



TÍTULO

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS SIN TÍTULO JURÍDICO HABILITANTE

AUTORA

María Teresa Barranco Pérez

Director Investigación
Tutor Investigación

Curso
ISBN

©
©

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2010

Diego Vera Jurado

Venancio Gutiérrez Colomina

Experto Universitario en Urbanismo (2009)

978-84-693-6135-1

María Teresa Barranco Pérez

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 2.5 España.

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

***“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS
ACTUACIONES URBANÍSTICAS SIN TÍTULO JURÍDICO HABILITANTE”***

EXPERTO UNIVERSITARIO EN URBANISMO

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA

AUTOR: MARÍA TERESA BARRANCO PÉREZ

C/ RÍO MESA, 24. ESC. DCHA. 1ª PL-OFIC.

29620-TORREMOLINOS (MÁLAGA).

TLF. 649049227/952388471

e-mails: mariateresa.barranco@ayto-torremolinos.es

sgonz@telefonica.net

Diciembre 2009

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	-4-
ANTECEDENTES	-5-
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA	-9-
POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA	-11-
1.- Constituyen una competencia local, esto es, del municipio sobre su territorio	-11-
2.- Constituyen una obligación legal de las Administraciones urbanísticas y no una mera facultad	-14-
3.- Son diferentes de la potestad sancionadora urbanística	-16-
4.- La intervención administrativa se produce “a posteriori”	-18-
5.- Las medidas a adoptar tienen un carácter real	-24-
6.- Tienen un carácter esencialmente reglado	-25-
7.- El ejercicio de las potestades está sujeto a los principios rectores aplicables a la actividad de intervención de las EELL	-27-
PRINCIPIOS APLICABLES A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERVENCIÓN	-29-

1.- Principio de Legalidad	-30-
2.- Principio de Igualdad Jurídica	-31-
3.- Principio de Congruencia	-33-
4.- Principio de “Favor Libertatis” o de menor restricción posible a la actividad intervenida	-35-
5.- Principio de Proporcionalidad	-36-
SOLUCIONES TÉCNICAS Y JURÍDICAS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA	-39-
1.- De carácter general	-43-
2.- De carácter específico	-44-
BIBLIOGRAFÍA	-49-

PRESENTACIÓN.-

El debate social generado por determinadas resoluciones administrativas y judiciales mediante las que se ordena la demolición de edificaciones ilegales ha tenido una amplia repercusión en los medios de comunicación. Sin embargo, dicha demolición no es sino la última consecuencia de las potestades de protección de la legalidad urbanística que se atribuyen a las entidades locales para el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

En estos casos, las demoliciones se caracterizan como medidas protectoras o de restitución del orden jurídico establecido por las normas urbanísticas y por los instrumentos de planeamiento aprobados al amparo de las mismas, como remedio extremo para asegurar su efectiva observancia frente a las actuaciones de los particulares que se consideren ilícitas.

No cabe duda que las referidas demoliciones no sólo suponen el cumplimiento de lo dispuesto en la norma sino que generan un poderoso efecto ejemplar y demostrativo que, en ocasiones, resulta mucho más efectivo de cara a prevenir futuras conductas constituyentes de infracciones urbanísticas que cualquier otro medio de difusión o puesta en conocimiento a la ciudadanía en general. No obstante, y matizando esta aplicación estricta de la norma, también aparece positivizada en la legislación urbanística la aplicación del criterio de la proporcionalidad y del principio de menor demolición si bien, las referencias que en ella se recogen, son indeterminadas y no llegan a definir los supuestos o los criterios a tener en cuenta, habiéndose generado una Jurisprudencia delimitadora y aclaratoria de aquellas conductas en las que cabría su apreciación, los requisitos que deben tenerse en cuenta para ello, así como las consecuencias jurídicas y fácticas de la no demolición de lo ilegalmente construido.

Reproduciendo textualmente la STS de 25 de Octubre de 1989, *“la finalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad no es otra que evitar derribos que procederían por una estricta aplicación de las normas, pero que pugnarían con los principios de justicia material, habida cuenta de que en la construcción, por la complejidad de su técnica, es fácil que, incluso de buena fe, se cometan errores que no*

deben perjudicar al conjunto de una obra que, globalmente, esté dirigida al bien común y suponga creación de riqueza mediante el esfuerzo del hombre”.

Con carácter previo al análisis de la Jurisprudencia, habría que considerar no sólo la naturaleza y características de las potestades de protección de la legalidad urbanística sino también el bien jurídico protegido y los principios rectores aplicables. De este modo podremos discernir aquellas actuaciones que pudieran ser susceptibles de legalización mediante la aplicación de la proporcionalidad respecto de aquellas otras contra las que, vulnerando de forma esencial el bien jurídico protegido o los principios rectores, únicamente quepa la adopción de la medida extrema de la demolición.

Finalmente, el presente trabajo también pretende establecer una serie de premisas generales, técnicas y jurídicas, que, basándose en criterios jurisprudenciales y doctrinales, pudieran tomarse como referencia en la casuística diaria, haciendo referencia, asimismo, en cada apartado, a la normativa autonómica andaluza relacionada, a los efectos de integrar en el estudio general del tema en cuestión los preceptos de la legislación andaluza en vigor.

En último lugar, hacer constar que no es objeto del presente estudio el dar cobertura a aquellas infracciones del ordenamiento jurídico urbanístico que vulneran de manera flagrante el interés público y que afectan gravemente a los principios rectores de aplicación a la actividad administrativa de protección de la legalidad urbanística sino analizar aquellas conductas que, por su menor entidad, y basándonos fundamentalmente en criterios de justicia material, pudieran ser eximidos en la aplicación de la medida extrema de demolición, sin perjuicio de la adopción de otras soluciones menos drásticas e igualmente gravosas para el interesado.

ANTECEDENTES.-

El incumplimiento de la normativa o del planeamiento urbanístico vigente en aquellas actuaciones ejecutadas sin licencia preceptiva o rebasando el contenido de la misma genera el inicio de la acción para exigir la restauración del orden jurídico

perturbado, concebida, desde la entrada en vigor de la Ley de 12 de Mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante LS'56) y hasta el actual Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante, TRLS'08), como una acción de carácter público dirigida a preservar el conjunto de principios, valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de protección por la normativa urbanística y cuya titularidad corresponde a la comunidad en su conjunto.

La entrada en vigor de dicha Ley de 1956 supone un hito histórico en materia de disciplina urbanística, conceptuándose la misma no como mera técnica de protección del demanio sino como mecanismo objetivo de protección de la legalidad urbanística, desde la perspectiva de la ciudadanía, prevaleciendo sobre el derecho de propiedad individual. Así, se configura un sistema de sanciones y de responsabilidades para las infracciones urbanísticas, articulándose unas medidas de control preventivo para los actos sin licencia, facultándose a las Corporaciones Locales la potestad de revocar las licencias otorgadas erróneamente, y reconociéndose la posibilidad de suspender los actos municipales ilegales y de adoptar las medidas de protección para garantizar el efectivo cumplimiento de las disposiciones vulneradas.

Es en este momento cuando se comienzan a esbozar las tres principales medidas que articularán hasta nuestros días el ejercicio de la disciplina urbanística:

1.- El restablecimiento de la legalidad urbanística y del orden jurídico perturbado mediante la anulación o revocación de los actos ilegales o mediante la reposición al estado originario de la realidad física alterada.

2.- La aplicación, a la actuación realizada, de la potestad sancionadora atribuida a la Administración.

3.- El resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción cometida, en aplicación de las normas que, sobre responsabilidad extracontractual, establecen los arts. 1902 y ss. del Código Civil y la normativa sectorial de aplicación.

El reiterado incumplimiento de la legislación urbanística que se produce a lo largo del período de vigencia de la Ley del Suelo de 1956 así como la insuficiencia del aparato de control de las Administraciones Central y Local, unido a la desproporción entre las responsabilidades y los medios de control de que disponían los órganos centrales fueron algunas de las circunstancias que provocaron la reforma operada en 1975 (como se indicaba en su Preámbulo), incluida también en el Texto Refundido de 1976. Dicha reforma, criticada por la doctrina debido a una desafortunada redacción que inducía a confusión, articulaba las medidas de reacción en torno a la infracción urbanística cometida, si bien, con posterioridad, el Reglamento de Disciplina Urbanística llegó a moderar determinados aspectos estableciendo, en su art. 51.2, que las actuaciones administrativas relativas a las medidas de protección de la legalidad urbanística *“se desarrollarán por los órganos y conforme al procedimiento establecido para cada una de ellas, sin perjuicio de las reglas de conexión y compatibilidad que se contienen en los artículos siguientes”*.

