

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

Maite Torres Torres, profesora de Escuela de Turismo de Eivissa i Formentera.

Medidas de protección de la legalidad urbanística. Aproximación a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

INDICE

I.- PLANTEAMIENTO.

II.- LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

1.- OBRAS Y ACTOS EN EJECUCIÓN, SIN LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN O SIN AJUSTARSE A SUS DETERMINACIONES:

LA SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS O ACTOS EN CURSO DE EJECUCIÓN.

A).- RÉGIMEN JURÍDICO.

B).- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES.

- a. Innecesidad de trámite de audiencia previo a la suspensión de las obras.
- b. Contenido de la suspensión de las obras.

2.- OBRAS Y ACTOS EN EJECUCIÓN, AMPARADOS EN TÍTULO ILEGAL:

LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN.

A).- RÉGIMEN JURÍDICO.

B).- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES.

- a. Necesidad de infracción grave y manifiesta.
- b. Efectos de la sentencia sobre la suspensión acordada en vía administrativa.

- c. Carácter resolutorio del plazo de tres días para dar traslado al Tribunal competente de la suspensión de los efectos de la licencia u orden de ejecución.
- d. Competencia para suspender los efectos de las licencias u órdenes de ejecución.
- e. Suspensión del acuerdo de suspensión de los efectos de las licencias urbanísticas.
- f. Indemnización por anulación de las licencias u órdenes de ejecución.

3.- OBRAS FINALIZADAS, AMPARADAS EN LICENCIA CONSTITUTIVA DE INFRACCION GRAVE Y MANIFIESTA.

A).- LA REVISION DE OFICIO Y SU REGIMEN JURIDICO.

B).- LA ANULACION DE LAS LICENCIAS U ORDENES DE EJECUCION COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PUBLICA.

C).- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION COMO CONSECUENCIA DE LA ANULACION DE LICENCIAS U ORDENES DE EJECUCION.

4.- MEDIDAS DE PROTECCION DE LA LEGALIDAD URBANISTICA COMUNES A TODOS LOS SUPUESTOS DE EJECUCION DE OBRAS ILEGALES.

A).- PLANTEAMIENTO.

B).- EL EXPEDIENTE DE LEGALIZACION.

C).- LA DEMOLICION COMO ULTIMA MEDIDA DE PROTECCION DE LA LEGALIDAD URBANISTICA.

- a. No es una sanción administrativa sino una medida de restauración del orden urbanístico violado.
- b. Concurrencia con las sanciones administrativas.

- c. Caducidad de la acción administrativa en las medidas de restauración de la legalidad urbanística, frente a la prescripción de las sanciones urbanísticas.
- d. " Dies a quo " del cómputo del plazo de caducidad.

- e. Necesidad del requerimiento de legalización antes de acordar la demolición de las obras.
- f. Nulidad de la demolición si no se ha resuelto previamente el expediente de legalización.

- g. Causas que motivan la adopción del acuerdo de legalización.
- h. Principio de proporcionalidad en la adopción del acuerdo de legalización.

III.- JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA.

A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

B) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS BALEARES.

C) BIBLIOGRAFIA.

I.- PLANTEAMIENTO.

Según dispone el vigente art. 33.1 del TRLS de 1.992, el derecho a edificar se adquiere por el otorgamiento de la licencia y, a tenor del art. 23.1 c) del mismo cuerpo legal, éste consiste en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente.

Posteriormente, el derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística (art. 37 TRLS). Por su parte, el art. 23.1 d) del mismo cuerpo legal configura este derecho a la edificación como el último peldaño en la adquisición gradual de derechos, consistente en " la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme a la ordenación urbanística aplicable " .

En consecuencia, la edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento vigente, no queda incorporada al patrimonio del titular del terreno, pues será demolida sin indemnización, previa instrucción del preceptivo expediente conforme a los establecido en la legislación urbanística aplicable (art. 38 del TRLS).

Tampoco queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno la edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable (art. 40.1).

Esta configuración de la propiedad como un derecho integrado por una serie de facultades que se van adquiriendo gradualmente mediante el cumplimiento previo de unos deberes, continúa vigente en nuestro ordenamiento jurídico al no haber sido anulado el art. 23 del TRLS de 1.992 por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1.997.

Como consecuencia de esta regulación del derecho de propiedad, un sector doctrinal encabezado por Luciano Parejo opina que la licencia urbanística tiene un carácter constitutivo, pues sólo con su otorgamiento nace el derecho a edificar. Al respecto PAREJO ALFONSO expone en su obra Manual de Derecho Administrativo (página 619) que " *Se ha producido, en efecto, y como consecuencia de la LRS 1.990, un cambio sustancial en el régimen legal de la licencia urbanística, que incorpora a éste alguna nota propia de los actos concesionales. En efecto, si bien la licencia continúa siendo un acto debido y reglado, siempre que lo pedido se ajuste a la ordenación urbanística aplicable, no se limita a alzar (declarativamente) en el caso concreto la prohibición general de ejercicio sin licencia de un derecho previamente existente en el patrimonio del solicitante. Ahora **este derecho no preexiste**, pues se adquiere justamente con ocasión y en el momento del otorgamiento de la licencia (art. 20 LRS 1.990), lo que significa que ésta **tiene eficacia constitutiva**, produciendo la consolidación en el patrimonio del solicitante, del derecho a edificar " .*

El ordenamiento jurídico reacciona frente a la realización de obras sin licencia o contraviniendo sus determinaciones, o incluso frente a la realización de obras al amparo de una licencia que vulnera el ordenamiento jurídico, dotando a la Administración pública de

una serie de potestades que tienen como objeto primordial impedir cualquier forma de transgresión de la legalidad jurídico-urbanística y, en caso de producirse ésta, reparar sus consecuencias materiales o jurídicas dañosas mediante el restablecimiento de la ordenación infringida.

La Ley de 12 de mayo de 1.956, sobre régimen del suelo y ordenación urbana, estableció ya la posibilidad de que la Administración dispusiera la suspensión de los actos de edificación y uso del suelo que se efectuaran sin licencia u orden de ejecución.

La Ley 19/1.975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley de 1.956, (de nuevo en vigor, como derecho supletorio, tras la anulación por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de los preceptos del TRLS de 1.992 que regulaban la materia) introdujo importantes innovaciones *para hacer desaparecer en lo posible las causas del fenómeno de indisciplina urbanística* (como dice su Preámbulo) a través de una serie de medidas legislativas tendentes todas ellas a mantener y, en su caso, a restaurar la legalidad urbanística.

Tales medidas son :

1º).- En el supuesto de que las obras no estén concluidas, el ordenamiento prevé la adopción de la medida de suspensión, tanto de los actos materiales como jurídicos:

A).- Si tales obras no se encuentran amparadas por licencia municipal u orden de ejecución, o se están efectuando sin ajustarse a sus condiciones se prevé **la suspensión de los actos de edificación o uso** que se efectúen sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones (art. 184).

B).- Si dichas obras se encuentran amparadas por una licencia u orden de ejecución, pero su contenido resulta constitutivo de infracción grave y manifiesta, además de la suspensión de los actos materiales, se procederá a la **suspensión de los efectos de la licencia u orden de ejecución** (art. 186).

2º).- Si no es posible la legalización de las obras efectuadas sin o contra licencia por ser incompatibles con la ordenación urbanística, o si la legalización no se ha solicitado en el plazo de dos meses concedido al efecto, o no se han ajustado las obras a la licencia concedida u orden de ejecución dictada, los arts. 184.3 y 185.2 de dicho cuerpo legal, disponen como medida de restauración del orden material infringido la **demolición** de dichas obras (o reconstrucción, en su caso).

3º).- Por último, se prevé la **revisión**, y consiguiente anulación, de las licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya infracción urbanística grave (art. 187), así como la demolición de las obras realizadas al amparo del acto administrativo anulado.

Por su parte, el art. 25 de nuestra Ley de Disciplina Urbanística dispone que toda actuación que contradiga las normas o el planeamiento urbanístico en vigor dará lugar a:

- 1.- La adopción por parte de la Administración competente de las medidas necesarias para que se proceda a la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación de ésta.
- 2.- La iniciación de los procedimientos de suspensión y anulación de los actos administrativos en los que presuntamente se pudiera amparar la actuación ilegal.
- 3.- La adopción de las medidas complementarias previstas en esta ley.
- 4.- La imposición de sanciones a los responsables.

Las tres primeras medidas coinciden plenamente con las previstas por la ordenación estatal, si bien la enumerada en el apartado 4 no es encuadrable dentro de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. La jurisprudencia ha declarado al respecto de forma reiterada la necesidad de distinguir entre medida de restauración del orden infringido y el correspondiente procedimiento sancionador.

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares nº 440, de 18 de septiembre de 1.992** ha declarado al respecto que : " no es posible confundir lo que es medida de restauración del orden infringido, con lo que es medida punitiva de la conducta infractora del ordenamiento urbanístico, y a cuya distinta calificación conceptual responden, respectivamente, los arts. 184 y 185 por un lado, y por otro, los arts 225 y 231, todos ellos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1.976 (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1.984). Efectivamente, en los casos en que la edificación o uso del suelo relacionados en el art. 178 de la Ley del Suelo, se efectuaran sin el previo control que constituye la licencia o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma, **el ordenamiento jurídico reacciona simultáneamente de dos formas, una inmediata, de restablecimiento del orden jurídico perturbado por este ilícito administrativo mediante la legalización de las obras con la correspondiente licencia si procede, o mediante la demolición si no procede, con arreglo a las normas urbanísticas aplicables; y otra que no aparece con este carácter de inmediatidad, de sancionar ese ilícito administrativo.** A la primera de las citadas adecuaciones responde en procedimiento establecido en los arts. 184 y 185 de la Ley del Suelo y en los arts. 25 y 26 de la Ley 10/1.990 de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística de esta Comunidad Autónoma; y a la segunda, la imposición de sanciones a los responsables, así como la obligación de resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios a cargo de los mismos, con independencia de las medidas previstas en los artículos citados, el art. 225 en relación con el 228.1 de la Ley del Suelo y 27 supuestos de la mencionada Ley de 1.990 "

Cabe hacer referencia, por último al **carácter reglado** de la potestades que el ordenamiento jurídico pone en manos de la Administración para adoptar las correspondientes medidas, *sin que*, como afirma la Sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia nº 285 de 23 de

mayo de 1.994, *en ningún caso pueda la Administración, alegando razones de oportunidad, dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación anterior.*

A continuación, y siguiendo el esquema diseñado en el TRLS de 1.976, analizaremos cada una de las medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido, a tenor de los pronunciamientos vertidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma a cerca de los aspectos que presentan mayores problemas interpretativos.

