

LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN, INSTRUMENTO DE REGULACIÓN DE LA OCUPACIÓN DEL SUELO

François JULIEN-LAFERRIÈRE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Licencia de construcción y derecho de propiedad*. III. *Génesis de la licencia de construcción en Francia*. IV. *Naturaleza jurídica de la licencia de construcción*. V. *Licencia de construcción y “manejo del suelo”*.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.: artículo
CE: Conseil d’Etat (Consejo de Estado francés)
C. const.: Conseil constitutionnel (Consejo constitucional francés)
C. Constr. y Viv.:
C. Urb.: Código de urbanismo francés
Rec.: Recopilación (recueil) de sentencias del Consejo de Estado o del Consejo constitucional, según el caso.

I. INTRODUCCIÓN

La licencia de construcción puede analizarse como una autorización previa necesaria para edificar una obra, sea privada o pública. Salvo cuando existe una norma jurídica expresa en sentido contrario, no se puede edificar ninguna construcción sin licencia.¹

* Profesor en la Universidad Paris Sur, director del Instituto de Estudios de Derecho Público.

¹ C. Urb., art. L. 421-1: “Las construcciones, aunque no tengan fundaciones, son subordinadas a la concesión previa de una licencia”. Art. L. 421-4: “Un decreto, previo dictamen del Consejo de Estado, establece la lista de las construcciones, acondicionamientos, instalaciones y obras que, por sus dimensiones, naturaleza o ubicación, no requieren una licencia y sólo necesitan una declaración previa”.

Ahora bien, se sabe que el régimen de la autorización previa —también llamado “régimen preventivo”— generalmente es incompatible con la existencia de una libertad pública o de un derecho fundamental.² Eso implica, pues, que el derecho de construir no es una libertad pública ni un derecho fundamental. Sin embargo, el derecho de construir es un accesorio del derecho de propiedad, el cual indiscutiblemente es un derecho fundamental.³

II. LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD

¿Por qué se restringe el derecho de construir, obligando a todo propietario que pida y obtenga una autorización administrativa antes de emprender una construcción sobre su propiedad? La razón es que la construcción, aunque sea un atributo de la propiedad, tiene consecuencias sobre el entorno; los efectos de la construcción rebasan los límites de la propiedad sobre la cual se edifica; puede ser nociva para la vecindad, producir molestias olfativas, sonoras, visuales, etcétera. El derecho o la operación de construir no sólo afecta al propietario. Tiene repercusiones sobre la vida social, lo que justifica su regulación por las autoridades públicas; además, es conveniente que éstas arbitren los conflictos que ese derecho puede generar. La autorización previa es la técnica jurídica más adecuada para realizar esta misión. Desde esta perspectiva, la licencia de construcción expresa un poder que se ejerce sobre el territorio.

El derecho francés no tiene la misma concepción que el derecho mexicano de las relaciones entre la propiedad privada y el territorio. El artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 dice:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.

² Colliard, C.-A., *Libertés publiques*, París, Dalloz, 2005, § 93 y s. CE, 22 de junio de 1951, *Daudignac*, Rec. p. 362; C. const., 26 julio 1984, déc. 84-173 DC, Rec. p. 63.

³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 17o.: “La propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, excepto si la necesidad pública, legalmente establecida, lo exige claramente y con la condición de una justa y previa indemnización”.

Y añade:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

Al contrario, en Francia, desde la derrota del Antiguo Régimen y el abandono de la teoría del “dominio eminente” —según la cual el territorio francés entero era “bien de la Corona”, pero ésta sin embargo no tenía la “propiedad efectiva” de aquél—, la propiedad privada es un “derecho natural e imprescriptible del hombre”, al igual que “la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.⁴

En la concepción mexicana del derecho de propiedad es fácil comprender que la nación, encarnación del Estado, dispone del derecho de reglamentar el uso de la propiedad, pues este derecho se desprende de su cualidad de propietario originario del territorio. En la concepción francesa, este rol de reglamentación del derecho de propiedad que tiene el Estado sólo puede justificarse por el interés general. La licencia de construcción es uno de los medios por los cuales se puede garantizar que el interés general prevalezca sobre el interés individual de los propietarios: éstos poseen fracciones del territorio, pero no pueden hacer uso de este derecho sino de conformidad con el interés general.