En cuanto a la reforma acaecida tras la aprobación de la Ley del Suelo de 1990 y el subsiguiente Texto Refundido de 1992, la STSJ de Andalucía de 24 de Marzo de 2003 señala sus principales características:

“Hemos de señalar que la reforma que en el régimen urbanístico introdujo la Ley 8/1990, de 25 de Julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, especialmente en el sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, así como de las consecuencias derivadas del incumplimiento, determinan que el cuadro de medidas de reacción por la transformación ilícita de la realidad material, haya sufrido modificaciones de cierto alcance por el referido Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio (que no obstante la declaración de inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos por la sentencia del TC 61/97, de 20 de Marzo, por razones competenciales, es de plena vigencia en la Comunidad Autónoma Andaluza, por la Ley 1/97, de 18 de Junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana), con respecto a la normativa vigente en el anterior Texto Refundido de 1976 y, en particular, por lo que ahora nos atañe, considerando una reiterada doctrina jurisprudencial anterior (..) a

tenor de la cual, de un lado, la pasividad por sí, sin otro condicionante ni más requisito, determina y justifica la demolición, y ello con absoluta independencia de que la obra fuere o no legalizable, pues en tal supuesto el examen de legalidad en nada afecta a la orden de demolición plenamente justificada por el transcurso del plazo legal; y de otro, que el requerimiento de legalización y resolución acerca de la eventual solicitud de legalización deviene superfluo e innecesario cuando se trate de obras manifiestamente ilegalizables. Así se establece ahora en los arts. 248 y 249 del Texto Refundido de 1992, al señalar que las obras en curso de ejecución o ya ejecutadas que fueran incompatibles con la ordenación vigente, se decretará su demolición a costa del interesado, y sólo cuando las obras fueran compatibles con la ordenación vigente procederá el requerimiento de legalización”.

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de Marzo, la disciplina urbanística pasa a ser una competencia exclusiva, al menos en su desarrollo legislativo, de las Comunidades Autónomas, que reproducen las medidas anteriormente descritas. Así, el art. 191 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA) establece:

“1. Toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística en esta Ley dará lugar a la adopción de las medidas siguientes:

a.- Las precisas para la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

b.- Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinarias administrativas o penal.

c.- Las pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

2.- En todo caso, se adoptarán las medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción.”.

En los últimos años, también ha cobrado vital importancia el ejercicio de medidas de protección de la legalidad urbanística en relación a la protección del Paisaje, concebido como un Patrimonio común de todos los ciudadanos y elemento fundamental de su calidad de vida mediante el establecimiento de instrumentos de intervención destinados a la protección, gestión y/u ordenación del mismo (Convenio Europeo del Paisaje, Florencia, 20 de Octubre de 2000).

Muestra de ello es la reciente STS de 27 de Noviembre de 2009, que considera justificada la vía penal en aquellos supuestos de destrucción paisajística: *“Más la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acuda al Derecho Penal como Ultima Ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico proytegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones. No es admisible dudar de que el hecho afecta gravemente al bien jurídico tutelado penalmente”*.

De hecho, dicha sentencia considera la perspectiva paisajística como elemento esencial de la ordenación del territorio indicando que *“la fijación topográfica de los límites de una protección no puede ser reputada como algo baladí a los efectos de la perspectiva paisajística en la ordenación del territorio, límites que requieren una valoración técnica y conjunta de terrenos y construcciones sin prescindir de la interacción de unos con otros para el paisaje”*.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.-

Paralelamente a la evolución histórica de las medidas de protección de la legalidad urbanística y del orden jurídico perturbado, el bien jurídico protegido por las mismas ha venido siendo ampliado y transformado sustancialmente. Así, frente a la originaria finalidad de protección del patrimonio y de los intereses particulares de los vecinos, las nuevas pautas urbanísticas y el reconocimiento de la función social de la propiedad

determinan el acogimiento de otros fines esenciales ligados a la protección del medio ambiente como derecho colectivo.

La STC 61/91, de 20 de Marzo reconoce que *“La política pública dirigida a la ordenación y desarrollo de la ciudad para alcanzar la calidad de vida debe velar por la utilización racional de todos los recursos naturales (con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente: art. 45.2 CE) y debe, además, promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, de tal modo que la comunidad participe en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 CE). Así pues, los poderes públicos han de garantizar (regulándolo) la utilización racional del suelo para: a) Proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el Medio Ambiente, y b) Hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La antítesis que pudiera observarse en los objetivos no es tal. La Constitución habla siempre de utilización del suelo. Utilización por y para el hombre (calidad de vida), pero sin quebranto más allá de lo razonable del Medio Ambiente (utilización racional), lo que hoy se condensa en el principio del desarrollo sostenible (que el uso que ahora hacemos de los recursos naturales no impida o dificulte el uso que de esos mismos recursos puedan y quieran dar las generaciones futuras). La racionalidad de la utilización viene dada por la sostenibilidad del uso, en los términos que hemos indicado”*.

Con anterioridad, alguna Jurisprudencia incipiente ya preveía la limitación del dominio basado en motivos estéticos y en defensa de un medio ambiente urbano (STS de 3 de Marzo de 1978).

En el mismo sentido, el art. 2 LOUA precisa que los fines específicos de la actividad urbanística consisten en conseguir un desarrollo sostenible y en subordinar los usos del suelo y de las construcciones, edificaciones e instalaciones, sea cual fuere su titularidad, al interés general definido por esta Ley y, en su virtud, por la ordenación urbanística, a cuyos efectos, en virtud de lo dispuesto en el art. 1º, se le otorga la

potestad de Policía del uso del suelo y de la edificación y protección de la legalidad urbanística.

Por lo expuesto y reproduciendo a Parejo Alfonso, dada la trascendencia de los bienes jurídicos implicados, junto a la complejidad técnica de la materia, así como la progresiva sensibilización social frente a las trasgresiones urbanísticas, especialmente cuando éstas suponen atentados a la naturaleza y al medio ambiente, se explica y fundamenta el desarrollo de los mecanismos de disciplina urbanística y de la actividad de reacción de la administración frente a conductas trasgresoras que ignoren de forma absoluta la normativa urbanística de aplicación o que, amparadas en título jurídico, excedan o se aparten del mismo.

LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.-

En palabras de Arredondo Gutiérrez, las potestades de protección de la legalidad urbanística *“son aquellas que tienen por finalidad prevenir o impedir cualquier forma de trasgresión de la legalidad jurídico-urbanística y, en caso de llegar a producirse ésta, remover con la necesaria prontitud sus efectos dañosos para la ordenación establecida, y ya sean dichos efectos de alcance material, estrictamente jurídicos, o bien una combinación de ambos; son por ello y ante todo, potestades preventivas del ilícito urbanístico, pero también facultades restauradoras o reintegradoras de la legalidad infringida frente al ilícito ya consumado, habilitando a la Administración para adoptar las medidas más convenientes a estos fines, entre ellas la extrema de la destrucción de las obras o edificaciones ilegalmente ejecutadas”*.

Dichas potestades se caracterizan por siete aspectos fundamentales:

1.- Constituyen una competencia local, esto es, del municipio sobre su territorio.

Conforme a lo dispuesto en el art. 25.2.d) de la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL):

“El municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

[...]

d. Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística...”

Todo ello sin perjuicio, en caso de pasividad municipal, de la previsión por la normativa autonómica, con carácter general, de la subrogación en dichas potestades para garantizar la protección del interés público y el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Dichas facultades de subrogación ya se contemplaban en la normativa urbanística pre-autonómica. Así el art. 42 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU) establecía que cuando las autoridades y órganos establecidos en la legislación para adoptar las mismas no procedieran a su ejercicio, el Delegado Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo daría cuenta al titular del Departamento, el cual, facultativamente, ejercería las facultades y adoptaría las medidas correspondientes previstas.

No obstante, ha sido la jurisprudencia constitucional y del propio Tribunal Supremo quienes han perfilado dichos supuestos de subrogación, mostrándose reacios al establecimiento de cauces de suspensión de actos y acuerdos de las entidades locales al margen de la legislación de régimen local (SSTC 213/1988, 148/1991, 46/1992 y 59/2001) y estableciendo dos notas principales:

- a) Cuando la actuación de la Administración autonómica se reduce a una mera constatación de la existencia o inexistencia de títulos habilitantes o circunstancias fácticas que no impliquen, en sí mismas, una valoración de legalidad se podría considerar válida dicha subrogación. No hay que olvidar que el control de legalidad está atribuido a los Tribunales de justicia por lo que si la administración autonómica considera la actuación no conforme a derecho deberá acudir a los mismos para así no vulnerar la autonomía local.

