanas Fundamentales, cuyo contenido viene dado a través de las diferentes Ordenanzas y demás instrumentos normativos municipales), es evidente entonces que su incumplimiento debe dar lugar a la aplicación de sanciones previamente previstas, pues de lo contrario las mismas carecerían de todo sentido. La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística se ha encargado de establecer toda una serie de sanciones contra su incumplimiento (Título IX), las cuales permiten el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la autoridad urbanística, dirigidas fundamentalmente a restituir la violación de la Ley.

La posibilidad de sancionar el incumplimiento no nace con la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, como tampoco lo hacen las limitaciones al *ius aedificandi*. Ambas existían contenidas en diferentes cuerpos o instrumentos normativos locales, muchos de los cuales aún mantienen una vigencia parcial. Pero lo que sí resulta novedoso es el parágrafo único de su Artículo 117, según el cual:

"Las acciones contra las infracciones de la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la fecha de la infracción, a menos que la prescripción fuese interrumpida por actuaciones de la autoridad urbanística nacional o municipal correspondiente."

En efecto, la norma transcrita viene a dar concreción positiva a lo que desde ya hacía mucho tiempo venía apuntando la doctrina, muy especialmente la española, en el sentido de que no pueden existir potestades sancionatorias indefinidas, sino que las mismas deben quedar limitadas en el tiempo. La Potestad sancionatoria consagrada a las autoridades urbanísticas no podría ser indefinida, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica de los administrados. No en balde autores tan importantes como Jesús González Pérez en España han señalado que: "Pugna con principio tan elemental como la seguridad jurídica. No puede concebirse que se admita la prescripción respecto de hechos que merecen las más graves de las sanciones y se niegue para las simples infracciones administrativas. Si en el ámbito penal es incuestionable la aplicación de la prescripción, ¿cómo va a negarse respecto de hechos que constituyen simple falta administrativa? ¿Es que cuando un administrado

incurrir en infracción jurídico-administrativa, el órgano competente puede incoar el procedimiento sancionador en cualquier momento durante la vida del presunto responsable? ¿Es que jamás va a extinguirse la responsabilidad administrativa por el hecho de que no exista precepto expreso que la establezca? Pugna con la justicia y con la más elemental lógica esta posibilidad de que, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la realización de los hechos, pueda la Administración Pública imponer la sanción". (JESUS GONZALEZ PEREZ. Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos. Civitas. Madrid, 1991, p.1297). Lo propio ha hecho la Jurisprudencia española, pudiendo citarse la sentencia del 28 de febrero de 1.975 que resume la doctrina jurisprudencial, según la cual: " En el orden administrativo, salvo excepcionales casos de imprescriptibilidad que requieran definición concreta de la Ley, deberá reputarse la prescripción como perteneciente a la misma índole represiva de toda ordenanza sancionadora aunque de forma explícita en ella no se consigne, con viabilidad para su estimación de oficio en correspondencia a este mismo carácter que posee el público impulso represor."(Ib. Ib.)

A nuestro modo de ver no existe lugar a dudas de la importancia trascendental de la norma, y que la misma consagra la prescripción de la potestad sancionatoria de la autoridad urbanística en razón del incumplimiento o inobservancia de los límites impuestos a la actividad urbanística. No cabe frente a ella la discusión doctrinal existente en relación al Artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este caso, es claro que la palabra "acción" empleada por el Legislador no podría quedar referida a otra cosa que a la acción sancionatoria (potestad sancionatoria) derivada del incumplimiento de la Ley.

La palabra "acción" no siempre debe entenderse referida al instituto procesal, no olvidemos que dentro de la misma queda incluida también la acción (acciones) administrativa, que no es la acción civil, pues ambas guardan significantes diferencias. Basta revisar el texto de la ley para darnos cuenta que no existen "acciones", entendidas desde el punto de vista procesal, salvo la contenida en su Artículo 102, dirigida exclusivamente a la infracción del uso que, como sabemos, no es la única Variable Urbana Fundamental susceptible de ser violada. No parece lógico pensar que el Legislador haya querido consagrar la prescripción únicamente para una acción que no es extensiva a todas las infracciones o transgresiones posibles. De ser así, ¿para qué emplear el plural "acciones", cuando del contenido de la Ley se evidencia que sólo existe una?