III. GÉNESIS DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN EN FRANCIA

En Francia, la licencia de construcción nace, con el nombre de “licencia de edificación”,⁵ a través de un decreto de Napoleón III del 26 de marzo de 1852 sobre las calles de París, que define el marco jurídico, político y financiero en el que se ejecutarán las grandes obras de vialidad de la capital que el barón Haussmann emprendiera el año siguiente. El decreto de 1852, en sus diez artículos, trata de la expropiación, alineación, nivelación, enlucido decenal, conexión a la alcantarilla y licencia de edificación. Dicho decreto sería un instrumento al servicio de la “política urbanística” de Haussmann, que consistiría en sanear la vivienda y dar seguridad a la ciudad. Para conceder las licencias de edificación, Haussmann exigía que los edificios no rebasaran una cierta altura, que

⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 2o.

⁵ En francés *permis de bâtir*.

respetaran un determinado estilo arquitectónico (el famoso estilo parisino), etcétera.

A principios del siglo XX, la ley del 15 de febrero de 1902 da la autorización de construir el nombre de “permiso de construir”, que va a subsistir hasta ahora, y la convierte en un instrumento de la higiene pública. Por esta ley, cada municipio tiene la obligación de aprobar un reglamento de salubridad de la vivienda al que debe conformarse todo proyecto de construcción.

Por la ley del 14 de marzo de 1919,⁶ la licencia de construcción se transforma en un verdadero instrumento de política urbanística. Todos los municipios de más de 10,000 habitantes deben aprobar un “proyecto de ordenación, embellecimiento y extensión”, y todas las nuevas construcciones requieren una autorización previa destinada a garantizar el acatamiento del plan “proyecto de ordenación” del municipio. La licencia de construcción constituye la piedra angular de un sistema por el cual la administración controla el uso del territorio. La licencia es obligatoria en todo el territorio francés, cualquiera que sea la importancia del municipio, tanto para los proyectos de conjuntos urbanísticos como para las construcciones individuales.

La ley del 15 de junio de 1943, aprobada bajo el régimen de Vichy y avalada por la ordenanza del gobierno provisional, el 27 de octubre de 1945, crea la licencia de construcción moderna. Ésta tiene un doble papel: a) velar por el cumplimiento de las normas sanitarias y de salubridad pública, actividad que se realiza al conceder o negar la licencia, y b) la protección del dominio público.

La licencia creada por la ley de 1943 es un documento concedido o negado por una sola autoridad tras una instrucción única, a diferencia del sistema anterior, que subordinaba la posibilidad de construir a diversas autorizaciones, cada una de las cuales emanaba de una autoridad distinta y daba lugar a una instrucción propia.

Le reforma de 1943 contiene tres innovaciones.⁷ Primera, crea una administración específica, directa y exclusivamente encargada del urbanismo, incorporada al Ministerio de Obras Públicas, materia que anteriormente era facultad del Ministerio del Interior, en el marco de su atribución

⁶ Esta ley también es llamada “Ley Cornudet” por el nombre del diputado que la presentó ante la Cámara.

⁷ Laubadère, André de, *Traité de droit administratif*, 1986, t. 2, pp. 416 y ss.

de control de los municipios. Segundo, en cierta medida afirma la autoridad del poder central sobre todo el territorio nacional, puesto que le atribuye al Estado una facultad de control considerable y le permite ejercer una gran influencia sobre el desarrollo urbano, específicamente a través de los proyectos de ordenación aprobados a nivel de los municipios o intermunicipal, bajo la tutela del Estado. Finalmente, la licencia de construcción es concedida por el prefecto, representante del gobierno en el departamento, es decir, se otorga en nombre del Estado, no del municipio. Este punto es esencial, ya que da al poder central la posibilidad de controlar todas las construcciones edificadas en el territorio nacional.

Desde entonces, la licencia de construcción es un instrumento fundamental del derecho urbanístico, lo que fue confirmado por la promulgación del Código de Urbanismo y Vivienda de 1961.⁸ Pero, al mismo tiempo, la licencia fue objeto de críticas y discusiones debidas al excesivo dominio de la administración en la operación de construcción y la lentitud de la instrucción de las solicitudes. Para replicar a estas protestas, la Ley-marco de bienes raíces, del 30 de diciembre de 1967,⁹ prevé que la licencia de construcción sólo sancione las normas urbanísticas, y no las de salubridad e higiene. Y luego la ley del 3 de enero de 1969¹⁰ suprime la obligación de contar con una licencia de construcción para las obras menos importantes, sustituyéndola por una “declaración de trabajos”.