- b) La Administración Autonómica deberá respetar tanto los supuestos como los requisitos para la procedencia de la sustitución o subrogación recogidos en el art. 60 LRBRL como reflejo de la garantía institucional de la autonomía local.

El art. 188 de la LOUA prevé la sustitución de la competencia municipal en materia de protección de la legalidad urbanística por parte de la Comunidad Autónoma a efectos de la adopción de medidas cautelares:

“1. En las actuaciones llevadas a cabo sin licencia u orden de ejecución, la Consejería con competencias en materia de urbanismo, transcurridos diez días desde la formulación del requerimiento al Alcalde para que adopte el pertinente acuerdo municipal sin que se haya procedido a la efectiva suspensión de dichas actuaciones, podrá adoptar las medidas cautelares de suspensión previstas en el [artículo 181.1](#) cuando los actos o los usos correspondientes:

- a. Supongan una actividad de ejecución realizada sin el instrumento de planeamiento preciso para su legitimación.*
- b. Tengan por objeto una parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.*
- c. Comporten de manera manifiesta y grave una de las afecciones previstas en el [artículo 185.2.B de esta Ley](#).*

2. La Administración que haya adoptado la medida cautelar prevista en el apartado anterior lo pondrá inmediatamente en conocimiento de la otra Administración, que deberá abstenerse de ejercer dicha competencia.

3. Cuando se lleve a cabo alguno de los actos o usos previstos en el apartado 1, la Consejería con competencias en materia de urbanismo, transcurrido sin efecto un mes desde la formulación de requerimiento al Alcalde para la adopción del pertinente acuerdo municipal, podrá adoptar las medidas necesarias para la reparación de la realidad física alterada. Todo ello sin

perjuicio de la competencia municipal para la legalización, mediante licencia, de los actos y usos, cuando proceda.

4. El transcurso de los plazos citados en los apartados 1 y 3, sin que sea atendido el correspondiente requerimiento, dará lugar, además, a cuantas responsabilidades civiles, administrativas y penales se deriven legalmente.”

2.- Constituyen una obligación legal de las Administraciones urbanísticas competentes y no una mera facultad.

Si bien aparece recogido en el art. 52 del RDU, se concibe como garantía final de este axioma la figura de la acción pública regulada en el art. 48 del TRLS'08:

“1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.”

En ejercicio de la acción pública cualquier ciudadano puede instar de las autoridades administrativas competentes la adopción de las oportunas medidas de protección o restauración de la legalidad urbanística infringida, así como en los casos de pasividad o negativa de dichas autoridades, solicitar y obtener de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo una resolución declaratoria de haber lugar a las mismas. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia, en concreto, la STS de 24 de Febrero de 1997 recoge:

“El Ayuntamiento no puede omitir el ejercicio de las facultades que el ordenamiento le confiere y habrá de acordar, de modo insoslayable, la demolición si se dan los presupuestos legales establecidos para ello. Las competencias que en materia urbanística el TRLS confiere a los Ayuntamientos son, por regla general, regladas, y desde luego lo son las destinadas a restablecer la legalidad urbanística. Quiere decirse con ello que, cuando se den los presupuestos de hecho a los que el ordenamiento anuda una consecuencia jurídica, el Ayuntamiento no puede obviarla en función de consideraciones discrecionales de política urbanística. El ordenamiento obliga a todos los operadores jurídicos. Cuando una determinada situación no está contemplada que sea resuelta de modo discrecional sino reglado y, pese a ello, no se aplica la previsión legal establecida, se vulnera e infringe de modo grave el ordenamiento, vulneración que adquiere caracteres de extrema gravedad cuando esa vulneración es realizada por las Administraciones Públicas”.

Del mismo modo, la STS de 4 de Febrero de 1992, *“ante el problema de una posible infracción administrativa, en general, y muy especialmente ante una de naturaleza urbanística, la Administración no tiene opciones, puesto que la simple sospecha de encubridora de cualquiera de ellas, no sólo representa una dejación de sus deberes de orden público, sino hasta motivo de reprobación por la ciudadanía de carácter ético-político. Deber que en esta materia no sólo se impone por las consideraciones de orden teórico y de principio que hemos señalado, ya que viene reforzado por una norma inequívoca de derecho positivo, como es la contenida en el art. 52 RDU, en el que se dispone que “En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal”. Resultando absolutamente ilógico admitir que el redactor de este Reglamento iba a incurrir en la contradicción de sentar este mandato tan claro y contundente, inmediatamente después del sentido de facultad discrecional que el Ayuntamiento atribuye al vocablo “podrá” empleado en el primer párrafo del art. 51 del mismo Reglamento: “Toda actuación que contradiga las Normas o el planeamiento urbanístico podrá dar lugar a:...”. Ya que el “podrá” se refiere, no a que pueda o no la Administración, a su arbitrio, iniciar el pertinente procedimiento*

esclarecedor de lo ocurrido, sino a adoptar las decisiones oportunas entre las ofrecidas en los cuatro números siguientes”.

3.- Son diferentes de la potestad sancionadora de la Administración urbanística.

Si la finalidad de la potestad de protección de la legalidad urbanística es la reposición a su estado inicial del orden jurídico perturbado por actos contrarios a la legislación o al planeamiento urbanístico, la potestad sancionadora se dirige a castigar o reprimir una infracción administrativa típica mediante la imposición de una sanción o multa.

El propio art. 130.2 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que *“las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente”.*

Hay que concluir, por tanto que, dado que la potestad de protección de la legalidad urbanística no implica el ejercicio de la potestad sancionadora, tampoco le es de aplicación los principios rectores de la misma, esto es, los recogidos en los arts. 127 a 133 de la Ley 30/92 (legalidad, tipicidad o culpabilidad). En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Jurisprudencia:

“Todo acto de edificación y uso del suelo está sujeto a previa licencia, conforme a lo dispuesto en el art. 178.1 TRLS’76, por lo que cualquier actuación que contravenga dicho precepto es constitutiva de una infracción urbanística que es susceptible de acarrear dos tipos de efectos o medidas, a saber: a) Las tendentes a restaurar el orden urbanístico infringido entre los que se incluyen la acomodación de la

edificación o uso del suelo a la normativa legal a través del oportuno expediente de licencia o legalización, si ello fuese factible y la posible demolición total o parcial de lo indebidamente construido y no susceptible de ser legalizado y, b) Las medidas de índole sancionador en respuesta a la infracción legal cometida, conforme a la tipificación de tal conducta en la Ley del Suelo y el Reglamento de Disciplina Urbanística y disposiciones concordantes, sanciones que, conforme a la doctrina de índole penal, analógicamente aplicable, han de ser impuestas en base a la normativa vigente en el momento de la infracción”. (STS de 26 de Octubre de 1998).

Asimismo, la diferencia de ambas potestades también implica la diferencia en los procedimientos administrativos a seguir:

“El procedimiento especial previsto en los arts. 184 TRLS’76 y 29.1 y 51 RDU (restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada), que no es de naturaleza sancionadora propiamente dicha, tiene por finalidad esencial la restauración del ordenamiento jurídico conculcado, en cuanto, de hecho, el administrado lo ha perturbado al realizar obras que no se ajustan al proyecto que fue autorizado mediante la precedente licencia municipal obtenida por los propietarios del inmueble, incumpléndose con ello lo dispuesto en los arts. 178 y 179 de la citada Ley y sus concordantes 29 y 52 RDU; cuya restauración del ordenamiento urbanístico conculcado se lleva a efecto mediante la reacción administrativa, en control de la legalidad, que supone la adopción de las medidas de suspensión cautelar e inmediata paralización de la obra que se esté realizando y el simultáneo requerimiento para que el interesado, en el plazo perentorio que se le señala, solicite la oportuna licencia que imperativamente debe instar, transcurrido el cual, sin haberla solicitado, o ajustado las obras a las condiciones que se le señalen, el Ayuntamiento, o la Administración autonómica en su caso, por subrogación, habrán de acordar, asimismo imperativamente, la demolición de lo ilegítimamente construido y que no sea susceptible de legalización, todo ello a tenor de lo preceptuado en los aps. 2 y 3 del citado art. 184; por tanto, este específico sistema de control de la legalidad urbanística, en el que prima el interés público, no se articula en un expediente sancionador ordinario sino cautelar y sumario, de contenido limitado, en el que adquiere fundamental relevancia el requerimiento al responsable de la obra para que cumpla la

carga jurídica que supone lo dispuesto en aquel precepto (STS de 15 de Diciembre de 1992).