II. LAS MEDIDAS DE PROTECCION DE LA LEGALIDAD URBANISTICA.

1).- OBRAS Y ACTOS EN EJECUCION, SIN LICENCIA U ORDEN DE EJECUCION O SIN AJUSTARSE A SUS DETERMINACIONES:

LA SUSPENSION DE LAS OBRAS O ACTOS EN CURSO DE EJECUCION.

A) REGIMEN JURIDICO.

Se trata de una medida **cautelar** que tiende a evitar la consolidación de situaciones fácticas, en tanto se decide, en su caso, sobre las posibilidades de legalización de la obra en curso. No prejuzga, por tanto, la conformidad de los actos suspendidos a la ordenación urbanística.

Supone una reacción frente a una actividad material no legitimada por licencia u orden de ejecución, o sin ajustarse a sus determinaciones.

Su interés práctico es evidente, pues si esta medida no se lleva a cabo y se deja concluir la obra, el mal ya estará hecho y la demolición será muy difícil y perjudicial.

Para la adopción de esta medida bastará, en principio, con que la Administración compruebe que no existe licencia u orden de ejecución o que, existiendo, se están contraviniendo sus condiciones.

Sin embargo, esta reacción no es automática en todos los casos, pues nuestra LDU distingue, dos supuestos:

a) Si los actos de edificación o uso del suelo se están realizando sin licencia u orden de ejecución, la medida sí es automática, pues el art. 61.1 establece que " se dispondrá la suspensión inmediata de estos actos por la autoridad urbanística actuante ".

b) Si, por el contrario, se cuenta con licencia u orden de ejecución pero los actos se están desarrollando sin ajustarse a sus condiciones, no cabe decretar la suspensión inmediata, sino seguir el procedimiento establecido en el art. 61.2 de la LDU, que resulta menos gravoso para el administrado al poner en sus manos la posibilidad de retrasar la efectividad de la suspensión (aunque las obras no se ajusten a la licencia concedida, por el simple hecho de sostener su conformidad) e, incluso, llegar a evitarla (si adecua las obras a la licencia en el plazo conferido). Pues bien, en este caso, el Alcalde se dirigirá al promotor, constructor y técnico director (no se entiende que no mencione al propietario cuando luego puede resultar igualmente responsable) y les señalará las anomalías observadas y **les concederá un plazo improrrogable de cinco días para que justifiquen la concordancia de las obras con el contenido de la licencia u orden de ejecución**, entendiéndose que la falta de respuesta en dicho plazo implica la aceptación de las irregularidades señaladas, y el acuerdo de forma inmediata de la paralización de las obras o la prohibición de los usos.

La LDU ha establecido aquí una especie de " trámite de audiencia" previo a la suspensión, que, en mi opinión, puede resultar beneficioso sólo en los casos en que no resulte del todo claro, ni para la Administración, ni para el administrado, si las obras se ajustan o no a la licencia. En estos supuestos, sirve como garantía para el administrado que, de este modo, podrá alegar y demostrar la adecuación de las obras a la licencia antes de que la Administración pueda decidir sobre la suspensión de las mismas, evitando la aplicación de una medida que le podría reportar perjuicios sin justificación.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, en los que sí resulta de modo manifiesto y patente que las obras se han realizado contraviniendo las determinaciones de la licencia, este trámite puede ser utilizado fraudulentamente por el administrado con el único objetivo de impedir la efectividad de la suspensión, burlándose, de este modo, la aplicación de la medida cautelar. Bastará, en este caso, con que el interesado en que la suspensión no se aplique presente un escrito aduciendo la conformidad de las obras con la licencia (aunque sea patente su disconformidad) para que la Administración no pueda decretar automáticamente la suspensión, debiendo convocarle en los siguientes 15 días para que se persone en la obra y examinar conjuntamente con el inspector municipal los detalles de la obra.

Pero incluso, una vez que se ha efectuado esta convocatoria y comprobado de nuevo por la Administración la disconformidad de las mismas con la licencia, tampoco queda claro que ésta pueda acordar la inmediata suspensión de las obras, pues el apartado 3 del art. 61 dispone que, entonces, y a la vista del Acta extendida por el Inspector, el Alcalde " se pronunciará como corresponda, permitirá la continuación de la actividad o dará un plazo para su adecuación a las condiciones de la licencia, vencido el cual sin que ésta se haya producido, tendrá lugar la **paralización** ". Puede interpretarse que aunque del Acta se desprenda que las mismas no se ajustan a la licencia, el Alcalde deberá conceder un nuevo plazo para su adecuación a las condiciones de la licencia. Sólo si transcurre este plazo (que por cierto, se deja al libre arbitrio de la Administración actuante) y no se ha llevado a cabo este ajuste, el Alcalde podrá, por fin, ordenar la suspensión inmediata de las obras.

Como vemos, con esta regulación queda bastante desvirtuado el carácter de la suspensión como medida cautelar urgente y su función de congelar una determinada situación para

evitar tener que llegar a la producción de un mal mayor para todos, como es la demolición. En principio, y por el sólo hecho de que el administrado aduzca dentro del plazo de cinco días concedido la conformidad de las obras a la licencia, la Administración se verá obligada a entender del fondo del asunto, con lo cual pierde la suspensión su carácter de medida provisional y cautelar, que no prejuzga sobre el fondo del asunto, tal y como la ha configurado el Tribunal Supremo.

Incluso ha llegado aplicarse indebidamente por la Administración (y lo que es más grave, por el propio Tribunal) este art. 61.2 de la LDU, pues se ha aplicado en un supuesto en que las obras ya estaban ejecutadas. Así, según refiere la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares nº 350, de 29 de junio de 1.993**, el Alcalde de Santanyí, a la vista de la denuncia de una vecina, y por considerar que **las obras ya ejecutadas** por los denunciados pudieran no ajustarse a la licencia concedida, de conformidad con lo previsto en el art. 61.2 de la Ley 10/90, de 23 de octubre, le concedió el 8 de marzo de 1.991 plazo para justificar la adecuación, deteniéndose la tramitación del expediente por reconocimiento extraprocesal de la denunciada, tras acordar convocarla para examinar la obra. Pues bien, el Tribunal estima el recurso interpuesto por la vecina denunciante contra la desestimación presunta de su solicitud de adopción de las correspondientes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, pero lo curioso y sorprendente del caso es que apartado Tercero del Fallo de la Sentencia declara " **el derecho de la actora para que se continúe sin dilaciones indebidas la tramitación iniciada el 8 de marzo de 1.991** ".

Ante el propio Tribunal Supremo se ha planteado, como veremos a continuación, la cuestión de si es necesario que la Administración conceda un trámite de audiencia con anterioridad a la orden de suspensión de unas obras, declarando de modo reiterado que la omisión de este trámite no provoca indefensión y que resulta necesario que la suspensión de las obras sea automática (una vez comprobado que las obras carecen de licencia o no se ajustan a la misma) para evitar la aplicación posterior de una medida mucho más grave, como es la demolición de unas obras ya finalizadas.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que seguidamente comentaremos sobre la innecesariedad del trámite de audiencia con anterioridad a la suspensión de las obras, cabría replantearse la regulación contenida en los apartados 2 y 3 del art. 61 de nuestra LDU. La única reacción de nuestro ordenamiento jurídico ante la realización de obras ilegales debería consistir, a mi entender, en la medida cautelar de suspensión inmediata de tales obras, con independencia de que éstas se estén efectuando sin título o contraviniendo sus determinaciones, tal y como sucede en el ordenamiento estatal supletorio (art. 184.1 del TRLS de 1.976).

B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS BALEARES.

a) Innecesariedad del trámite de audiencia con anterioridad a la suspensión de las obras.

En su **Sentencia de 21 de abril de 1.992 (Art. 3.836)** el Tribunal Supremo desestima la Apelación deducida, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 28 de abril de 1.990 (dictada cuando todavía no estaba en vigor la LDU). El Tribunal, acogiendo la doctrina del Tribunal de instancia, declara que la orden de suspensión de las obras es una **medida cautelar**, pero, al propio tiempo, señala que **ello no significa que sea un acto trámite**, pues contiene una verdadera resolución y como tal, es **susceptible de impugnación autónoma**.

Asimismo, afirma, esta medida puede adoptarse inmediatamente, **sin** necesidad de observar previamente el **trámite de audiencia**.

Al respecto señala el Tribunal: " Ocurre sin embargo que el acuerdo de suspensión de las obras previsto en el art. 184.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo no es un acto trámite. En efecto, el procedimiento regulado en dicho precepto se desarrolla a través de tres fases, la primera de las cuales, de carácter sumario, tiene ante todo como finalidad acreditar el dato de puro hecho de la realización de obras sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de ésta, de suerte que una vez comprobado este extremo, inmediatamente, sin necesidad del trámite de audiencia - SS. 27-3-1.987 (RJ 1.987, 3.951) 3-10-1.988 (RJ 1.988, 7.417), etc.-, cuya función queda cubierta por otras actuaciones posteriores, la Administración ha de dictar un acto en cuyo contenido son separables dos contenidos diferentes, de los cuales, apartando el requerimiento de legalización, importa aquí la orden de suspensión, que es una **medida cautelar tendente a congelar las obras en el estado en que se encuentren para impedir un avance que, en su caso haría más grave la demolición posterior**. Y este acuerdo integra una verdadera resolución, cautelar, sí, pero resolución y en tal sentido, susceptible de impugnación autónoma ".

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su **Sentencia de 18 de septiembre de 1.990 (Ar. 7.091)**, añadiendo que esta medida cautelar no requiere la exigencia del trámite de audiencia en cuanto se trata de una **decisión provisional** a resultas del expediente que se tramita en cuanto al fondo del asunto. Según el Tribunal, **la audiencia retrasaría la suspensión** con lo que, en su caso, aumentaría o lo indebidamente construido o lo indebidamente demolido y se apoya para ello en su anterior jurisprudencia. Niega que la omisión de este trámite produzca indefensión, " pues como señala dicha sentencia (se refiere a la de 27 de marzo de 1.987, Ar. 3.951), así como la de 30 de septiembre de 1.988 (Ar. 7.286) la medida de suspensión de las obras o el requerimiento para la legalización de las mismas, constituyen una verdadera llamada al interesado para que en el expediente pueda manifestar lo que a su derecho convenga; sin olvidar, por último, que siempre queda abierta la posibilidad de recurrir ".