Pocos meses después, el decreto del 28 de mayo de 1970¹¹ crea la licencia de construcción tácita o afirmativa ficta, en atención a que cuando la administración no toma su decisión al término del plazo de instrucción (que normalmente es de dos meses a partir de la presentación de la solicitud), la licencia es tácitamente concedida, esto es, que ante el silencio de la administración, una vez transcurrido el plazo, se otorga la licencia. Esta regla generó una “minirrevolución” jurídica, pues en principio, en el derecho francés, el silencio de la administración equivalía a una decisión negativa.

⁸ Ley 61-1298, del 30 de noviembre de 1961, y decreto 61-1036, del 13 de septiembre de 1961, relativos, respectivamente, a la parte legislativa y reglamentaria del Código de Urbanismo y Vivienda (en francés: “code de l’urbanisme et de l’habitation”).

⁹ En francés: loi 67-1253 d’orientation foncière du 30 décembre 1967.

¹⁰ En francés: loi 69-9 du 3 janvier 1969 modifiant et complétant le code de l’urbanisme et de l’habitation en ce qui concerne le permis de construire.

¹¹ En francés: décret 70-446 du 28 mai 1970 portant règlement d’administration publique pour l’application de l’article 87 du code de l’urbanisme et de l’habitation et relatif au permis de construire.

El 28 de mayo de 1973, dos decretos¹² separaron en dos códigos distintos la reglamentación del urbanismo y la de la construcción. Así, fueron creados el Código de Urbanismo y el Código de Construcción y Vivienda.

Las dos leyes de descentralización del 7 de enero y 22 de julio de 1983¹³ no modifican las reglas de fondo de la licencia de construcción, pero sí las de competencia y procedimiento. El mayor cambio consiste en la devolución al alcalde del poder de concesión de la licencia, que hasta entonces era competencia del prefecto, representante del Estado en el departamento.¹⁴

Finalmente, la ordenanza del 8 de diciembre de 2005¹⁵ y el decreto reglamentario del 5 de enero de 2007¹⁶ simplifican el procedimiento de instrucción de la licencia de construcción y acortan los plazos para su otorgamiento, de tres a dos meses.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN

La licencia de construcción es una “autorización de urbanismo”, esto es, permite edificar en un espacio con apego a las disposiciones en materia de urbanización. Para entender lo que significa esta cualificación se requiere precisar algunos conceptos que permitirán concebir mejor cuál es el objeto de la licencia de construcción, que en francés se denomina *permis de construire*.¹⁷

Desde el punto de vista de la etimología, la palabra “permiso” viene del latín *permissum*, participio perfecto del verbo *permittere*. En un pri-

¹² Decretos 73-1022 y 73-1023.

¹³ En francés: loi 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, y loi 83-663, du 22 juillet 1983 complétant la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

¹⁴ Esta regla de competencia sigue vigente y está contemplada en el art. L. 422-1 del C. Urb.

¹⁵ En francés: ordonnance 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme.

¹⁶ En francés: décret 2007-18 du 5 janvier 2007 pris pour l'application de l'ordonnance 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme.

¹⁷ Literalmente, en español: “permiso de construir”.

mer sentido, este verbo significa “dar la libertad o posibilidad de decir o hacer algo”.¹⁸ Así, el “permiso de construir”, pues, es la libertad o posibilidad de edificar una construcción, lo que corresponde a la realidad que corresponde a la licencia de construcción: la administración deja en libertad al administrado de hacer lo que no podría hacerse sin la licencia o “permiso”.

La palabra “permiso” también designa una autorización,¹⁹ lo que se acerca más al sentido de la expresión “permiso de construir”. En este contexto, conceder un “permiso de construir” consiste en autorizar la realización de una construcción conforme a las normas definidas por las autoridades competentes. El “permiso de construir” es la expresión y ejercicio de un poder de la administración: la facultad de autorizar o rechazar que se edifique una construcción. Este sentido de la palabra “permiso” parece el más pertinente, pues traduce la idea que, en el procedimiento del “permiso de construir”, el peticionario se limita a solicitar la autorización de la administración, pidiéndole “permiso”, o sea, que le permita realizar su edificación.

Así se comprende la “relación de fuerza” que se establece entre el peticionario y la administración: por un lado, la administración es titular de un poder, el de autorizar; por el otro lado, el peticionario está en una situación débil: pide a la administración que le conceda una autorización. Pero el poder de la administración no es arbitrario, sino que está sujeto a la legalidad: si su decisión es arbitraria, podrá ser anulada por el tribunal administrativo, pues el diálogo entre el peticionario y la administración es regulado por las normas del urbanismo nacional y local, bajo el control jurídico de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.²⁰

La licencia de construcción, o permiso de construir, generalmente es considerada como el acto administrativo que constata la conformidad de un proyecto de construcción con las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a la ocupación del suelo y autoriza la realización del proyecto.