Debe entenderse, respecto a la sentencia transcrita, que las referencias al articulado del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 se refieren, en la actualidad, a los arts. 181 y ss. de la LOUA, cuya Disposición Transitoria Novena considera al Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU) de aplicación supletoria mientras no se produzca el desarrollo reglamentario de dicha Ley.

4.-. La intervención administrativa se produce “a posteriori”.

Al contrario que la obligación del sometimiento de la actuación a la previa licencia municipal, típica medida de intervención “a priori”, las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística se ejercen frente a una vulneración de la norma ya producida, bien por la existencia de un uso o actividad no amparada por ninguna licencia, bien por haberse ejecutado la misma sin ajustarse a la licencia concedida.

Del análisis jurisprudencial (SSTS de 13 de Noviembre de 1992, de 26 de Mayo de 1993, de 25 de Marzo y de 6 de Abril de 1994 y de 21 de Enero de 1996, entre otras), se concluye que dicha intervención administrativa para la protección y restauración de la legalidad urbanística se produce en tres fases claramente diferenciadas:

- a) La adopción de la medida cautelar de suspensión de obras respecto de las actuaciones ilegales en curso de ejecución detectadas, que deberá acompañarse de un requerimiento de legalización de las obras. Es este requerimiento el que constituye propiamente el acto inicial del procedimiento, si se dirige contra actuaciones ya concluidas.

El art. 181 LOUA dispone, en este sentido, y respecto a la medida cautelar de suspensión, que:

“1. Cuando un acto de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación e instalación, o cualquier otro de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo que esté sujeto a cualquier aprobación o a licencia urbanística previas se realice, ejecute o desarrolle sin dichas aprobación o licencia o, en su caso, sin orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, el Alcalde deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos.

2. La notificación de la orden de suspensión podrá realizarse, indistintamente, al promotor, al propietario, al responsable o, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución, realización o desarrollo, y esté relacionada con el mismo. Practicada la notificación, podrá procederse al precintado de las obras, instalaciones o uso.

De la orden de suspensión, se dará traslado a las empresas suministradoras de servicios públicos, con objeto de que interrumpan la prestación de dichos servicios.

3. Cuando la orden de suspensión notificada sea desatendida, podrá disponerse la retirada y el depósito de la maquinaria y los materiales de las obras, instalaciones o usos a que se refiere el apartado anterior, siendo por cuenta del promotor, propietario o responsable del acto los gastos de una y otro.

4. El incumplimiento de la orden de suspensión, incluida la que se traslade a las empresas suministradoras de servicios públicos, dará lugar, mientras persista, a la imposición de sucesivas multas coercitivas por períodos mínimos de diez días y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento del valor de las obras ejecutadas y, en todo caso y como mínimo, de 600 euros. Del incumplimiento se dará cuenta, en su caso, al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad que proceda.”

- b) El segundo paso consistirá en instar la legalización de la actuación detectada mediante la oportuna solicitud de licencia por parte del interesado, incoándose un nuevo procedimiento cuyo objeto es la legalización de las obras o actuación, si ello es posible, y teniendo en cuenta que la falta de solicitud de licencia habilita, sin otros requisitos, a que la Administración pueda dictar orden de demolición de lo ilegalmente construido.

El art. 182 LOUA, en cuanto a las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado, establece:

“1. El restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o un uso objeto de la suspensión a que se refiere el [artículo anterior](#), o que no estando ya en curso de ejecución se haya terminado sin la aprobación o licencia urbanística preceptivas o, en su caso, orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo,

respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente.

2. Cuando las obras pudieran ser compatibles con la ordenación urbanística vigente, al suspenderse el acto o el uso o, en el supuesto en que uno u otro estuviera terminado, al apreciarse la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en el apartado anterior, se requerirá al interesado para que inste la legalización en el plazo de dos meses, ampliables por una sola vez hasta un máximo de otros dos meses en atención a la complejidad del proyecto, o proceda a ajustar las obras al título habilitante en el plazo previsto en el mismo.

3. Regirán para la solicitud, tramitación y resolución de la legalización las mismas reglas establecidas para las aprobaciones o licencias que deban ser otorgadas. Reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aun con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición.

4. Si transcurrido el plazo concedido al efecto, no se hubiera procedido aun a instar la legalización, procederá la imposición de sucesivas multas coercitivas por periodos mínimos de un mes y cuantía, en cada ocasión, del 10 % del valor de las obras ejecutadas y, en todo caso y como mínimo, 600 euros. Ello sin perjuicio de lo regulado en el [artículo siguiente](#).

5. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa que recaiga en el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado será de un año a contar desde la fecha de su iniciación.”

- c) Si dicha legalización no se hubiera instado o, habiéndose instado, del carácter de las obras o actuación pretendida se desprenda su carácter ilegalizable, la Administración habrá de ordenar la demolición de las mismas.

Concluye el art. 183 LOUA, en cuanto a la reposición de la realidad física alterada:

“1. Procederá adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada cuando:

- a. las obras sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística,*
- b. se inste la legalización y ésta haya sido denegada,*
- c. se haya instado la legalización en el plazo concedido al efecto y de las actuaciones de instrucción realizadas en el procedimiento resulte la improcedencia legal de dicha legalización por disconformidad de los actos con las determinaciones de la legislación y de la ordenación urbanística aplicables.*

2. Las propuestas de resolución que se formulen en los procedimientos de restablecimiento del orden jurídico perturbado o de reposición de la realidad física alterada deberán incluir, cuando proceda, las disposiciones sobre plazos y otras materias que se estimen precisas para la reposición, a costa del interesado, de las

cosas al estado inmediatamente anterior a la apreciación de las circunstancias a que se refieren los [artículos 181.1](#) y [182.1 de esta Ley](#), incluida la demolición o en su caso reconstrucción.

3. En el caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo mediante la reagrupación de las parcelas a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación, en la forma que se determine reglamentariamente.

4. Si el o los responsables de la alteración de la realidad repusieran ésta por sí mismos a su estado anterior en los términos dispuestos por la correspondiente resolución, tendrán derecho a la reducción en un 50 % de la multa que deba imponerse o se haya impuesto en el procedimiento sancionador o a la devolución del importe correspondiente de la que ya hubieran satisfecho, así como, en su caso, a la minoración o extinción de las sanciones accesorias a que se refiere el [artículo 209](#).

5. El Ayuntamiento o la Consejería con competencias en materia de urbanismo, en su caso, sin perjuicio de la correspondiente medida de suspensión acordada, dispondrá la inmediata demolición de las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, previa audiencia del interesado, en el plazo máximo de un mes.”

5.- Las medidas a adoptar tiene un carácter real.

El carácter real atribuido a las medidas de protección de la legalidad urbanística implica que las mismas puedan exigirse frente a cualquiera. Esto es, ni siquiera la cualidad de terceros adquirentes de buena fe tiene incidencia alguna en dicha cuestión, por ser los criterios materiales y objetivos los que deben ser tenidos en cuenta como salvaguardia de los intereses generales y de orden público (STS de 29 de Enero de 1996), y subrogándose los nuevos adquirentes en la posición del transmitente (STS de 26 de Febrero de 1998).

De igual modo se pronuncia el art. 19.1 TRLS'08, considerándose de esta forma una vinculación de la finca al cumplimiento de los deberes urbanísticos, con independencia de las acciones que, con posterioridad, puedan ejecutarse:

“La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.”

Por su parte, la STS de 21 de Junio de 1994 indica que *“la fe pública registral, en definitiva, protege al tercer adquirente de las limitaciones voluntarias, no así de las instituidas por Ley o, como ocurre en el presente caso, de las impuestas, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos que, en cuanto afectan a interés general, gozan de una publicidad que trasciende a la del Registro de la Propiedad, de suerte que en los supuestos de enajenación de fincas el adquirente queda subrogado en*

el lugar y puesto del trasmitente no sólo en cuanto a aquellas limitaciones impuestas por la Ley o derivadas de la misma, sino también en cuanto a los compromisos y obligaciones asumidos por éste con la Administración Pública, sin perjuicio, claro está, de las facultades resolutorias e indemnizatorias que a aquel reconoce el art. 62 TRLS”.

6.- Tienen un carácter esencialmente reglado.

Conceptuándose las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística como medidas restrictivas de derechos, hay que aceptar por ello el carácter reglado de las mismas y su ejercicio deberá efectuarse en los supuestos y con sometimiento a los procedimientos específicamente contemplados por el ordenamiento jurídico, sin que quepa adoptar cualquier otra solución que la Administración competente pudiera considerar más adecuada (STS de 8 de Marzo de 1995).