Finalmente, concluye el Tribunal: " Dada, pues la sumariedad de este tipo de expedientes, lo limitado de su contenido y el interés público protegido, no es exigible el trámite de audiencia previsto para el procedimiento ordinario en el art. 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo ".

Los pronunciamientos de nuestro Tribunal Superior de Justicia no difieren sustancialmente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo anteriormente comentada. Así, la **Sentencia nº 903, de 30 de noviembre de 1.995** (estando ya en vigor la LDU) resuelve el recurso

contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto de Alcaldía de 2 de junio de 1.994 que ordenaba la suspensión de obras sin licencia.

El Tribunal declara, desestimando la alegación de la recurrente, que no es necesario el trámite de audiencia antes del Decreto de suspensión de las obras porque se trata de un procedimiento sumario en el cual, una vez que se ha acreditado la realización de obras sin licencia, sólo cabe acordar la suspensión de tales obras y requerir al responsable para que las legalice.

Añade la Sentencia que comentamos que no es necesario el trámite de audiencia porque **la suspensión no es una sanción** (como tampoco lo es la multa coercitiva que se impone al recurrente), sino una de las medidas que nuestro ordenamiento arbitra para la protección de la legalidad urbanística. Finalmente, frente al argumento del demandante, consistente en que ha obtenido por silencio positivo la suspensión de la medida cautelar al no haber obtenido respuesta de la Administración en el plazo de 30 días que establece la LRJAP y PAC, el Tribunal argumenta que no cabe obtener por silencio positivo facultades contrarias al ordenamiento jurídico.

Finalmente, no he encontrado en el período analizado, comprendido entre los años 1.992 a 1.995, ambos inclusive, ninguna Sentencia(a parte de la comentada) en la que el Tribunal Superior de Justicia de las Baleares se haya pronunciado sobre el procedimiento regulado en los apartados 2 y 3 del art. 61 de la LDU para los supuestos de obras en ejecución no ajustadas a licencia u orden de ejecución.

b) Contenido de la suspensión de las obras.

En cuanto al **contenido** de la orden de suspensión, la **Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 1.990 (Ar. 7.091)**, dispone que la orden de suspensión faculta a la Administración para, en caso de incumplimiento por parte del interesado, **adoptar las medidas necesarias para garantizar la total interrupción de la actividad** (pues en otro caso la finalidad de congelar la situación existente sería ilusoria).

En este sentido , nuestra Ley de Disciplina Urbanística prevé una serie de medidas complementarias a la suspensión de las obras, tendentes precisamente a hacer eficaz esta suspensión, tales como : precintar las instalaciones y elementos auxiliares de la construcción o retirar la totalidad o parte del resto de maquinaria y materiales (art. 61.5), dar cuenta del acuerdo de suspensión a las empresas suministradoras de energía eléctrica para que procedan a cortar el suministro a los contadores de obra respectivos en el plazo máximo de 48 horas (art. 65.7) y, en general, cualquier otra medida que sea conveniente en orden a la efectividad de la suspensión (art. 65.1).

2).- OBRAS Y ACTOS EN EJECUCION, AMPARADOS EN TITULO ILEGAL:

LA SUSPENSION DE LOS EFECTOS DE LA LICENCIA U ORDEN DE EJECUCION ILEGALES.

A).- REGIMEN JURIDICO.

Distinta a la suspensión de las obras es la suspensión de los actos en que se amparen tales obras, aunque este segundo tipo de suspensión también conlleve la paralización de los trabajos.

Se trata de una suspensión de actos jurídicos y provoca que éstos pierdan la eficacia o ejecutividad de que gozan en virtud de la presunción de legitimidad del acto administrativo.

La suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución es más que una simple medida cautelar, pues mediante el traslado de la suspensión al Tribunal competente, dentro de los tres días siguientes a la resolución de suspensión, se va a iniciar un procedimiento especial y sumario (regulado en el art. 118 de la LJCA) en el cual dicho Tribunal puede resolver, bien el alzamiento de la suspensión (no creando este pronunciamiento el efecto de cosa juzgada), bien la anulación de la licencia u orden de ejecución, en cuyo caso sí se produce el efecto de cosa juzgada.

Al respecto, la STS de 15 de julio de 1.988, señala que " El acuerdo de suspensión de los efectos de una licencia es, ante todo, un acto administrativo inmediatamente ejecutivo, pero además y mediante su traslado a la Sala de lo Contencioso-administrativo va a dar vida a un proceso, lo que en definitiva significa que, en último término constituye una pretensión de anulación de la licencia formulada por un órgano administrativo y dirigida a un órgano jurisdiccional ".

Pues bien, si este procedimiento puede dar lugar a la anulación del acto administrativo suspendido con el efecto de cosa juzgada, no se entiende por qué el art. 64.1 de nuestra LDU dispone que, *simultáneamente* a la suspensión (con el subsiguiente traslado de la misma a la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente a los efectos del art. 118 de la LJCA) deberá iniciarse el procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo. Desde el momento en que los Tribunales están conociendo del asunto no se entiende que pueda hacerlo también la Administración mediante el procedimiento de revisión de oficio. Pero es que, de seguirse simultáneamente ambos procedimientos, podría incluso llegarse al absurdo de contar con dos resoluciones opuestas sobre el mismo asunto, una, por ejemplo, fallando la anulación del acto suspendido y la otra declarando su conformidad con el ordenamiento jurídico : ¿ cuál de las dos debería cumplirse ?.

En mi opinión, lo correcto sería entender que si las obras no están finalizadas y se encuentran legitimadas por una licencia constitutiva de infracción manifiesta, nuestro ordenamiento jurídico ya tiene previsto este procedimiento especial de suspensión del acto administrativo del art. 118 de la LJCA, que además ofrece mejores garantías para los

intereses públicos y privados, pues lleva inherente la suspensión de las obras y, de otra parte, finaliza con un pronunciamiento judicial.

En definitiva, si las obras en curso se encuentran legitimadas por licencias u órdenes de ejecución ilegales es preferente el procedimiento del art. 118 de la LJCA y, sólo si el Tribunal decretase el levantamiento de la suspensión, cabría en principio iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo, pues sólo en este caso, según la jurisprudencia mayoritaria, el pronunciamiento judicial no produce el efecto de cosa juzgada (aunque existe alguna sentencia que afirma que se sí se produce el efecto de cosa juzgada, como la STS de 1 de octubre de 1.985, que más adelante comentaremos). En consecuencia, de iniciarse este procedimiento de revisión tras el de suspensión podría llegarse incluso a un segundo pronunciamiento de los Tribunales, esta vez con el efecto de cosa juzgada.

En mi opinión, el apartado 1º del art. 64 de la LDU invade una competencia que es exclusiva del Estado, pues no está regulando en realidad sobre la materia de urbanismo (de competencia exclusiva de la CAIB) sino sobre una materia **procesal** que, según dispone el apartado 6 del art. 149 de la Constitución, es exclusiva del Estado. Esta regulación procesal no se justifica tampoco por ninguna particularidad de nuestro derecho sustantivo, único supuesto en que el texto constitucional admite que las Comunidades Autónomas puedan legislar en materia procesal.

De lege ferenda cabría, pues, modificar este precepto que sólo conduce a confusión, regulando las diferentes medidas de protección en función del supuesto de hecho que motiva su aplicación. Es decir, deberían distinguirse los distintos supuestos de hecho (obras en curso, ya terminadas, con o sin licencia o contraviniendo sus determinaciones, etc.) y en función de estos supuestos ir regulando cada una de las medidas a adoptar (suspensión de obras, de la licencia, procedimiento revisión de oficio de la licencia, requerimiento legalización, demolición, etc.).

a) Necesidad de infracción grave y manifiesta.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la cuestión de cuándo la infracción debe reputarse grave

y manifiesta. Se exige que la infracción no sea deducida de interpretaciones, sino evidente e indiscutible normalmente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo (la licencia u orden de ejecución) con la norma legal, o, por supuesto, con el Plan de ordenación aprobado en virtud de la misma, o, lo que es lo mismo, que, por ser patente o notoria, para apreciarla no haya que acudir a interpretaciones analógicas o intrincados o prolijos razonamientos jurídicos, sino que, por el contrario, baste el simple enfrentamiento del texto del acuerdo con el tenor literal de las normas incumplidas, sin necesidad de consumir esfuerzos interpretativos o exegeticos.

En la **Sentencia de 23 de septiembre de 1.992 (Ar. 6.979)** el Tribunal Supremo desestima el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de vecinos del Mas Pas-Alcudia, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que levantó la orden de suspensión dictada por el Alcalde del Ayuntamiento de Alcudia de los efectos de la licencia otorgada por la Comisión Provincial de Urbanismo para la construcción de un edificio plurifamiliar aislado. El Tribunal de instancia ordenó el levantamiento de la suspensión " por no existir en el otorgamiento de la licencia infracción urbanística manifiesta y grave ". Tras desestimar la causa de inadmisión del recurso planteada por el titular de la licencia consistente en la falta de legitimación activa de la Asociación, el Tribunal pasa a estudiar el fondo del asunto. El acto de suspensión de la licencia dictado por el Alcalde se apoya en que las obras " doblan prácticamente el volumen permitido " y en que " la parcela en cuestión carece de los servicios de alcantarillado ".

Pues bien, el Tribunal no niega que puedan existir estas infracciones, lo que sucede es que no ha quedado acreditado en las actuaciones que se hayan producido porque " **no se ha traído a las actuaciones el texto de la norma que se considera infringida** ". Añade: " Resulta, pues, que el Ayuntamiento alude a un volumen que en la práctica se venía concediendo, pero como este criterio municipal no aparece, como ya se ha indicado, apoyado en una norma urbanística cuyo texto se haya traído a los autos, no puede afirmarse que en el supuesto enjuiciado se dé ese claro enfrentamiento entre el acuerdo discutido y la normativa aplicable al que antes se ha aludido ".