¹⁸ Gaffiot, Félix, “Permitto”, *Diccionario latín-francés*.

¹⁹ *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., “Permiso”: “Licencia o consentimiento para hacer o decir algo”.

²⁰ Los tribunales administrativos, en Francia, son competentes en primera instancia para anular los actos administrativos impugnados por los administrados. Las sentencias de los tribunales administrativos pueden ser apeladas ante las cortes administrativas de apelación, cuyas sentencias a su vez pueden ser impugnadas ante el Consejo de Estado, que actúa como jurisdicción de casación de lo contencioso administrativo.

El Código de Urbanismo establece que “el permiso de construir no puede ser concedido si las obras proyectadas no son conformes a la legislación y reglamentación relativas al uso del suelo, la ubicación, función, naturaleza, arquitectura, dimensiones, saneamiento y ordenación del entorno de las construcciones”.²¹ Dichas reglas son contempladas en el mismo Código de Urbanismo y en los documentos urbanísticos locales previstos por el Código.

Existen, pues, numerosos documentos que sirven de fundamento jurídico a la licencia de construcción: planes locales de urbanismo, planes de ocupación del suelo o zonificación, planes municipales, planes de salvaguardia y valorización, el reglamento sanitario departamental, etcétera. La licencia de construcción se concede o niega verificando si se cumple o no con los requisitos contenidos en todos estos documentos.

Finalmente, la licencia de construir debe conformarse a las reglas de seguridad de los “edificios de gran altura”²² y a los “establecimientos que reciben público”.²³ En aplicación de dichas normas, la licencia sólo puede concederse si las construcciones u obras proyectadas respetan las reglas específicas aplicables de la materia, o sea, las normas de seguridad, de lucha contra los incendios y riesgos de pánico, acceso de las personas discapacitadas, etcétera. A estas dos categorías de edificios, de gran altura y que reciben público, se les aplica también las reglas del Código de Construcción y Vivienda, además de las del Código de Urbanismo.

La reglamentación urbanística, pues, es dictada fundamentalmente por dos órdenes competenciales: a nivel nacional, el principal instrumento es el Código de Urbanismo; a nivel local, los municipios y establecimientos intermunicipales pueden, sin que sea obligatorio, aprobar planes locales de urbanismo. En el caso de que se carezca de planes locales de urbanismo rigen las normas nacionales contempladas en el Código de Urbanismo, y las licencias de construcción no las otorga el alcalde, sino el prefecto.²⁴

²¹ C. Urb., artículo L. 421-6.

²² Los edificios de gran altura (en francés “immeubles de grande hauteur”) son los edificios cuya altura rebasa 50 metros, si son viviendas, y 28 metros si tienen otro destino (C. de la Construcción y Vivienda, artículo R. 122-2).

²³ Los establecimientos que reciben público (en francés “immeubles de grande hauteur”) son los sitios públicos o privados que acogen clientes o usuarios, tales como los cines, teatros, tiendas, bibliotecas, escuelas, universidades, hoteles, restaurantes, hospitales, etcétera (C. de la Construcción y Vivienda, artículo R. 123-2).

²⁴ C. Urb., artículo L. 422-1.

V. LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN Y “MANEJO DEL SUELO”

Los “planes locales de urbanismo”²⁵ son instrumentos de “manejo del suelo” y regulación de la utilización de los territorios de tres maneras: la zonificación, es decir, la distribución del territorio del municipio en diversas zonas, siendo cada una de ellas dedicada a un determinado tipo de utilización —zona urbana, zona de urbanización futura, zona agrícola, zona de actividades económicas, etcétera—;²⁶ los “coeficientes de ocupación del suelo”, que definen la densidad máxima de construcción autorizada, es decir, el número máximo de metros cuadrados de piso que pueden ser construidos por metro cuadrado de suelo; las reservas territoriales;²⁷ es decir, la posibilidad para un municipio de congelar parcelas para afectarlas, a mediano o largo plazo, a viviendas o equipamiento colectivo. Ninguna construcción, pues, puede ser edificada en una zona que tiene una afectación distinta que la de la obra proyectada, ni en una reserva territorial.