Del tenor literal de las normas pudiera entenderse que no existe ninguna opción intermedia entre la legalización de unas obras o su demolición, según sean o no legalizables, aunque tanto la jurisprudencia como la legislación estatal y autonómica, han llegado a matizar dicha conclusión. Si bien tanto el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística como los fines de la actuación administrativa y las decisiones a adoptar vienen expresamente determinados por la norma, la Jurisprudencia y la normativa de aplicación admite en ciertos supuestos y, en base al principio de proporcionalidad y a algunos conceptos jurídicos indeterminados, la legalización de la actuación cuando la discrepancia con el ordenamiento jurídico tiene una relevancia menor, teniendo en consideración, asimismo, la complejidad técnica de la actividad constructiva.

Este principio de proporcionalidad, también conocido por parte de la doctrina como Principio de “Menor Demolición”, es un principio consagrado en el derecho positivo, recogándose, textualmente, en el art. 131 de la Ley 30/92, respecto del procedimiento administrativo sancionador:

“1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

A) La existencia de intencionalidad o reiteración.

B) La naturaleza de los perjuicios causados.

C) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

El Art. 182.3 LOUA llega a contemplar un desarrollo reglamentario de los supuestos y condiciones excepcionales en los que cabría la legalización de obras ilegales en aplicación del principio de proporcionalidad, si bien, hasta la fecha, dicho desarrollo reglamentario no ha llegado a producirse (*“Regirán para la solicitud, tramitación y resolución de la legalización las mismas reglas establecidas para las aprobaciones o licencias que deban ser otorgadas. Reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aun con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición”*).

Si bien en el ejercicio de las potestades regladas de protección de la legalidad urbanística, los fines y resultados vienen determinados por la norma de aplicación, no es menos cierto que la Administración, ante excepcionales situaciones, dispone de un margen de elección discrecional matizado tanto por la normativa urbanística como por la Jurisprudencia que, siempre en base al mencionado principio de proporcionalidad y mediante la introducción de conceptos jurídicos indeterminados, admiten la legalización de algunas actuaciones cuando la discrepancia con el ordenamiento jurídico tiene un carácter menor.

7.- El ejercicio de las potestades está sujeto a los principios rectores aplicables a la actividad de intervención de las entidades locales.

Las medidas de protección de la legalidad urbanística se encuadran dentro de la actividad administrativa de intervención en los actos de edificación y uso del suelo, a través de su sometimiento a previa licencia y órdenes de ejecución, tal y como se hace constar en el art. 5 del Decreto de 15 de Junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales:

“La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios:

a. ordenanzas, reglamentos y bandos de policía y buen gobierno;

b. sometimiento a previa licencia, y

c. ordenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.”

Dada su inclusión como actividad administrativa de intervención, su ejercicio está sujeto a los principios rectores que enmarcan dicha actividad, siéndole de aplicación los principios generales recogidos en los arts. 9.3, 10.1 y 14 de la Constitución Española de 1978 (igualdad, proporcionalidad o congruencia de la medida de intervención con los motivos y fines que la justifican y respeto a la libertad

individual), así como los recogidos en los arts. 2 a 6 del Reglamento de Servicios , en el art. 84.2 LRBRL (*“La actividad de intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativas y respeto a la libertad individual”*) y, con carácter general, lo dispuesto en el art. 53.2 de la Ley 30/92 2 (*“El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”*).

Conforme al marco normativo desglosado, podemos concluir que los principios de aplicación a esta concreta actuación administrativa son los siguientes:

- a.- Principio de Legalidad.
- b.- Principio de Igualdad Jurídica.
- c.- Principio de Proporcionalidad.
- d.- Principio de Congruencia.
- e.- Principio de *“Favor Libertatis”* o de menor restricción posible a la actividad intervenida.

El Tribunal Supremo viene aplicando estos principios en aquellos supuestos, con carácter ordinario, en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir entre varios medios utilizables y, con carácter excepcional y en relación con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que, aún existiendo un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado (SSTS de 16 de Mayo de 1990 y de 18 de Febrero de 1992), con la finalidad de evitar aquellas demoliciones que, en estricta aplicación de la norma, vulnerarían principios de justicia material.

PRINCIPIOS APLICABLES A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERVENCIÓN

Doctrina y Jurisprudencia coinciden en afirmar que, en materia de Protección de la Legalidad Urbanística, son de aplicación los Principios rectores de la actividad administrativa de intervención de los actos de edificación y uso del suelo, que aparecen recogidos en los arts. 2 a 6 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, en el art. 84.2 LRBRL y en el art. 53.2 de la Ley 30/92.

Estos principios rectores están interconectados entre sí de tal modo que la vulneración de alguno de ellos supone, en multitud de ocasiones, la subsiguiente vulneración de los demás mientras que su apreciación supondrá la automática concurrencia del resto por cuanto muchos de ellos no son más que manifestaciones de otros más concretos. Así, el principio de proporcionalidad, por ejemplo, podría considerarse una manifestación del principio genérico de la racionalidad administrativa.

Como indicábamos en el epígrafe anterior, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene aplicando estos principios rectores en dos supuestos:

1.- Con carácter ordinario: Cuando el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir entre varios medios utilizables.

2.- Con carácter excepcional: Cuando, en conexión con los principios de buena fe y equidad y aún existiendo un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado (SSTS de 16 de Mayo de 1990 y de 18 de Febrero de 1992). En estos supuestos, la aplicación de dichos principios rectores evita aquellas demoliciones que procederían por una estricta aplicación de la norma pero que, por razones de justicia material y debido a la complejidad técnica de las obras de construcción, pudieran haberse ejecutado erróneamente, sin mala fe, pudiendo perjudicar su derribo al conjunto de la obra. Por ello, el TS ha declarado preferente la posibilidad de legalizar la obra, verificando

exhaustivamente su acomodo o no al planeamiento y evitando la orden de derribo (STS de 13 de Diciembre de 1984).

El art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (*“el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la Libertad individual.”*), positiviza dos aspectos fundamentales del principio de proporcionalidad. De un lado, la adecuación del contenido de los actos con los motivos y fines que lo justifican (principio de congruencia); de otro, la elección del medio menos restrictivo (Principio *“Favor Libertatis”*), mediante un análisis de los intereses generales y los particulares buscando la mayor compatibilidad entre los mismos.

Para su aplicación deben hacerse tres valoraciones fundamentales, las cuales deben concurrir para considerar una actuación desproporcionada:

- Si el acto es adecuado a los fines que lo justifican, debiendo existir una relación de causalidad entre medios y fines.

- Si el acto es la medida menos lesiva para alcanzar los fines que lo justifican.

- Si el acto no restringe los intereses del particular de forma desproporcionada en relación a los beneficios generales que se pretenden alcanzar.

En conclusión, el principio de proporcionalidad administrativa, relacionado con los principios de igualdad jurídica y de mesura de la potestad administrativa, estaría integrado y/o afectado por los principios analizados a continuación.

1.- Principio de Legalidad.

“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes.” (Art. 97 Constitución Española 1978)

También conocido como Principio de Atribución de la Potestad, el Principio de Legalidad se fundamenta en la legitimidad de la actuación de la Administración (que incide en los derechos de propiedad y de libertad), mediante el apoderamiento que se hace a la misma para adoptar una serie de medidas tendentes a la protección de aquellos valores y objetivos reconocidos por el ordenamiento.

Dicho apoderamiento, realizado en un primer momento por la legislación estatal y, posteriormente, por la legislación autonómica, faculta a la Administración Pública (municipal y autonómica) para velar por la ordenación jurídica, posibilitándose, por tanto, la intervención en la libertad y en la propiedad de los ciudadanos a fin de preservar el interés general plasmado en los bienes jurídicos y en los valores protegidos por la normativa urbanística.

2.- Principio de Igualdad Jurídica

“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” (Art. 14 Constitución Española 1978)

El principio de Igualdad Jurídica en relación a la actividad de intervención administrativa aparece específicamente recogido en los arts. 2 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales (*“La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la Ley”*) y 84.2 de la LRBRL (*“La actividad de intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativas y respeto a la libertad individual”*), si bien la Jurisprudencia también ha delimitado su contenido. Así, la STC 265/1987, de 6 de Marzo, especifica que lo que la norma constitucional prohíbe es la desigualdad de trato y la discriminación sin causa justa pero no el tratamiento diferente cuando las situaciones subjetivas son netamente distintas.