Además del análisis precedente, debe señalarse que las únicas acciones posibles contra la infracción de la Ley (excepción hecha de la que contempla el artículo 102) las constituyen sin lugar a dudas la aplicación de las sanciones previstas en su texto (Artículos 109 y 110, principalmente), las cuales se deben imponer a través del correspondiente acto administrativo que, como tal, goza de las dos notas esenciales a todo acto: ejecutividad y ejecutoriedad. La primera, entendida como condición de eficacia del acto, y la segunda, como posibilidad de la Administración de ejecutarlo por sí misma. En otras palabras, los actos

administrativos no requieren para su ejecución de la intervención de la autoridad judicial, frente a lo cual resulta un absurdo pensar que la palabra "acciones" empleada por el Legislador estaría refiriéndose a la necesidad de ejecución del acto que contiene la sanción por un órgano judicial. Así nos dice Henrique Meier: "*...al acto administrativo se le califica como un título jurídico ejecutivo, con fuerza jurídica per se, que no exige del reconocimiento judicial de validez, como si se exige respecto de cualquier otro título jurídico en el mundo de las relaciones jurídicas. Y a esa presunción de validez del acto administrativo que determina su carácter de título ejecutivo, va aparejada otra característica desconocida también en el ámbito del derecho privado: la ejecutoriedad o la potestad del autor del acto, para ejecutar en forma forzosa, con sus propios medios, la obligación establecida en el acto, en caso de resistencia del sujeto particular obligado. Ejecución forzosa que tampoco necesita del curso judicial...*" (HENRIQUE MEIER. Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo. Caracas, 1.991. p.133).

No existiendo dentro del contexto de la Ley otras acciones posibles frente a su incumplimiento, además de la acción administrativa sancionatoria, luego es evidente que el Legislador quiso de esta forma consagrar la prescripción de la acción sancionatoria o potestad sancionatoria de la autoridad urbanística, la cual entendió no podía ser indefinida, todo en aras de garantizar la seguridad jurídica que debe prevalecer dentro de un Estado de derecho, siendo esa la prescripción que en definitiva ha quedado consagrada mediante esta norma, en total consonancia con los mas modernos criterios doctrinarios nacionales y extranjeros..

Finalmente, y en apoyo a lo que venimos exponiendo, debe destacarse el empleo de la palabra "INFRACCION" usada por el Legislador. Señala la norma: "Las acciones contra las infracciones de la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años a contar de la fecha de la **INFRACCION...**"(subrayado nuestro). Según la norma, el momento para el cálculo de la prescripción es a partir de la fecha *infracción*, siendo obvio que en esa oportunidad no existe acto sancionatorio alguno susceptible de ejecución judicial, mal podría entonces el Legislador querer referirse a la acción entendida procesalmente e incurrir luego en tan grande contradicción.

3. Por lo que toca a cuándo ha de comenzar a contarse el lapso para la prescripción, el párrafo único del Artículo 117 nos señala que es a "**partir de la fecha de la infracción**". Sin embargo, tal señalamiento no resulta suficiente en el caso de la violación continuada de la Ley mediante la ejecución ilegal de una edificación o urbanización. A diferencia de otro tipo de actividades, la actividad urbanística (edificación-urbanización) se constituye en una actividad relativamente lenta que se desarrolla dentro de un período de tiempo. Construir una casa, un edificio o una urbanización no es tarea de un día sino de muchos.

En el caso que se de inicio a una construcción en violación de las limitaciones

legales que le corresponden (violación de las Variables Urbanas Fundamentales), es evidente que la actividad ilegal tiene su origen en la fecha de inicio de la construcción, siendo en ese momento que comienza la infracción. Sin embargo, mientras la misma se está ejecutando estamos ante una violación continua de la Ley, en razón de lo cual se mantiene la infracción hasta la definitiva culminación de la obra y es a partir de ese momento cuando debe comenzar a computarse el lapso para que opere la prescripción, excepción hecha de las obras ejecutadas por etapas o fases independientes en las cuales corresponderá al interesado demostrar que se ha producido la prescripción con respecto a alguna de esas fases o etapas.

Mención especial nos merece la Variable Urbana **USO**, la cual presenta algunos problemas a la hora de determinar el lapso para el cómputo de la prescripción. Si aceptáramos que la actividad ilegal la constituye el uso indebido, contrario a derecho (violación del uso previsto por la zonificación), es evidente entonces que mientras el inmueble sea usado indebidamente se está produciendo una violación continuada de la Ley por efecto de la actividad ilegal y no existiría en consecuencia una fecha cierta a partir de la cual cese la ilegalidad a los efectos del cálculo de la prescripción. Ello así conduciría inevitablemente a la tesis de la imprescriptibilidad, tesis que creemos superada e inaplicable en un Estado de Derecho, guardián de la seguridad jurídica.