Respecto del alcantarillado, el Ayuntamiento no ha concretado la normativa infringida, pues no basta con alegar que éste tenía adoptado el criterio de que en cada parcela podían construirse dos parcelas como máximo para preservar el acuífero de los vertidos realizados a fosa séptica. Por ello, concluye, que no cabe apreciar oposición entre dicho acuerdo y la normativa urbanística.

Esta sentencia pone de manifiesto que el Tribunal Supremo interpreta de forma muy restrictiva los supuestos de la licencia pues, sobre todo en el primer caso, bien podría haber indagado (teniendo en cuenta que los Planes son normas jurídicas y como tales pueden y deben ser conocidos y aplicados por los Tribunales, sin que éstos puedan invocar su desconocimiento para abstenerse de conocer) cuál era la normativa aplicable al caso y, en consecuencia, confirmar o revocar la sentencia de instancia. Lejos de ello, ha optado por dar a las normas del Plan Urbanístico el mismo tratamiento procesal que una prueba documental más, resolviendo que al no haberse traído a los autos físicamente su texto, no ha quedado acreditada su infracción.

En la **Sentencia nº 921/95 de 14 de diciembre**, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares desestima el recurso contencioso administrativo seguido al amparo del art. 118 de la Ley Jurisdiccional, e instado por el Ayuntamiento de Sóller, tras haber ordenado la suspensión de los efectos de la licencia concedida para la reforma y ampliación de vivienda, paralizándose las obras iniciadas a su amparo. En este caso, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento había concedido una licencia para reforma y adaptación sobre la base de la existencia de una casa de 170 m², constando esta superficie (luego se supo

que por error) en el propio catastro desde el año 1.962. Como quiera que las NNSS de este Ayuntamiento permitían la posibilidad de reformar y ampliar hasta un 25% más todas las edificaciones, el proyecto presentado y aprobado por la Administración lo era sobre 198 m² (cifra inferior al tope de los 212 m² que cabía construir, atendiendo a los 170 m² preexistentes). Tras la concesión de la licencia se comprobó en el terreno, y así lo hizo constar en su informe el arquitecto municipal, que en realidad no existían estas construcciones antiguas de 170 m², sino únicamente una de aproximadamente 33'3 m², por lo que se había producido una infracción grave por exceso de volumen.

Pues bien, para desestimar la pretensión de la Administración de anulación de la licencia, el Tribunal invoca la siguiente doctrina, que resumimos a continuación. El Tribunal declara que es requisito para la prosperabilidad del contencioso que el contenido de la licencia constituya una manifiesta infracción grave. Añade que son infracciones graves, a tenor del art. 262.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (nótese que no invoca el art. 28.2 de la vigente Ley de Disciplina Urbanística, a pesar de ser el precepto aplicable a este supuesto, a tenor de la competencia exclusiva de la CAIB en materia de urbanismo) " las acciones u omisiones que constituyan incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas, salvo que se demuestre la escasa entidad del daño producido a los intereses generales, o del riesgo creado ". Argumenta más adelante que la expresión " manifiesta " es una pauta de prudencia que el legislador ofrece a la Administración, con el fin de evitar reacciones desproporcionadas y se apoya al respecto en numerosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que invoca expresamente. También recuerda que es la Administración la que debe soportar la carga de la prueba de la existencia de infracción urbanística manifiesta y grave, carga que se intensifica en este supuesto excepcional de potestad de suspensión de la licencia. Finalmente hace referencia al principio del " favor acto acti " y al carácter restrictivo con que deben acogerse los supuestos de suspensión de los efectos de la licencia .

El Tribunal, apoyándose en la anterior doctrina, concluye que no ha acreditado la Administración la existencia de dicha infracción, pues existen dos informes anteriores, uno emitido por el catastro (sobre la existencia desde 1.962 de una construcción de 170 m²) y otro por el técnico municipal (en que se afirma que el proyecto se adapta a lo dispuesto en el art. 11.b) de las N.N.S.S. de Sóller), de los cuales se desprende que la superficie es de 170m² y no de los 33'3 m² que ahora pretende la Administración, basándose en el informe del arquitecto municipal emitido con posterioridad a la concesión de la licencia.

Por su parte, la **Sentencia nº 427/94, de 28 de julio**, del mismo Tribunal, invoca la anterior doctrina para terminar anulando la orden de suspensión dictada por el Alcalde del Ayuntamiento de Calvià de la licencia, que había sido concedida por subrogación por la C.I.U. de Mallorca, para la construcción de unos locales comerciales en Santa Ponsa. En este caso existía disparidad de criterios en orden a la legalidad de la licencia concedida, pues mientras el Ayuntamiento sostenía su ilegalidad, el Consell Insular de Mallorca defendía la legalidad de la misma. El Tribunal, en un decisión un tanto " salomónica ", declara que como es difícil saber cuál de los dos es el criterio que debe prevalecer, aplicando el " favor acti " y el carácter restrictivo de los supuestos de suspensión de

licencias, procede levantar la suspensión. No entra, por tanto, siquiera a examinar el fondo del asunto.

La conclusión que podemos extraer de todo lo anterior es el carácter restrictivo con que la jurisprudencia, mayor y menor, interpreta los supuestos en que cabe suspender, y posteriormente anular por el Tribunal, los efectos de las licencias u órdenes de ejecución.

b) Efectos de la sentencia sobre la suspensión acordada en vía administrativa.

A tenor del art. 118.5 de la Ley Jurisdiccional, si la sentencia se pronuncia sobre el fondo del asunto contendrá dos tipos de pronunciamientos: el levantamiento de la suspensión (si no se ha acreditado la concurrencia de infracción urbanística grave y manifiesta) o en caso contrario, la anulación de la licencia u orden de ejecución suspendida. En el primer caso, la jurisprudencia ha dicho mayoritariamente que no se produce el efecto de cosa juzgada, mientras que en el segundo supuesto sí. En este sentido, cabe citar la **STS de 27 de junio de 1.990 (Ar. 5.343)** y las siguientes del TSJCAIB: **S. nº 921/95, de 14 de diciembre y S. nº 427/94, de 28 de julio.**

Sin embargo en alguna ocasión, como en la Sentencia de 1 de octubre de 1.985, el Tribunal Supremo ha mantenido que cuando la sentencia declara el levantamiento de la suspensión y al mismo tiempo de forma incondicionada que " hoy en día la obra de autos es perfectamente legal y se podría autorizar en los mismos términos " y en su fallo se afirma que puede proseguir la construcción del inmueble conforme a la licencia municipal concedida, el principio de seguridad jurídica exige que esta sentencia también produzca el efecto de cosa juzgada, impidiendo que pueda pretenderse la anulación de esta licencia en un posterior proceso.

c) Carácter resolutorio del plazo de tres días para dar traslado al Tribunal competente de la suspensión de los efectos de la licencia u orden de ejecución.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1.990 (Ar. 5.343)** declara al respecto que " Ahora bien, en esta línea (se refiere a la interpretación restrictiva que jurisprudencialmente se hace de la suspensión), no puede perderse de vista que la suspensión genera en la Administración (Alcalde de Sanxenxo, en este caso) el deber de trasladar a la Sala el Acuerdo en que aquélla se impone en el plazo de los tres días hábiles siguientes a su adopción, de tal suerte que, entre tanto, opera en el mismo una **eficacia sujeta a condición resolutoria** que, dados los términos del art. 186.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 34.4 del RDU, puede calificarse " ex lege ", lo que implica que **el transcurso del plazo sin haber realizado el traslado comporta automáticamente el levantamiento de la suspensión "**

En este aspecto el Tribunal Supremo se muestra unánime en todos los pronunciamientos analizados (**SSTS de 23 de enero de 1.984, R. 485; de 16 de diciembre de 1.988, R. 9.975 y de 18 de noviembre de 1.988, R. 9.132**). Así, por ejemplo, en la **Sentencia de 28 de abril de 1.990 (Ar. 4.301)**, el Tribunal Supremo declara que este plazo es fatal, improrrogable y de caducidad y que su inobservancia priva de efectos a la suspensión de que se trate, excluyendo el pronunciamiento sobre la existencia de la infracción. En este

caso el Tribunal de instancia había declarado nula la licencia concedida y el Tribunal Supremo, con base al argumento de la preclusión del plazo de tres días, revoca la sentencia impugnada, estimando el recurso de apelación interpuesto por el titular de la licencia.

d) Competencia para suspender los efectos de las licencias u órdenes de ejecución.

Tanto el art. 64 de nuestra LDU como el art. 186.1 del TRLS de 1.976 (pues el art. 253.1 del TRLS del 1.992 ha sido anulado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo) establecen que es el Alcalde el competente para suspender dictar los efectos de la licencia u orden de ejecución.

El Tribunal Supremo en su **Sentencia de 12 de junio de 1.991 (Ar. 4.879)** declara, partiendo de la jurisprudencia constitucional anterior sobre la autonomía local (SSTC de 11 de noviembre y de 22 de diciembre de 1.988) que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para suspender los acuerdos de las Corporaciones Locales en materia de urbanismo por haberse suprimido su anterior potestad tras la promulgación de la Ley 7/1.985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, conforme a sus arts. 65 y 66, reservándose ésta a los Tribunales cuando las mismas los impugnen. Por tanto, si una CCAA pretende suspender una licencia municipal, primero deberá impugnarla ante el Tribunal competente y sólo si solicita y el Tribunal lo estima necesario, ponderados los intereses y perjuicios concurrentes, serán suspendidos los efectos de la licencia impugnada.

e) Suspensión del acuerdo de suspensión de los efectos de las licencias.

Esta cuestión ha sido resuelta ya por el Tribunal Supremo, en los **Autos de 15 de julio (Ar. 6.078) y de 2 de diciembre de 1.988 (Ar. 10.215)**.

En el primero de los Autos mencionados, el Tribunal declara que una interpretación literal de los arts. 118 y 122.2 de la LJCA no parece permitir la suspensión jurisdiccional del acuerdo de suspensión de los efectos de una licencia, pues:

a) el art. 122 de la Ley Jurisdiccional está pensado para la suspensión del acto " objeto " del recurso contencioso-administrativo y el acuerdo administrativo que ahora se examina no es el acto impugnado sino, como se ha dicho, **la propia pretensión de impugnación**;

b) el proceso del art. 118 de la indicada Ley termina mediante sentencia por la que se " levanta " la suspensión o se anula el acto a que la misma se refiere, de donde deriva que en principio la decisión jurisdiccional sobre la suspensión acordada por la Administración ha de integrar precisamente, y en su caso, el contenido de la sentencia.