El Principio de Igualdad Jurídica opera, por tanto, no sólo a nivel normativo, sino en el momento de adopción de decisiones, prohibiéndose aquellas actuaciones o medidas discriminatorias que se traduzcan, finalmente, en un trato diferenciado a los sujetos afectados por la norma. Para ello, se requiere un juicio de razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los fines que se persiguen con el fin de averiguar si se rebasan o no los límites constitucionales en el establecimiento de discriminaciones positivas o de requerimientos exigidos por el principio de eficacia u otros valores constitucionales.

Este juicio de razonabilidad y proporcionalidad ha sido reiterado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como necesario para determinar la posible vulneración del Principio de Igualdad. De este modo, la STS de 3 de Marzo de 1987 recoge que *“la igualdad ante la Ley es un valor preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el artículo 14 de la Constitución no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de trascendencia jurídica, y además (siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (Sentencias 20 febrero 1984, 24 Enero 1984, 18 Marzo 1984 y 3 de agosto de 1983, entre otras)”*.

No obstante lo anterior, hay que indicar que la valoración de la existencia de un posible trato discriminatorio debe realizarse entre actuaciones ejecutadas dentro de la legalidad por cuanto no es un término válido de comparación la ilegalidad de las actuaciones (STS de 12 de Noviembre de 1991). Así, *“demostrada la existencia de una infracción manifiesta y grave, la misma no se puede justificar por el hecho de que puedan existir otras construcciones no acordes con el Ordenamiento urbanístico, en la misma población, porque seguir en esa línea sería , en vez de cerrar el paso a las ilegalidades, fomentarlas de cara al futuro, arrumbando por completo la disciplina urbanística e instaurando el caos”* (STS de 3 de Diciembre de 1986). No es posible vincular a la Administración por el precedente cuando éste es ilegal (STS de 1 de Julio de 1999).

Por concluir, en reciente sentencias (SSTS de 18 de Julio de 2006 y de 24 de Junio de 2008), se considera que incurre en reserva de dispensación y quebranto del principio de igualdad el establecimiento en el Plan general de ordenaciones singulares o especiales que sólo benefician a determinados propietarios en detrimento de los demás y no se amparan en finalidades de interés público (inderogabilidad singular de los Reglamentos).

3.- Principio de Congruencia

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (Art. 106.1 Constitución Española 1978).

El Principio de Congruencia de la actividad administrativa, derivado del Principio “Pro Libertate”, se ha venido a definir como la adecuación entre el hecho determinante de la actuación administrativa, incardinable en la causa o presupuesto de hecho configurado por la norma habilitante de la actuación administrativa, y los fines o intereses públicos concretos a que esta actuación ha de ordenarse.

Básicamente, no concurre dicha adecuación entre la adopción de las medidas de restauración y los fines que se persiguen cuando se adopta dicha decisión y la nueva regulación urbanística contempla como legalizable dicha actuación. En estos casos, la Jurisprudencia se muestra contraria a la ejecución inmediata de la demolición acordada cuando exista posibilidad de legalización de lo construido, señalando la STS de 29 de Junio de 2002 que *“un nuevo planeamiento podrá tener como consecuencia que se deje sin efecto una demolición acordada conforme a anterior normativa en el supuesto de que las obras de que se trate estén amparadas por la nueva regulación, pues no tendría sentido destruir algo para, a continuación, construir lo mismo por estar ya permitido añadiendo que toda orden de demolición de un edificio o instalaciones, por su propia naturaleza, si se ejecuta prematuramente, antes de la culminación del proceso pendiente sobre la legalidad de tal situación o su posible legalización, en el que ha de*

decidirse acerca de su procedencia, puede dar lugar, en el caso de quedar revocada posteriormente, a perjuicios de incuestionable dificultad de reparación...”. En tal supuesto, el interés público no se ve gravemente afectado por la eventual tardanza en la materialización de la demolición si ello en su día se ratificara como procedente (SSTS de 14 de Marzo de 1990, de 11 de Junio y de 12 de Noviembre de 1997).

Del mismo modo, la STS de 25 de Junio de 1998 razona que una de las causas de imposibilidad de ejecutar una sentencia es el cambio de planeamiento derivado del “*ius variandi*” urbanístico de la Administración: “*no es que la revisión del Plan General impida la demolición decretada, sino que, al haber variado la normativa aplicable, el edificio se ha convertido en legalizable, de forma que iría en contra de las más elementales reglas de la lógica y del respeto a la riqueza creada el llevar a cabo la demolición de un edificio que podría ser reedificado a renglón seguido, doctrina que , lógicamente, es extensible al acto administrativo objeto de impugnación*”.

No obstante, la Jurisprudencia recuerda que no es posible utilizar la potestad de planeamiento como una forma de eludir la ejecución de lo dispuesto en sentencias firmes, lo cual viene formalmente excluido por el Art. 103.4 de la LJCA (STS de 1 de Marzo de 2005). Como recuerdan las SSTS de 10 de Diciembre de 2003 y de 4 de Mayo de 2004:

“...si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender reacionalmente al interés público urbanístico”.

Se trata así de evitar las llamadas inejecuciones indirectas en las que la actividad de la Administración produce la ineffectividad del pronunciamiento judicial, ya sea de forma directa o de forma encubierta en aquellos casos en los que el nuevo acto de la Administración y el cumplimiento del fallo sean incompatibles (STS de 29 de Octubre de 2001 y STC 167/87, de 28 de Octubre).

Del mismo modo se pronuncian las SSTS de 7 de Octubre de 2008 y 24 de Marzo de 2009 cuando argumentan que las modificaciones puntuales del planeamiento efectuadas con el propósito exclusivo de legalizar o regularizar edificaciones ilícitamente construidas incurren en desviación de poder.

4.- Principio de “Favor Libertatis” o de menor restricción posible a la actividad intervenida

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (Art. 10.1 Constitución Española 1978)

Las medidas de protección de la legalidad urbanística a adoptar no sólo han de ser adecuadas, sino necesarias para salvaguardar los fines a los que se dirige, estando la Administración obligada a elegir aquellas medidas menos lesivas para los destinatarios de la actividad de intervención.

La manifestación de este principio es el denominado juicio de necesidad, que conlleva para la Administración la obligación jurídica de limitar, en la menor medida posible, los espacios de libertad y el contenido sustantivo de los derechos de los particulares, esto es, de elegir la opción que menos restrinja los derechos ejercitables de los ciudadanos, alzándose así como un límite esencial controlable por los Tribunales siempre que se pruebe la existencia de otras opciones que, respetando los fines de la actividad urbanística, permitan alcanzar éstos con una incidencia menor en la esfera jurídica del destinatario de dichas medidas.

De esta forma, la Jurisprudencia ha sentado el criterio de que, en aplicación de este principio y a la vista de las circunstancias concurrentes, en determinadas situaciones debe dulcificarse el rigor de la medida extrema de demolición, buscando soluciones que, sin olvidar la existencia de una infracción urbanística por construcción no ajustada a licencia, modere el rigor de ésta y permita mantener un estado de cosas que puede no

afectar sólo al infractor sino, incluso, a terceros adquirentes de buena fe (SSTS de 9 de Abril de 1985 y de 5 de Abril de 2000).

5.- Principio de Proporcionalidad

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (Art. 106.1 Constitución Española 1978).

También conocido como Principio de “Menor Demolición”, viene definido ampliamente por la doctrina y la Jurisprudencia. Así, en relación con la protección de la legalidad urbanística, su naturaleza y supuestos se recogen en la STS de 18 de Febrero de 1992:

“Los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios inspiren las normas (art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil) y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho (art. 103.1 CE). Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de ejecutarse conforme a las exigencias de los principios. Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad, que deriva claramente del art. 106.1 CE, que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. En la misma línea, el principio de proporcionalidad tiene expresión en los arts. 84.2 LRBRL y 6 RSCL”.

Reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce su plena aplicabilidad a las medidas de intervención administrativa. Así, la STS de 15 de Noviembre de 1999 reconoce que *“frente al criterio recurrente, el principio de proporcionalidad forma parte de nuestro ordenamiento jurídico para condicionar la actuación de la Administración, no sólo en el ámbito estrictamente sancionador, donde la Jurisprudencia se ha hecho eco de la necesidad de la adecuada correlación entre la gravedad de la infracción y la importancia de la sanción dentro, incluso, de los márgenes de que la norma permite, sino también en el más general de la intervención administrativa, modulando la intensidad de ésta a favor de la medida menos restrictiva posible, como resulta de las previsiones normativas contenidas en el art. 5 RAM y 6.2 del RSCL”*.