Existen muchas otras reglamentaciones que se aplican a las licencias de construcción y que, como el Código del Urbanismo, permiten que las autoridades públicas, nacionales y locales controlen la utilización de los territorios. Por ejemplo, la reglamentación para la protección de los sitios naturales y monumentos históricos, que prohíbe o restringe la posibilidad de construir en los perímetros que tienen un interés estético, histórico o cultural;²⁸ la reglamentación del comercio al por menor, que permite evitar la instalación anárquica de los centros comerciales;²⁹ la Ley de Protección del Litoral, que prohíbe construir a orillas del mar,³⁰ etcétera.

En virtud de la concepción francesa de la jerarquía de las normas jurídicas, la reglamentación local —planes locales de urbanismo, de saneamiento, de desarrollo, etcétera— debe ser acorde con la reglamentación urbanística nacional:³¹

²⁵ Los diversos documentos de urbanismo son regulados por el libro I, título II, del C. Urb.

²⁶ C. Urb., artículo L. 123-1 y s.

²⁷ En francés: “réserves foncières”. C. Urb., artículo L. 221-1 y s.

²⁸ Ley del 2 de mayo de 1930 sobre la protección de los monumentos naturales y sitios de carácter artístico, histórico, científico, legendario o pintoresco.

²⁹ Ley 73-1193, del 27 de diciembre de 1973 (modificada por la loi 96-603, del 5 de julio de 1996) sobre el desarrollo y la promoción del comercio y artesanía comercial.

³⁰ Ley 86-2, del 3 de enero de 1986 sobre el acondicionamiento, la valorización y la protección del litoral, y ley 95-101, del 2 de febrero de 1995 sobre el fortalecimiento de la protección del medio ambiente.

³¹ CE, 8 de agosto de 1919, *Labonne*, Rec. p. 737.

- Las reglas dictadas a nivel departamental o municipal sólo pueden ser más severas que las reglas nacionales, con el objetivo de adaptar aquéllas a las circunstancias y a las condiciones locales, por lo que no pueden autorizar lo que las reglas nacionales prohíben;³²
- Las reglas especiales derogan a las reglas generales; por ejemplo, las reglas relativas a la protección de los sitios artísticos, históricos, científicos, legendarios o pintorescos deben ser acatadas, incluso cuando las reglas urbanísticas generales autorizan a construir en la zona considerada.

El respeto de esta jerarquía de las normas y reglamentación, bajo sus diversos aspectos, se garantiza por las reglas que señalan a las autoridades competentes para conceder la licencia de construir. En principio, la autoridad competente es el alcalde, quien toma su decisión “en nombre del municipio”;³³ así se garantiza el interés local. Pero el alcalde actúa bajo el control del prefecto, quien representa al estado en el departamento. El prefecto puede someter al tribunal administrativo toda licencia de construcción concedida por el alcalde de uno de los municipios del departamento si la considera ilegal;³⁴ así, el prefecto garantiza que los intereses nacionales se concilien con los del municipio.

No obstante, cuando se aplica una reglamentación distinta de la urbanística —como, por ejemplo, la de protección de los sitios o la de regulación del comercio al por menor—, la concesión de la licencia de construcción por el alcalde requiere consulta previa del servicio estatal correspondiente —en los ejemplos anteriores: la Dirección Regional de Asuntos Culturales, y la Comisión Departamental de Equipamiento Comercial—, y cuando el proyecto de construcción rebasa los límites de un solo municipio, la licencia es concedida o negada por el prefecto.³⁵

Este sistema jurídico sufre una debilidad: el derecho francés autoriza que se deroguen las disposiciones legislativas o reglamentarias cuando se cumplen dos requisitos: que la ley o reglamento aplicable no prohíba

³² CE, 7 de junio de 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, Rec. p. 275.

³³ C. Urb., artículo L. 422-1.

³⁴ En virtud de los artículos L. 2131-6 y siguientes del Código General de las Entidades Locales (Code général des collectivités territoriales), los alcaldes deben transmitir al prefecto de su departamento las decisiones del concejo y sus propias decisiones, y el prefecto las puede impugnar ante el tribunal administrativo, en un plazo de dos meses a contar de su transmisión, si las considera ilegales.

³⁵ C. Urb., artículo L. 422-1.

expresamente la derogación, o que la derogación represente un interés general.³⁶ Así, las presiones políticas que se ejercen sobre los alcaldes para que concedan las licencias de construcción —especialmente en los municipios donde las parcelas disponibles para construir son escasas y caras—, como los peticionarios, también son electores: el ejercicio de la facultad de derogar puede provocar abusos y poner en peligro el respeto de la legalidad.

³⁶ CE, 18 de julio de 1973, *Ville de Limoges*, Rec. p. 530.