Sin embargo, de una interpretación sistemática acorde con el texto constitucional, el Tribunal deriva la posibilidad de dicha suspensión. Se apoya para ello en la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de nuestra Constitución, así como en su art. 106.1, del que se desprende que el control jurisdiccional debe recaer sobre toda la actuación de la Administración. Razona que si una suspensión decidida por un órgano jurisdiccional puede

ser alzada con anterioridad a la sentencia, con mayor razón podrá correr la misma suerte una suspensión acordada por un órgano administrativo.

Pero tras admitir esta posibilidad, la reduce al supuesto en que se acredite la concurrencia de **perjuicios excepcionales** superiores al interés público en mantener la suspensión que justifiquen dicha suspensión. Dice textualmente " La medida tiene (se refiere a la suspensión de los efectos de una licencia) por objeto congelar la suspensión existente para no hacer más difícil y más gravosa la posible demolición final. En el terreno de los hechos uno de los graves problemas del urbanismo radica en la ejecución de las sentencias que implican demolición de edificios, especialmente si están ya ocupados por terceros ajenos al promotor. Justamente en esta línea y conociendo perfectamente los perjuicios que determina toda paralización de obras, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de la suspensión, en lo que ahora importa, de los efectos de las licencias. Quiérese decir que el interés público demanda la ejecutividad del acuerdo de suspensión de los efectos de las licencias con una intensidad tal que **sólo perjuicios de una excepcional entidad podrán provocar la suspensión jurisdiccional de dicho acuerdo** ". El Tribunal concluye que en el caso los perjuicios que se invocan carecen de la nota de excepcionalidad necesaria, por lo que no procede la suspensión de la suspensión de los efectos de la licencia.

Sin embargo, en el segundo de los Autos referido, el de 21 de diciembre del mismo año, el Tribunal acuerda la suspensión teniendo en cuenta, precisamente, los excepcionales perjuicios que podrían derivarse de la paralización por largo tiempo de las obras de construcción de ciento cuarenta viviendas.

En el Fundamento de Derecho Sexto del Auto que comentamos de 15 de julio, el Tribunal declara que en los casos en que la nulidad de pleno derecho del acuerdo de suspensión apareciese como algo ostensible y evidente, también podría resultar justificada una suspensión basada en dicha nulidad.

En mi opinión, la posibilidad de suspensión del acuerdo de suspensión debe ser interpretada muy restrictivamente porque, de lo contrario, se desnaturalizaría la institución que analizamos, perdiendo con ello todo su sentido y razón de ser. El criterio de excepcionalidad introducido por el Tribunal Supremo no debe convertirse en la válvula de escape que permita la consolidación de una situación que, posteriormente, puede originar todavía mayores perjuicios económicos y sociales (piénsese qué sucedería si el Tribunal declara finalmente nulas las ciento cuarenta licencias y, en consecuencia, ordena su demolición, cuando ya se encuentran habitadas por las correspondientes ciento cuarenta familias).

f) Indemnización por anulación de licencia u orden de ejecución.

No cabe obtener la correspondiente indemnización por anulación de la licencia en la misma sentencia que pone término al procedimiento de suspensión del art. 118 de la Ley Jurisdiccional, según ha declarado el Tribunal Supremo en su **Sentencia de 2 de enero de 1.990 (Ar. 147)** por cuanto se trata de un procedimiento especial y sumario que sólo puede contener dos pronunciamientos: levantamiento de la suspensión o anulación de la

licencia. Sin embargo, lógicamente, esta indemnización podrá solicitarse y obtenerse en un proceso ulterior.

Por su parte, la **Sentencia nº 427 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 28 de julio de 1.994**, además de ordenar el levantamiento de la orden de suspensión declara, a continuación en su fallo, " no reconociendo el derecho de la recurrente a interesar de la Administración municipal los posibles daños y perjuicios que se hubieran derivado de la actuación impugnada ". Este pronunciamiento sobre la improcedencia de la indemnización lo hace el Tribunal tras afirmar en el Fundamento de Derecho Sexto que no se han probado los daños efectivamente producidos por el tiempo transcurrido desde la paralización, con todas sus secuelas.

En consecuencia, no se ha seguido en esta Sentencia del TSJ la anterior doctrina del Tribunal Supremo al haberse pronunciado sobre una cuestión que debería haberse dejado para un posterior proceso.

3).- OBRAS FINALIZADAS, CON LICENCIA U ORDEN DE EJECUCION CONSTITUTIVAS DE INFRACCION URBANISTICA GRAVE Y MANIFIESTA.

A).- LA REVISION DE OFICIO Y SU REGIMEN JURIDICO.

La vulneración de la legalidad urbanística puede proceder no sólo de la realización de actuaciones carentes de título habilitante o en contra de sus determinaciones, sino que puede también tener su raíz en el propio título legitimador, en cuanto acto de la Administración Pública.

La existencia de estos actos administrativos viciados de ilegalidad habilita una serie de procedimientos que persiguen su remoción, de modo que cualquier actuación realizada a su amparo quede sin cobertura legal. Con esta medida de restablecimiento de la legalidad urbanística lo que se pretende es, pues, la destrucción del título jurídico habilitante, como paso previo e indispensable para la posterior restauración de la realidad física alterada mediante la demolición (o en su caso, reconstrucción) de lo indebidamente realizado.

El procedimiento de revisión de oficio de las licencias u órdenes de ejecución será de aplicación siempre que las obras ya estén finalizadas, pues si todavía estuvieran desarrollándose sería de aplicación preferente el ya analizado procedimiento de suspensión de los efectos de las licencias.

El art. 187.1 del TRLS de 1.976 establece que las licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves definidas en esta ley, deberán ser revisadas dentro de los cuatro años desde la fecha de su expedición por la Corporación municipal que las otorgó, a través de alguno de los procedimientos del art. 110 de la LPA (hoy, arts. 103 y 104 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Como la LDU de la Baleares nada dice respecto de la revisión de las licencias u órdenes de ejecución ilegales aplicaremos, como derecho supletorio, el procedimiento de revisión de oficio previsto en dicho art. 187.1 del TRLS de 1.976 (ya que el art. 254.1 del TRLS de 1.992 ha quedado anulado por la referida Sentencia del TC), que a su vez se remite, como hemos visto, a los mencionados preceptos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

En consecuencia, la revisión de oficio de las licencias u órdenes de ejecución se ajustará al régimen común establecido para los restantes actos administrativos en dichos arts. 103 y 104, aunque estos dos procedimientos (lesividad y anulación) **sólo podrán ser utilizados si la licencia u orden de ejecución es constitutiva de infracción urbanística y grave.**

En cuanto a qué debe entenderse por infracción urbanística " manifiesta " y " grave ", me remito a lo anteriormente expuesto.

Sobre la necesidad de que la licencia sea constitutiva de infracción manifiesta y grave para poder anularla por medio de uno de los dos procedimientos de los arts. 103 y 104 de la LRJPAC, el Tribunal Supremo ha declarado lo siguiente: " la remisión que hace el art. 187.1 TRLS 76 a dos procedimientos revisorios, el de lesividad y el de anulación de oficio, establecidos en el art. 110 LPA (hoy arts. 103 y 104 de la LRJPAC) bajo la pauta de una infracción urbanística grave y manifiesta, no puede conectarse con los presupuestos de dichos procedimientos revisorios: infracción simple del ordenamiento jurídico en el de lesividad, e infracción manifiesta en el de anulación de oficio, toda vez que la remisión que se hace al art. 110 es meramente instrumental (" a través de alguno de los procedimientos "), a los efectos de incorporar al régimen del art. 187.1 los cauces anulatorios del mismo, de suerte que el motivo de fondo de la revisión viene determinado exclusivamente por la infracción grave y manifiesta del Ordenamiento Urbanístico, sin coincidir ni con la simple infracción legal, propia de la lesividad, ni con la infracción manifiesta de la Ley, específica de la anulación de oficio, configurándose así un régimen peculiar de la revisión de oficio que se distingue por un único motivo de fondo susceptible de abrir las dos vías anulatorias " (**STS 26/12/91, R.364**).

Mientras se sustancia el procedimiento de revisión del acto administrativo, el mencionado art. 104 dispone que el órgano competente podrá suspender la ejecución del acto cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Poco operativo resultará este precepto en el caso de las licencias u órdenes de ejecución en materia de urbanismo, pues si es aplicable este procedimiento de revisión es precisamente porque las obras ya están finalizadas y, por lo tanto, ejecutado el acto administrativo viciado.

B) LA ANULACION DE LICENCIAS COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PUBLICA.

Si bien la revisión de oficio de las licencias constitutivas de infracción urbanística grave y manifiesta puede iniciarse a instancias de una denuncia de un particular, es la Administración la que en última instancia decidirá si en cada caso concreto concurren los elementos necesarios para que una licencia deba ser anulada.

Pero si este particular no queda satisfecho con la actuación de la Administración, al no haber iniciado ésta la revisión de oficio de la licencia o, a pesar de su inicio, no haber anulado la licencia, le queda todavía la posibilidad de impugnar esta licencia ante los Tribunales en ejercicio de la denominada acción pública.

La acción pública estaba inicialmente regulada en el art. 235 de la Ley del Suelo de 1.976 (que ahora vuelve a estar en vigor como derecho supletorio, con las modificaciones operadas por el RD 16/1.981) que decía textualmente: " Será pública la acción para exigir ante los Organos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideran ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta un año después de su terminación ".

Posteriormente, el RDL 16/1.981 amplió a cuatro años desde la fecha de su total terminación el plazo para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, aplicables a las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución, así como el de la prescripción de las infracciones urbanísticas correspondientes.

Finalmente, el art. 304 del TRLS de 1.992 se ajustó en su letra al texto del art. 235 del TRLS de 1.976, excepto en el plazo de su ejercicio, que pasaba a ser el siguiente " hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística ". Con ello se equiparaba el plazo que tiene la Administración para reaccionar ante la realización de obras ilegales, con el plazo que los particulares tienen para exigir, primero ante la Administración, y luego ante los Tribunales, la adopción por ésta de tales medidas de protección. Este plazo, era, en el TRLS de 1.992, de cuatro años (arts. 249.1 y 2, art. 254.1) o, en el caso de zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres, no tenían plazo alguno (art. 255.1 y 2).