De igual modo, la STS de 3 de Noviembre de 1993, en relación a las medidas de protección de la legalidad urbanística, apunta que *“el principio o criterio de proporcionalidad, congruencia y menor demolición, desarrollado por la jurisprudencia, pretende en su aplicación evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o gravedad de la infracción cometida y las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta, resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten. Igualmente es necesario indicar que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo que procede la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición dispuesta (SSTS de 1 de Julio y de 19 de Septiembre de 1981). No procederá, por tanto, la demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal”*.

La Jurisprudencia ha indicado que el principio de proporcionalidad, considerándose entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir con la demolición, significa el efecto de ponderar la trascendencia que tenga para el interés

público la concreta infracción y la perpetuación de la misma, es decir, la diferencia que exista entre el simple desfase de lo permitido por la licencia y lo realmente construido (SSTS de 27 de Junio de 1983 y de 28 de Enero de 1987), no reputándose procedente la drástica demolición pues, por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con mesura y restrictivamente, a fin de evitar que con ella se origine un mal o resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza, por lo que a aquella ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos verdaderamente límites (SSTS de 15 de Mayo de 1980, 25 de Mayo de 1982, 2 de Noviembre de 1983 y 13 de Diciembre de 1984), con la finalidad de no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir (SSTS de 30 de Junio y de 6 y de 21 de Noviembre de 1981), lo que conlleva la necesidad de estar siempre al principio de no demolición (SSTS de 17 de Diciembre de 1974 y de 8 de Mayo de 1980), ya que lo que legitima la intervención administrativa, conforme a los arts. 4 y 6 RSCL, es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante del sometimiento a éstos que reitera el art. 106.1 CE (STS de 28 de Enero de 1987).

En cualquier caso, y aunque las obras sean ilegalizables, reiterada jurisprudencia considera que, en aplicación de los principios de proporcionalidad y congruencia, puede no ser la solución adecuada la demolición de las obras debiéndose ponderar, en tales supuestos y en palabras de Paya Gasent, las siguientes circunstancias:

1.- La entidad del objeto de la infracción, y la incidencia del mismo sobre el bien jurídico a proteger.

2.- El estado de la construcción, y la cuantificación de los costos de las obras adicionales que supondría la demolición del elemento objetivo de la infracción.

3.- La actuación de la Administración en el servicio público de inspección urbanística, en especial la vigilancia diligente de las actuaciones urbanísticas en sus fases iniciales, con el fin de evitar que se consoliden situaciones irreversibles.

4.- La presencia de terceros adquirentes de buena fe.

La Legislación autonómica andaluza ha reconocido, en cierta medida, el principio de proporcionalidad descrito. Así, el art. 182.3 de la LOUA admite, con carácter excepcional, la legalización aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable por resultar de imposible o muy difícil reposición, si bien condiciona sus requisitos y circunstancias a un desarrollo reglamentario que, hasta la fecha, no se ha producido.

SOLUCIONES TÉCNICAS Y JURÍDICAS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

Si bien la aplicación del principio de proporcionalidad en las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística tienen una característica fundamental, esto es, la casuística o la necesidad de estudiar cada supuesto de manera específica sin poder establecerse soluciones generales aplicables a todos los procedimientos, en primer lugar, debe hacerse constar que la licencia urbanística es un acto rigurosamente reglado que, como tal, aparece recogido en los arts. 169 y ss. de la LOUA, así como en el propio Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y, por tanto, es obvio que, a la hora de decidir sobre la legalidad de las obras ejecutadas, habrá que determinar la ordenación urbanística aplicable para después comprobar si la edificación o actuación se ajusta o no a las exigencias de aquellas y, en el caso de que no sea así, determinar el grado de incumplimiento y las medidas a adoptar para restablecer la legalidad urbanística perturbada. Es en este momento cuando debe analizarse la posibilidad de aplicación de los criterios de proporcionalidad para evitar la demolición en aquellos supuestos en los que, como la propia LOUA reconoce, los incumplimientos no tengan carácter sustancial (art. 182.3).

Como hemos expuesto en epígrafes anteriores, la Jurisprudencia ha mitigado las medidas de protección de la legalidad urbanística por aplicación del principio de proporcionalidad, ya que la orden de demolición, por ser extrema, implica la necesidad

de ser aplicada con mesura “*sólo en casos excepcionales y extremos de suma gravedad y trascendencia urbanística*” (STS de 27 de Junio de 1986). En cualquier caso, “*la demolición ha de acomodarse al principio de proporcionalidad que proclaman los arts. 4 y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (debe entenderse también referido al art. 131 de la Ley 30/92)*”, conforme a lo recogido en SSTTS de 29 de Abril de 1970 y de 14 de Febrero de 1977, para lo cual habrá de ponderarse la trascendencia que tenga para el interés público la concreta infracción y la perpetuación de la misma, intentando que no se rompa la tan deseada regla entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir.

Conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico Tercero de la STS de 14 de Julio de 2000:

“Como hemos dicho en la reciente sentencia de 28 de Abril de 2000, el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Es esencial en el Estado Social de Derecho (art. 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho Administrativo, en que se concreta el Derecho Constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una intervención equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas”.

Asimismo, hay que hacer referencia a aquellos criterios delimitadores del principio de proporcionalidad positivizados en la norma. De este modo, el art. 131 de la Ley 30/92 especifica:

“1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

A) La existencia de intencionalidad o reiteración.

B) La naturaleza de los perjuicios causados.

C) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

Respecto al apartado segundo del artículo transcrito, es obvio que la aplicación del principio de proporcionalidad no debe suponer un beneficio tal para el infractor que incite de algún modo a la comisión de ilícitos urbanísticos. Es por ello que, en todo supuesto de aplicación del principio de proporcionalidad habrá de valorarse económicamente el beneficio que lo construido y la no demolición supone para el administrado. Con ello, por otro lado, se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 202 de la LOUA:

1. En ningún caso podrán las infracciones urbanísticas reportar a sus responsables un beneficio económico. Cuando la suma de la multa y del coste de la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la

comisión de la infracción arroje una cifra inferior a dicho beneficio, se incrementará la cuantía de la multa hasta alcanzar el importe del mismo.

2. En los casos en que el restablecimiento del orden infringido no exija actuación material alguna, ni existan terceros perjudicados, la multa no podrá ser inferior al beneficio obtenido.

3. En las parcelaciones urbanísticas ilegales el importe de la multa, cuando sea inferior al 150 % del beneficio obtenido, deberá incrementarse hasta alcanzar este importe. En ningún caso podrá ser inferior a la diferencia entre el valor inicial y el de venta de las parcelas correspondientes.”.

Instalado el principio de proporcionalidad entre los principios generales del Derecho, el mismo, por su carácter, ha de ser interpretado con mesura, racionalidad y prudencia, a fin de evitar cualquier alusión a la desviación de poder y debiéndose armonizar con el resto de principios rectores descritos en cada caso concreto, distinguiéndose en un primer momento dos tipos de supuestos:

a) Supuestos ordinarios: La interpretación de la norma, en cada caso, de entre las varias posibles, deberá ser la más favorable para el administrado y estar de acuerdo con los fines que justifican la actuación administrativa.

b) Supuestos extraordinarios: Cuando la aplicación de la norma está en abierta pugna con los principios de justicia material habrá que aplicar con mesura y racionalidad, en conexión con la equidad y la buena fe, la potestad administrativa de manera proporcional para evitar medidas drásticas si el fin no lo justificare.

Por lo expuesto, y ante cada caso concreto, podríamos valorar unos criterios generales reconocidos por la norma (Ley 30/92 y LOUA), la doctrina y la Jurisprudencia, y unos criterios específicos de aplicación a determinados parámetros urbanísticos a considerar en toda actuación ilícita.

CRITERIOS GENERALES:

1.- Entidad del objeto de la infracción e incidencia sobre el bien jurídico a proteger:

El art. 203.a) de la LOUA establece que serán infracciones graves *“la ejecución, realización o desarrollo de actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación e instalación o cualquier otro de transformación de uso del suelo o del subsuelo, que estando sujeto a licencia urbanística o aprobación, se ejecuten sin la misma o contraviniendo sus condiciones, salvo que sean de modificación o reforma y que, por su menor entidad, no precisen de proyecto técnico, en cuyo caso tendrán la condición de infracción leve”*.

Debemos entender, siguiendo este precepto, que ante el incumplimiento de cualquier parámetro urbanístico que suponga una alteración sensible del criterio fijado por la ordenanza urbanística, dado que supone un perjuicio grave para el interés general, no es de aplicación la proporcionalidad aquí estudiada. Sin embargo, sí podría ser de aplicación a aquellas actuaciones en las que el daño al interés general sea de escasa entidad.