Pareciera entonces que lo correcto es considerar el uso indebido como una consecuencia de la construcción del inmueble, siendo dicha construcción (actividad edificatoria) la actividad ilegal que, una vez concluida (terminada la construcción), se consolida como infracción para el cómputo de la prescripción por la violación. No podría ser de otra manera pues cualquier posición encaminada hacia la imprescriptibilidad es inaceptable.

Por lo demás, sería absurdo entrar en posiciones eclécticas que distingan entre el uso referido a la actividad de construcción y el referido a la utilización del inmueble, en el sentido de aceptar la prescripción de la construcción como tal (edificación construida) una vez pasado el lapso de cinco años desde su terminación, no así la de la violación continúa que se produce por su indebida utilización y en razón de lo cual pudiera impedirse su empleo para el uso distinto (impedir el acceso, etc.), pero sin afectar estructuralmente la edificación (imposibilidad de ordenar su demolición).

4. En cuanto a los efectos de la prescripción, es evidente que configurada ésta se extingue la oportunidad de la autoridad urbanística para sancionar la ilegalidad cometida, es decir, la acción administrativa sancionatoria, en razón de lo cual nos parece perfectamente aplicable el criterio jurisprudencial contenido en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, según el cual:

"...dicho acto (refiriéndose al acto que declara la prescripción) **tiene por efecto crear para el interesado una nueva situación, la de solvente, si fuere el**

caso, o la de liberado, si también lo fuere; cual es la de la extinción de la sanción o pena, hasta el punto que en base a esa nueva situación ya el interesado puede sin limitación o restricción alguna reclamar o ejercer otros derechos que antes no podía ejercer por su estado de mora o de incumplimiento.” (CPCA: 12-02-1.987. En Revista de Derecho Público Nro. 30. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1.987, p. 121 -paréntesis nuestro-).

Lógicamente, ningún sentido podría tener por ejemplo la negativa de la administración municipal a otorgar una conformidad de uso a un inmueble ubicado dentro de una parcela con zonificación comercial, bajo el argumento de la existencia de construcciones ilegales respecto a las cuales ha prescrito la oportunidad para su sanción; así como tampoco impedir la refacción de una vivienda debidamente permitada en su oportunidad, por el hecho de que posteriormente se ejecutaron algunas modificaciones violatorias a las limitaciones legales pero ya prescritas y por ende insancionables.

Sin embargo, la nueva situación creada por la prescripción no puede en ningún caso ser entendida como legitimadora de aquello no permitido por la Ley. Así, cuando contraviniendo las limitaciones impuestas se construye una vivienda en un lugar no permitido (parcela con uso atribuido de parque), si bien la ocurrencia de la prescripción haría imposible su demolición, no podría de ningún modo pretenderse que en base a esa situación la autoridad urbanística deba en el futuro permitir modificaciones o ampliaciones en ella. En el ejemplo anterior relativo a la conformidad de uso, la parcela sí tenía atribuido el uso comercial, luego era un derecho de su propietario obtener la conformidad de uso (requisito esencial previo para obtener la Patente de Industria y Comercio, a su vez requisito imprescindible para el ejercicio de la actividad comercial en cualquier municipio) y la negativa a ese derecho obedecía a la existencia de construcciones ilegales que, al prescribir la oportunidad para su sanción, hacen desaparecer el obstáculo que impedía hacer uso del correspondiente derecho.

5. Nuestro comentario final debe necesariamente estar referido a la aplicación retroactiva del Artículo 117 (párrafo único) de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en los casos de infracciones cometidas antes de su entrada en vigencia, cuestión que consideramos debe ser aceptada sin mayor resistencia en tanto y en cuanto con anterioridad a ella no existía norma expresa consagratória de la prescripción de la acción sancionatoria. En efecto, si bien la norma “in comento” pareciera dejar fuera de su ámbito de aplicación las infracciones ocurridas antes de su entrada en vigencia al señalar: “Las acciones contra las infracciones de la **presente ley**”(subrayado nuestro), no es menos cierto que antes de su entrada en vigencia, y a pesar de no existir norma expresa que consagrara la prescripción de la acción sancionatoria, se acudió a la aplicación analógica de normas contenidas en dife-