Hoy, en nuestra CAIB, el plazo para exigir la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística en los supuestos de obras sin título o sin ajustarse a sus condiciones, es de ocho años, a tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 73 de la LDU: " Las infracciones urbanísticas consistentes en actos de edificación sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ésta prescribirán a los años desde su finalización total ".

A tenor de lo dispuesto en el art. 74 de nuestra LDU no prescribirán las infracciones urbanísticas realizadas sobre terrenos calificados como zonas verdes, espacios libres públicos, sistemas generales, viales, equipamientos públicos, espacios naturales especialmente protegidos, monumentos histórico-artísticos y edificios y conjuntos catalogados. En consecuencia, se amplían notablemente los supuestos de imprescriptibilidad de las sanciones administrativas y medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, respecto de la regulación estatal.

Nos queda la duda de si este plazo de ocho años, así como la imprescriptibilidad los supuestos anteriores, es igualmente aplicable cuando las obras ilegales se han realizado al amparo de una licencia constitutiva de una infracción urbanística, pues ni el art. 73, ni el art. 74 de la LDU se refieren a este supuesto.

La respuesta a un problema idéntico ya la ofreció nuestro Tribunal Superior de Justicia, en su **Sentencia n° 55/93, de 15 de febrero** (Ponente: D. Gabriel Fiol Gomila). En este caso, el Ayuntamiento de Lluçmajor había concedido el 3 de junio de 1.987 dos licencias, para la construcción e instalación de un complejo deportivo el 3 de junio de 1.987. El día 26 de marzo de 1.990 un particular formuló denuncia ante el referido Ayuntamiento, solicitando la anulación de dichas licencias de obras e instalación por ser constitutiva la primera de infracción urbanística grave, en tanto se incumplían las normas sobre edificabilidad, retranqueo y ocupación. Tras denunciar la mora por silencio administrativo, el particular interpuso recurso contencioso-administrativo contra las licencias mencionadas, pretendiendo su anulación.

Pues bien , tanto la Administración demandada como la entidad codemandada (la promotora de las obras) alegaron como causa de inadmisión la preclusión del plazo previsto en el art. 235.2 del TRLS de 1.976, pues la denuncia se efectuó un año después de la terminación de las obras. Por el contrario, la actora sostuvo que el precepto aplicable al caso era el art. 9 del RDL de 1.981, a pesar de que únicamente se refiriera al supuesto de obras sin licencia u orden de ejecución, es decir, sin incluir, en principio, el de realización de obras al amparo de licencia constitutiva de infracción urbanística.

El Tribunal se decanta por la tesis de la actora acudiendo a una interpretación sistemática del art. 235.2 (en relación con el 185.1 y 230, del TRLS de 1.976) con el art. 9 del citado RDL de 1.981, para concluir que " hay que estimar modificado por el art. 9 del RDL 16/1.981, aquel plazo (se refiere al plazo para solicitar la anulación de las licencias), al igual que éstos " (plazo para iniciar las medidas de protección de la legalidad urbanística conculcada y el correspondiente expediente sancionador, en el caso de actuaciones sin título).

Añade que esta ampliación es " congruente con lo realmente perseguido por el legislador, cual es impedir la existencia o, mejor dicho, pervivencia de infracciones urbanísticas, en contra de los Planes o las Normas. Prueba de esta sensibilidad es que incluso las normas autonómicas de protección de la legalidad urbanística, han ampliado, incluso doblado, el meritado plazo de cuatro años. Así se observa en el art. 73 de la Ley 10/1.990 de 23 de octubre de Disciplina Urbanística de las Islas Baleares, que prescribe un plazo de **ocho años**. Admitir la tesis patrocinada por la demandada y codemandada sería hacernos entrar en un exacerbado formalismo incompatible con el ejercicio efectivo del derecho de los ciudadanos a poder denunciar una infracción urbanística; con el contrasentido añadido de que ésta prescribiera a los cuatro u ocho años y aquéllos sólo pudiera ejercitar la acción en un plazo muy inferior, un año. De tal suerte que la laxitud, negligencia o pasividad de la Administración, que debe ser garante siempre, permitiría la pervivencia de la infracción ante la impotencia de los ciudadanos, para a su vista, poder denunciar las ilegalidades urbanísticas, pese a la no prescripción de las mismas. "

De la anterior doctrina debemos deducir, pues, que a pesar de que el art. 73 de nuestra LDU no recoja expresamente el supuesto de las obras amparadas en licencia ilegal por ser constitutiva de infracción urbanística, a este supuesto debe extenderse también el plazo de prescripción de ocho años contemplado en el mismo. Lo mismo cabe decir respecto de los supuestos de imprescriptibilidad del art. 74.

Acudiremos para ello, como hace el TSJ en la Sentencia analizada, a una interpretación sistemática de estos arts. 73 y 74 (párrafo primero) con los siguientes preceptos de la propia LDU:

- a).- art. 27.1 b), que califica como infracción urbanística la vulneración del ordenamiento urbanístico en el otorgamiento de la licencia u orden de ejecución;
- b).- art. 25.2, que contempla, entre otras, como medida de restablecimiento de la legalidad conculcada cuando una actuación contradiga las normas " la iniciación de los procedimientos de suspensión y **anulación** de los actos administrativos en los que presuntamente se pudiera amparar la actuación ilegal);
- c).- art. 56, que dispone que será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y judiciales la observancia de las disposiciones de esta ley " en orden a la adopción de las medidas de **defensa de la legalidad urbanística**, restauración de la realidad física alterada y sanción de las infracciones urbanísticas ";
- d).- el art. 65.2, que establece el plazo máximo de ocho años desde la total terminación de las obras para que la administración pueda efectuar el requerimiento de legalización de las obras ilegales, remitiéndose para ello al art. 73;
- e).- y por último, el párrafo segundo del art. 74 que al especificar que las **actividades** (y no los actos de edificación) que se realicen en base a licencias u órdenes de ejecución que se hayan otorgado con infracción de la zonificación o uso urbanístico relacionados en el apartado anterior, tampoco estarán sometidos a plazo de prescripción; parece dar a entender que en el primer párrafo ya se incluyen los actos de edificación realizados al amparo de licencia u orden de ejecución constitutivas de infracción urbanística.

Resulta paradójico y sorprendente que a pesar del pronunciamiento contenido en la sentencia comentada, tan sólo cuatro meses después, el mismo Tribunal Superior de Justicia declaró, en un caso en que el recurrente había denunciado, en octubre de 1.989 (no estando en vigor ni la LDU ni el TRLS de 1.992) la realización de obras contraviniendo la licencia concedida, que el plazo para solicitar la protección de la legalidad urbanística sea el de un año, previsto en el art. 235 del TRLS de 1.976 (**Sentencia nº 350/1.993, de 29 de junio**. Ponente: D. Pablo Delfont Maza). En este caso, al igual que en el supuesto comentado, el recurrente había alegado, frente a la pretensión de inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad, que el plazo para el ejercicio de la acción pública era el de 4 años, en virtud de lo dispuesto en los arts. 184 y 185 del TRLS de 1976 y 9 del RDL de 1.981. Si bien este pronunciamiento no impide el estudio del fondo del asunto, pues no había prescrito todavía el plazo de un año dada la fecha de la total terminación de las obras, resulta cuanto menos sorprendente y paradójico el cambio de criterio.

En otro caso distinto, en que el recurrente había solicitado el 8 de junio de 1.991 ante la Administración demandada la paralización de las obras amparadas en licencia ilegal, así como la suspensión de los efectos de la licencia, el mismo Tribunal declara que " no puede estimarse tampoco esta extemporaneidad alegada como causa de inadmisión del recurso, ya que si la que ejercitan los actores es la acción pública del art. 235 de la Ley del Suelo, y ello

no es discutido por las parte, se hace evidente a la luz del precepto, en relación con el art. 185.1 y 230, todos del Texto Refundido de 1.976, en una interpretación sistemática, que hay que estimar modificado por el art. 9 del RDL 16/1.981, de 16 de octubre, el plazo para ejercitarla es de cuatro años (**STJIB nº 394/1.993, de 17 de julio**. Ponente: D. Jesús Ignacio Algora Hernando).

Vemos, pues, cómo tan solo 18 días después de la sentencia de 28 de junio comentada, el Tribunal vuelve a cambiar el criterio, esta vez para efectuar una interpretación amplia y antiformalista del plazo para el ejercicio de la acción pública en el caso de obras en curso al amparo de licencia constitutiva de infracción urbanística grave y manifiesta (supuesto tampoco contemplado por el art. 9 del RDL 16/1.981).

Sería conveniente, en mi opinión, a la vista de la jurisprudencia que he analizado y para evitar que en el futuro se reproduzcan pronunciamientos contradictorios como los anteriores, modificar el texto del art. 73.1 de la LDU, de modo que incluyera expresamente el supuesto de infracciones urbanísticas consistentes en actos de edificación con licencia u orden de ejecución constitutivas de infracción urbanística (entiendo que debería ser grave y manifiesta, al igual que sucede con la revisión de oficio de las licencias urbanísticas).

Esta modificación es más urgente todavía si tenemos en cuenta que al haber sido anulado el art. 304 del TRLS de 1.992 por la reciente STC vuelven a recobrar vigencia como derecho supletorio los arts. 235 del TRLS de 1.976 y 9 del RDL 16/1.981, con lo cual renace la anterior polémica.

C) RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION POR ANULACION DE LICENCIAS U ORDENES DE EJECUCION.

Si la sentencia que pone término al procedimiento de revisión que nos ocupa anula la licencia u orden de ejecución, esta anulación podrá determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados al titular afectado.

Esta responsabilidad será exigible según las normas generales que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts 139 y ss. LRJPAC). El art. 240 del TRLS 92 (no anulado por la STC) establece al respecto que en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado. Por otra parte, el art. 106 de la Constitución consagra el principio de responsabilidad objetiva de la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La jurisprudencia ha entendido que el hecho de que el particular haya presentado un proyecto ilegal, a sabiendas, no es suficiente para que la Administración quede exonerada de su responsabilidad (pues ésta debe velar por la adecuación de las licencias al ordenamiento jurídico), sino que es necesario que este particular haya mostrado un comportamiento especialmente engañoso y doloso y que, además, la Administración haya demostrado que este comportamiento ha provocado la concesión de la licencia.