La entidad de la infracción está en íntima relación con la gravedad o levedad de la misma por su mayor o menor perjuicio para el interés general. Es aquí donde ha de jugar el criterio interpretativo para determinar la entidad del perjuicio considerando todas las circunstancias concurrentes como pueden ser la situación del resto de edificaciones en el entorno, en los casos de limitaciones de altura, el impacto visual o, en definitiva, la valoración de si el incumplimiento de la norma es respecto a uno o varios parámetros urbanísticos, de modo que se gradúe el daño producido a los intereses generales y el riesgo creado para la comunidad.

2.- Estado de la construcción y cuantificación de los costos de las obras adicionales que supondría la demolición del elemento objeto de la infracción:

Es obvio que, en aquellas obras en curso de ejecución, actuando la Administración con la diligencia debida, la medida cautelar de suspensión de obras evitará la consolidación de situaciones ilícitas o no amparadas por licencia preceptiva.

En estos supuestos, la acción de la Administración deberá ir encaminada a que el infractor adapte las obras en ejecución al título habilitante si lo tuviera o, en caso contrario, a instar la legalización conforme a las ordenanzas urbanísticas de aplicación.

No debemos olvidar que el incumplimiento de la medida cautelar de suspensión de obras no sólo constituye una infracción muy grave según el art. 207.4.D) LOUA, sino que es indicativo de ausencia de buena fe por parte del infractor.

En cuanto a las obras ya concluidas, la valoración de la cuantía total de los gastos de demolición sería un factor a tener en cuenta en orden a la aplicación del principio de proporcionalidad.

3.- La actuación de la Administración en el servicio público de inspección urbanística, en especial la vigilancia diligente de las actuaciones urbanísticas en sus fases iniciales, con el fin de evitar que se consoliden situaciones irreversibles:

Como hemos expuesto en el apartado anterior, la función inspectora de la Administración es esencial en estos supuestos. En estos casos, no sólo se considera infracción muy grave el incumplimiento de la medida cautelar de suspensión de obras (art. 207.4.D) LOUA), sino que la norma autoriza el precinto de las mismas una vez notificada la misma (art. 181.2 LOUA), considerándose circunstancia agravante en el procedimiento sancionador *“la persistencia en las obras, actuaciones o usos tras la advertencia del inspector, de acuerdo con lo establecido en el art. 180.1”* (art. 204.g) LOUA).

4.- Presencia de terceros adquirentes de buena fe:

Sin perjuicio de las acciones de orden civil o penal que dichos terceros puedan adoptar frente al responsable de la actuación para la que se acuerden medidas de protección de la legalidad urbanística, habrá de tenerse en cuenta en el procedimiento a aquellos terceros adquirentes de buena fe no sólo en calidad de interesados conforme a lo dispuesto en el art.31 de la Ley 30/92, sino como factor concurrente a los efectos de aplicación del principio de proporcionalidad.

5.- Otros requisitos extraídos del art. 131 de la Ley 30/92:

El principio de proporcionalidad positivizado en dicha norma recoge cuatro requisitos concurrentes: Que la comisión de la infracción tipificada no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, la inexistencia de intencionalidad o reiteración (relacionado con la buena o mala fe del infractor), la gravedad y naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia por comisión, en el término de un año, de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

CRITERIOS ESPECÍFICOS

1.- En relación a incumplimiento respecto de parcela mínima establecida:

Cada caso necesitaría un estudio del entorno para establecer su posible incidencia. La valoración deberá basarse en la posibilidad del infractor de adquirir suelo de parcelas colindantes hasta completar la superficie mínima establecida. Cuando ello no fuera posible, el cálculo del beneficio obtenido deberá cuantificar los metros cuadrados de menos respecto de la parcela mínima exigida.

2.- En relación a incumplimiento del parámetro urbanístico de la edificabilidad:

La dificultad de evaluar la gravedad de las desviaciones sobre la edificabilidad viene dada porque, tanto si se fijara en metros cuadrados edificados como en porcentajes sobre el máximo permitido, se crearían grandes descompensaciones entre unas situaciones y otras. En estos supuestos parece necesario un análisis caso a caso para poder adoptar una justa decisión, siempre que los intereses generales no se vean gravemente afectados y que la demolición a efectuar sea desproporcionada con respecto a la infracción cometida.

Habría que tener en cuenta, además, la confluencia de otros incumplimientos, lo que determinará la procedencia o no de estimar la proporcionalidad.

El cálculo del beneficio obtenido deberá tomar en consideración el valor de construcción, el de repercusión del suelo afectado, el coeficiente de realización y la superficie afectada que incumple, resultando la siguiente fórmula aritmética:

$$B = (V_c + V_s) \times C_r \times S$$

3.- En relación a la altura máxima:

Cuando la altura del edificio supere la permitida puede producir alguno de los siguientes supuestos:

- Si el incremento de la altura conlleva un aumento del número de plantas permitidas, habrá que estar a lo dispuesto en el apartado cuarto.

- Si el incremento de altura conlleva la aparición de una entreplanta o la posibilidad de ello, se regirá por lo especificado para los incumplimientos de edificabilidad.

4.- En relación al nº de plantas:

Constituye en sí un aumento sobre la superficie edificada disponible, por lo que se regirá por lo regulado para la edificabilidad.

No obstante, el impacto que en la configuración de la ciudad conlleva el incumplimiento citado, hace que su aplicación se establezca con carácter restrictivo, dependiendo de las condiciones estéticas, del entorno, del impacto visual, etc.

5.- En relación a altillos en planta baja o entreplantas:

La aparición de altillos como consecuencia del incumplimiento en la altura reguladora, y en los que la configuración del edificio original no lo permitía, así como los incumplimientos del resto de parámetros reguladores de la ordenanza de aplicación se regirán por lo especificado para los incumplimientos de edificabilidad.

6.- En relación a la profundidad edificable:

Seguirá los mismos criterios que los incumplimientos de edificabilidad, salvo en aquellos casos en los que exista conflicto con la separación a lindero público o privado, que se regularán por uno o por los dos.

7.- En relación a la separación a lindero público:

Excepto en los supuestos de invasión de dominio público, los límites se establecerán en virtud del estudio del entorno, evaluando parámetros no sólo urbanísticos sino de composición, estética, etc.

La valoración se regirá por los mismos criterios que el incumplimiento de edificabilidad.

8.- En relación a la separación a lindero privado:

Siempre que no se vulneren preceptos establecidos por normas de rango superior, deberá estudiarse cada caso en función de las características y gravedad del incumplimiento, valorándose con similar criterio al de lindero público.

9.- En relación a los cuerpos salientes:

Constituyen excesos de edificabilidad sobre la máxima permitida por lo que su valoración se atenderá a los mismos criterios.

10.- En relación a los casetones en cubierta:

Este parámetro viene unido al de edificabilidad y al de nº de plantas por lo que deberá regirse por lo dispuesto en ambos apartados.

11.- En relación a la dimensión mínima de patios:

Estaría regulado por lo especificado para el incumplimiento de edificabilidad siempre y cuando no vulneren preceptos de rango superior.

12.- En relación a la ocupación:

En las zonas en las que el PGOU no determine edificabilidad máxima, regulándose la superficie de techo edificable por el índice de ocupación máxima, serán de aplicación los preceptos relacionados con el incumplimiento de edificabilidad.

En los demás casos, se estudiarían de forma individualizada cada uno, analizando la incidencia de otros posibles incumplimientos, aplicando los criterios que para cada caso vengan fijados.

BIBLIOGRAFÍA

- "Régimen Jurídico de las Actuaciones Urbanísticas sin Título Jurídico Habilitante" Federico A. Castillo Blanco. Ed. Thomson Aranzadi, 2006.
- "Demolición de Edificaciones Ilegales y Protección de la Legalidad Urbanística" Jose Manuel Arredondo Gutiérrez. Ed. Comares, 2009.
- "Legislación de Ordenación Urbanística de Andalucía" Venancio Gutiérrez Colomina. Fundación Asesores Locales, 2007.
- "La demolición en las infracciones urbanísticas: Aproximación a los criterios de la Jurisprudencia en la aplicación del principio de proporcionalidad" Payá Gasent, J.A. Revista de Derecho Urbanístico nº 99.
- "La Disciplina Urbanística (Tratado de Derecho Municipal, Tomo II)" Parejo Alfonso, L. Ed. Civitas, 1988.
- La normativa y jurisprudencia utilizada para la redacción del presente trabajo aparece relacionada en los epígrafes correspondientes.