rentes cuerpos legales. Tal es el caso del Artículo 1.977 del Código Civil invocado como fundamento de dichas declaratorias en innumerables decisiones de las distintas administraciones municipales, en el sentido de la más novedosa doctrina administrativa que consideraba la imprescriptibilidad como un atentado a la seguridad jurídica, aceptándose incluso la aplicación de los plazos de prescripción para las faltas previstos por el Código Penal (ESPAÑA: Vid. Jesús Gonzalez Perez. Ob. Cit. pp. 1.289 y 1.290).

A nuestro modo de ver, resultaría un contrasentido establecer un doble régimen de prescripción de acuerdo a la fecha de la infracción, en el sentido de considerar que el contenido del párrafo único del tantas veces referido Artículo 117 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística sólo le es aplicable a las infracciones cometidas con posterioridad a su entrada en vigencia, que no a las cometidas con anterioridad, toda vez que ha desaparecido el argumento de la ausencia de norma expresa de la prescripción de la acción sancionatoria, y por ende carecería de toda razón seguir aplicando analógicamente una norma referida a "la acción" entendida procesalmente frente a una norma expresa de "la acción" desde el punto de vista administrativo. Si la razón de ser para la aplicación de los lapsos previstos por el Código Civil era que ante lo insostenible de la imprescriptibilidad debía echarse mano de cualquier norma que la consagrara, y de allí la aplicación del Artículo 1.977 del Código a pesar de estar referido a otro tipo de acción (instituto procesal), esa misma razón hace que hoy día deba acudir a la norma especial que sí está referida a la acción en el sentido correcto (acción administrativa).

Por otro lado, cómo podría aceptarse regímenes distintos frente a iguales infracciones. No olvidemos que las hoy llamadas Variables Urbanas Fundamentales encuentran su concreción dentro de las distintas ordenanzas municipales, en su gran mayoría vigentes con anterioridad a la promulgación de la Ley, por lo cual su violación antes o después de la entrada en vigencia de ésta sólo difiere en la denominación y el tipo de sanción a aplicar, pero no en el tipo de infracción: violación a una limitación legalmente impuesta al *ius aedificandi* la cual debe ser objeto de alguna sanción legalmente prevista. Si el Legislador consideró el lapso de cinco años como suficiente para que opere la prescripción de la acción sancionatoria en una Ley tan novedosa y especial en la materia Urbanística, que razones podría haber para, ante un mismo supuesto, aceptar lapsos distintos. Particularmente no encontramos ninguna.

Lo expuesto nos lleva a afirmar categóricamente la procedencia de la aplicación retroactiva del Artículo 117, en su párrafo único, posición planteada doctrinalmente en España, hoy día aceptada por la Jurisprudencia de ese país, y que encuadra perfectamente en el espíritu de nuestro Constituyente plasmado en el Artículo 44 de nuestra Carta Magna, según la cual se consagra la retroactividad de las normas sobre prescripción en cuanto sean mas favorables al inculpado (doctrina jurisprudencial resumida por la sentencia del 19 de octubre de 1976 -ponente: Agúndez- Vid. Gonzales Pérez, Ob. cit. pp. 1241 y 1289). Si las

administraciones municipales lograron un paso trascendental al reconocer la prescriptibilidad de la acción sancionatoria en ausencia de norma expresa, no tendrían razón en resistirse a un aspecto mucho más sencillo como lo es la aplicación retroactiva de dicha norma.

En todo caso, de no aceptarse la tesis planteada de la retroactividad por considerarla inconveniente, tendríamos que concluir que la aplicación analógica del parágrafo único del Artículo 117 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística resultaría inevitable, pues es esta norma la que corresponde aplicar por analogía en relación a las infracciones anteriores a la vigencia de la Ley y no el Artículo 1.977 del Código Civil, norma referida a un tipo muy distinto de "acción" que ya no cabe analógicamente frente a la "acción administrativa" pues existe una norma específica para ella (Art.117).

Cualquiera sea la tesis que se acepte: retroactividad o analogía, todo nos lleva a afirmar categóricamente que la acción sancionatoria contra las infracciones o violaciones a las limitaciones urbanísticas, independientemente de la fecha en que se cometieron, prescriben a los cinco (5) años contados a partir de esa fecha.