En este sentido, la STS de 26 de septiembre de 1.981 afirma que " La conciencia de la ilegalidad por parte del administrado resulta insuficiente por cuanto la Administración municipal, al otorgar la licencia, no puede prescindir de un estudio serio de la petición; el dolo o culpa graves del peticionario hay que relacionarlos con la forma de presentar el proyecto, actuación en el procedimiento, etc., mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración ".

En cuanto a los conceptos indemnizables por la anulación de licencias urbanísticas, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1.990 (Ar. 147)** afirma que no es indemnizable el lucro cesante que consista en meras expectativas de ganancias dejadas de obtener (el apelante reclamaba el importe de unos pisos que hubiera podido vender si la licencia suspendida no hubiera sido posteriormente anulada). Al respecto señala que " aunque esa obligación de responder tenga carácter objetivo es indispensable que, entre otro requisitos, el daño que se invoque, además de ser evaluable económicamente, sea **real y efectivo**, por más que esta realidad o efectividad no sólo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trata de consecuencias lesivas pretéritas o actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero, por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean **de producción indudable y necesaria**, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo, y no, por el contrario cuando se trata de acontecimientos autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas, de cuya naturaleza y caracteres participa el precio no percibible y consiguiente lucro cesante que el frustrado constructor alega por no poder vender los pisos que, al amparo de la licencia cuyos efectos fueron suspendidos, podía haber construido ".

La misma Sentencia declara como indemnizables los siguiente conceptos: a) materiales empleados en la construcción y gastos construcciones, siempre que no se acredite que redundan en beneficio de otras obras realizadas por el que reclama; b) tasas satisfechas y honorarios de facultativos; c) el beneficio industrial dejado de percibir; d) la pérdida de valor de la finca como consecuencia de la modificación urbanística de la finca operada desde la concesión de la licencia y su prórroga hasta la suspensión.

4).- MEDIDAS DE PROTECCION DE LA LEGALIDAD URBANISTICA COMUNES A TODOS LOS SUPUESTOS DE EJECUCION DE OBRAS ILEGALES.

A).- PLANTEAMIENTO.

En todos los supuestos posibles de obras ilegales, ya se trate de obras en curso o terminadas, sin licencia u orden de ejecución o con las mismas pero contraviniendo sus condiciones o, incluso, de obras con título jurídico que es posteriormente anulado, el ordenamiento jurídico prevé la aplicación como último recurso de una medida que es considerada excepcional y que llamamos demolición (o reconstrucción si la obra ilegal ha consistido en la demolición).

Pero esta medida sólo es aplicable cuando ya no es posible la legalización de lo indebidamente construido por los siguientes motivos:

- a).- porque existe un acto administrativo previo que anula la licencia u orden de ejecución (previa tramitación de los procedimientos de revisión de oficio o de lesividad) contrarias al orden urbanístico;
- b).- o porque existe una sentencia judicial previa que anula la licencia u orden de ejecución contrarias al ordenamiento urbanístico (en los casos del procedimiento de suspensión del art. 118 de la LJCA o en el de ejercicio de la acción pública para solicitar su anulación);
- c) o, finalmente, porque previa la instrucción del correspondiente expediente de legalización, el interesado no ha solicitado licencia en plazo, o bien, se ha desestimado la solicitud de licencia porque las obras son incompatibles con la ordenación en vigor.

Hay que tener en cuenta, además, que en los dos casos anteriores, apartados a) y b), a pesar de contar la Administración con un acto administrativo o una sentencia judicial que anula la licencia u orden de ejecución, el art. 69 de la LDU faculta a la misma para suspender la ejecución de la demolición mientras no sea firme la oportuna resolución administrativa o judicial.

A continuación, estudiaremos, en primer lugar, de qué modo se regula en nuestro ordenamiento el expediente de legalización con el que se pretende restaurar el orden jurídico infringido, para analizar, posteriormente, la figura de la demolición.

B).- EL EXPEDIENTE DE LEGALIZACION.

El Capítulo III del Título IV de la LDU se titula " Del expediente de demolición o reconstrucción " y en sus arts. 65 a 70 regula el procedimiento de legalización y posterior demolición (o reconstrucción) de las obras ilegales.

El art. 65 de la LDU dispone que: " En el plazo de dos meses contados a partir de la notificación del acuerdo de suspensión, se deberá pedir la oportuna licencia... ". El párrafo segundo establece que: " El mismo requerimiento se efectuará cuando no hayan transcurrido más de ocho años desde la total finalización de las obras, de acuerdo a lo que dispone el art. 73 ".

De una interpretación sistemática de ambos apartados se desprende, pues, que la Administración actuante requerirá al responsable de las mismas a fin de que solicite la correspondiente licencia en el plazo de dos meses y que este requerimiento podrá efectuarse mientras no hayan transcurrido ocho años desde la total terminación de las obras. En este sentido, cabe citar la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares nº 383/93, de 10 de julio.**

Si las obras se encuentran en fase de ejecución y carecen de licencia u orden de ejecución, este requerimiento se efectuará normalmente al mismo tiempo que se acuerda la

paralización de las obras. Si el particular no solicita en dicho plazo la licencia o le es desestimada su petición, por ser las obras realizadas incompatibles con el orden urbanístico, el Instructor del expediente formulará propuesta de demolición (o de reconstrucción) de las obras a costa del interesado, y propondrá lo procedente para impedir definitivamente los usos a que hubiese dado lugar (art. 66.2 de la LDU).

En la **Sentencia nº 519, de 30 de septiembre de 1.994**, el Tribunal Superior de Justicia de las Baleares explica las diferentes fases que atraviesa el procedimiento hasta llegar a la demolición. En esta sentencia se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una orden de demolición por la realización de obras sin licencia. El Tribunal expone que tras la **primera fase** en que la Administración requiere al responsable de legalización y ordena simultáneamente la suspensión de las obras, viene una **segunda fase** en que durante el plazo de dos meses el administrado puede o no solicitar la correspondiente licencia. Posteriormente, con la finalización de dicho plazo, se abre una **tercera fase** cuyo contenido es precisamente la orden de demolición: si el interesado deja transcurrir el citado plazo sin solicitar licencia o si le es denegada, la consecuencia jurídica es precisamente la demolición.

Si las obras en curso no se ajustan a las condiciones de la licencia u orden de ejecución, la paralización de las mismas no se producirá de forma automática, como hemos visto antes, sino que deberá seguirse el procedimiento del art. 61.2 de la LDU. Si el responsable de las obras aduce su conformidad a la ordenación urbanística dentro de los cinco días posteriores a la notificación en que se le señalan las deficiencias observadas, será convocado para que en los quince días siguientes se persone en la obra con el inspector municipal a fin de comprobar ambos " in situ " los detalles de la obra. El alcalde, a la vista de lo actuado, puede permitir la continuación de la actividad (si considera que ha quedado justificado que las obras se ajustan a la licencia u orden de ejecución) o dar un plazo para su adecuación a las condiciones de la licencia, vencido el cual sin que ésta se haya producido, tendrá lugar la paralización.

En mi opinión, si el particular incumple esta orden de adecuación de las obras a las condiciones de la licencia, la Administración que paralice las obras deberá requerirle, al mismo tiempo o posteriormente, para que las legalice solicitando licencia y presentando el correspondiente proyecto en el plazo de dos meses. Si en este caso, la Administración competente desestima la solicitud de licencia, o si no se solicita la legalización en el plazo de dos meses, deberá formularse la correspondiente propuesta de demolición de la parte de las obras que no se ajusten a la misma.

Si las obras en curso cuentan con licencia pero se está tramitando el procedimiento del art. 118 de la LJCA deberá esperarse a la sentencia que declare el levantamiento de la suspensión (en cuyo caso quiere decir que la licencia se ajusta al orden urbanístico) o bien, anule la licencia. Si finalmente el Tribunal anula la licencia, ya no cabrá la posibilidad de legalizar la obra, sino que deberá procederse a su demolición.

Si las obras ya están finalizadas y contravienen las condiciones de una licencia u orden de ejecución o carecen de las mismas, la Administración tiene un plazo de reacción de ocho años desde su total terminación (o no está sometida a plazo alguno, en los supuestos del

art. 74), con lo cual puede notificar al responsable de las obras el requerimiento de legalización de las mismas, mientras no transcurra este plazo de ocho años o, en los supuestos del art. 74, en cualquier momento.

Si, por último, las obras terminadas se amparan en una licencia constitutiva de infracción urbanística grave y manifiesta, deberá esperarse a la terminación de los procedimientos incoados, ya sea el de revisión de oficio o el jurisdiccional para la anulación de la licencia u orden de ejecución. Una vez destruido el título jurídico que legitimaba la obras, se iniciará el correspondiente expediente de demolición a fin de restaurar la realidad física alterada.

En todos los casos anteriores en que se formule la propuesta de demolición o reconstrucción, se concederá al interesado un plazo de diez días desde su notificación para que formulen todas las alegaciones que estime convenientes (art. 66.2 de la LDU).

Finalmente, transcurrido el plazo expresado sin presentar alegaciones, o desestimadas éstas, el Ayuntamiento acordará la demolición o reconstrucción de las obras por el interesado y procederá a impedir definitivamente los usos a que hubiese dado lugar, concediendo al interesado un plazo al efecto adecuado a las circunstancias del caso, con la advertencia de que el Ayuntamiento lo ejecutará subsidiariamente en caso de incumplimiento (art. 67.1 LDU).

Pero esta ejecución subsidiaria puede verse indefinidamente aplazada si una vez transcurrido el anterior plazo concedido sin haber llevado a cabo la reposición de las cosas a su estado anterior, la Administración opta en el plazo de un mes por otorgarle un nuevo plazo. Esta posibilidad de opción se configura en el art. 68 LDU con carácter indefinido e ilimitado, pues la Administración podrá optar por ordenar cuantas veces desee, sin que la ley haya establecido ningún límite temporal, por concederle un nuevo plazo o proceder a la ejecución subsidiaria. Con ello se pone en manos de la Administración un instrumento peligroso que, además de poder dar lugar a arbitrariedades, puede conducir al descrédito de la propia figura de la demolición.

C).- LA DEMOLICION COMO ULTIMA MEDIDA DE PROTECCION DE LA LEGALIDAD URBANISTICA.

a) No es una sanción administrativa, sino una medida de restauración del orden urbanístico violado.

La demolición no puede considerarse como una sanción, sino como una restauración " in natura del orden urbanístico violado ", tal y como la califica la Exposición de Motivos de la Ley 19/1.975, de 2 de mayo. En nuestra LDU el expediente de demolición o reconstrucción se encuentra regulado dentro del Título IV que tiene por rúbrica " Medidas de protección de la legalidad urbanística " .

Como ejemplo de la numerosa jurisprudencia existente sobre la independencia de la sanción y las medidas de restablecimiento, de la legalidad, cabe citar la **Sentencia del TSJ de las Baleares nº 440, de 18 de septiembre de 1.992**, en la que el Tribunal recuerda la doctrina del TS sentada en su sentencia de 22 de febrero de 1.984, en la que declara que no

es posible confundir lo que es medida de restablecimiento de la legalidad urbanística con lo que es medida punitiva de la conducta infractora del ordenamiento urbanístico.

b) Concurrencia con las sanciones administrativas.

La primera consecuencia que se desprende de esta naturaleza como medida de restauración del orden urbanístico, consiste en que puede concurrir con la sanción administrativa sin que por ello se menoscabe el principio de non bis in ídem, según ha puesto de manifiesto numerosa y reiterada jurisprudencia.

El propio art. 73.1 de nuestra LDU reconoce esta concurrencia cuando establece que "Independientemente de la resolución de demolición o de reconstrucción, las infracciones cometidas contra lo dispuesto en esta Ley darán lugar a la imposición de sanciones pecuniarias".

Por último, cabe matizar que esta independencia no es incompatible con la posibilidad de que la sanción y la medida de restablecimiento de la legalidad sean resueltas en un mismo procedimiento, siempre que se cumplan los requisitos formales exigibles en cada caso, según ha puesto de manifiesto la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares nº 373/93, de 30 de junio.**

c) Caducidad de la acción administrativa en las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, frente a prescripción de las infracciones urbanísticas.

Otra consecuencia importante que se deriva del hecho de no ser considerada la demolición como una sanción consiste en que, según ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia "resulta inadecuado hablar de caducidad del expediente o de prescripción y sí correcto de caducidad de la acción administrativa o del presupuesto temporal habilitante de la reacción, por supeditarse la misma a que desde la terminación de las obras no haya transcurrido un año o cuatro, según resulte aplicable dicho art. 185 en su redacción originaria o tras su modificación por el art. 9 del RDL 16/1.981, de 16 de octubre " (**STS de 17 de octubre de 1.991, Ar. 7.843**).

La misma Sentencia añade que " la paralización del expediente por más de seis meses, que así parece haber ocurrido, en nada pudo incidir sobre el válido ejercicio de las potestades municipales para la restauración del orden urbanístico, sin perjuicio de los efectos que hubiera podido causar si el mismo hubiese sido sancionador, efectos en los que no cabe profundizar, toda vez que la caducidad por causa imputable a la Administración, al contrario que la producida por causa achacable al administrado, no está regulada con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, sin que quepa deducirla de los arts. 49 y 61.1 antes citados, reguladores de otros efectos, y es hecho incontrovertido que la reacción del Ayuntamiento de Granada ante las ilegales obras se inició antes del transcurso de los plazos presupuesto de lo que hemos indicado como caducidad de la acción administrativa o presupuesto temporal habilitante... "

En el mismo sentido se pronuncia la **Sentencia** comentada de nuestro **Tribunal Superior de Justicia nº 519, de 30 de septiembre de 1.994,** cuando frente a la tesis del recurrente

que sostiene la caducidad del procedimiento y la prescripción de la infracción, afirma que " Ante una vulneración de la legalidad urbanística hay que distinguir entre la potestad administrativa para sancionar aquella vulneración si está tipificada como infracción administrativa; y la acción administrativa para restaurar aquella conculcada legalidad. La primera puede ser objeto de prescripción y la segunda está sometida a caducidad ". Esta distinción lleva al Tribunal a declarar que en el caso que nos ocupa " **no cabe hablar de prescripción, dado que la resolución impugnada no es sancionadora ni recoge infracción urbanística** ". Finalmente, tampoco aprecia la caducidad habida cuenta los actos administrativos antecedentes del que se impugna, la distancia temporal entre ellos y la no finalización de las obras.

La **Sentencia nº 371/1.994, de 30 de junio del mismo Tribunal**, sigue el mismo razonamiento anterior apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. Así, cita la STS de 24 de mayo de 1.985 en la que el mismo declara que el art. 185 de la Ley del Suelo y el art. 9 del RDL 16/1.981 (entonces vigentes y ahora de nuevo en vigor como derecho supletorio), lo mismo que el art. 235 respecto de la acción pública " consagran un plazo de prescripción para estas potestades o acciones como medidas de protección de la seguridad jurídica, quedándose extinguidas aquellas potestades o acciones, por su transcurso, por lo que comporta la legalización de la obra, sin posibilidad de imponerse al interesado nueva legalización o demolición, computándose el plazo desde la terminación total de la obra ".

d) " Dies a quo " del cómputo del plazo de caducidad.

Por lo que se refiere al problema de cuándo deben considerarse terminadas las obras existe una jurisprudencia reiterada al respecto que, como veremos a continuación, interpreta de modo muy poco favorable a los responsables de las infracciones el inicio de dicho cómputo.

El cómputo del plazo no se inicia de forma automática a partir de la total terminación de las obras, sino que comienza a partir de la fecha en que hubiera podido iniciarse el procedimiento, es decir, cuando aparezcan signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción.

Si no se acredita por quien alega la prescripción o caducidad cuándo aparecieron dichos signos externos, el cómputo del plazo se iniciará el día en que la autoridad tuvo conocimiento de la comisión de la infracción (**STSJ de las Baleares nº 371/94, de 30 de junio**).

En esta sentencia el Tribunal aplica esta doctrina para llegar a la conclusión de que, en el caso que nos ocupa de realización de obras sin licencia consistentes en barbacoa y piscina, el plazo que tenía la Administración de reacción para ordenar la legalización y, en su caso, la demolición, de las obras no había caducado.

Resulta interesante esta sentencia porque en ella el Tribunal lleva su razonamiento casi al límite, pues a pesar de que durante la instrucción del procedimiento el recurrente logró acreditar que las obras habían finalizado totalmente en el año 1.979 (ya que existía una

foto aérea de esta fecha), el cómputo del plazo no tuvo su inicio en esta fecha, sino en la fecha en que la Administración tuvo conocimiento real de su realización (fecha en que los Técnicos municipales las detectan y emiten un informe).

El Tribunal entiende que al haberlas convertido en clandestinas mediante una serie de actuaciones que hacían imposible que la administración pudiera conocer su existencia (no comunicación al Ayuntamiento del inicio y el final de otras obras autorizadas a la misma persona junto a las que se hicieron sin licencia, no hacerlas constar en el Catastro y en el Registro de la Propiedad) el cómputo debe iniciarse el día en que la Administración tuvo conocimiento efectivo de la infracción.

En el mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias del **TSJ de Baleares: nº 284/93, de 28 de mayo y nº 95/93, de 3 de marzo.**

En esta última, el Tribunal declara que al ser la realización de obras una actividad continuada, el plazo empieza a contar el día en que la Administración tuvo conocimiento de la total terminación de las obras (fecha de un informe municipal de valoración de las obras) y ello, a pesar de que meses antes las obras ya habían sido denunciadas y, por tanto, la Administración ya tenía conocimiento de su existencia. Como en la fecha de la denuncia las obras no habían finalizado, habrá que estar a la fecha en que la Administración tiene conocimiento de su total terminación. Aplica para ello el art. 92.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística (a pesar de la derogación efectuada en el ámbito de la CAIB por la Disp. Final Primera de nuestra LDU), del que desprende que la fecha inicial del cómputo no es el de la denuncia sino " la de la finalización de la actividad o la del último acto con que la infracción se consuma ".

Por lo que se refiere a las **parcelaciones ilegales** en suelo no urbanizable, según la **STSJ de Baleares nº 122/95, de 10 de febrero,** el " dies a quo " no es el de la fecha de la venta de los terrenos con superficie inferior a la parcela mínima (como sostenía el recurrente aportando para ello las Escrituras de venta) sino, una vez más, el día en que la Corporación tuvo conocimiento de la existencia de las obras de parcelación, que en este caso coincide con el de la fecha del informe del agente municipal.

En consecuencia, el criterio de la fecha de la total terminación de las obras como " dies a quo " es aplicable sólo si coincide con la fecha en que la Administración tuvo conocimiento de su total terminación. En caso contrario, deberemos atenernos a la fecha en que ésta tuvo conocimiento real de su total terminación.

En relación con la carga de la prueba del " dies a quo ", la jurisprudencia coincide en que ésta ha de ser soportada por el administrado que invoca el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad (**SSTS de 14 de mayo y 10 de julio de 1.990**), pues éste se ha colocado voluntariamente en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y, por tanto, ha creado la dificultad para el conocimiento del " dies a quo " en el plazo que se examina, por ello, el principio de buena fe, plenamente operante en el plano procesal (art. 11.1 de la LOPJ), impide, como señala la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1.990 (R. 4.072) que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las

dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad (**STS de 16 de mayo de 1.991, Ar. 4.281**).

Basándose en esta doctrina del Tribunal Supremo, la Sentencia de nuestro **Tribunal Superior de Justicia nº 284/93, de 28 de mayo**, declara que " la carga de la prueba de los datos de hecho que justifican el transcurso del plazo de prescripción ha de soportarla quien invoca dicho transcurso en apoyo de su posición. Al respecto, ha de recordarse que el principio de buena fe en su vertiente procesal es plenamente operante aquí (art. 7.1 del Código Civil y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) e impide que quien crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad ".

Asimismo, la Sentencia de nuestro **TSJ nº 583 de 8 de noviembre de 1.993**, declara que dado que la carga de la prueba para demostrar la fecha de la total terminación de las obras recae en el actor, " ... no puede aplicarse el beneficio de la duda al sancionado porque no se trata de un auténtico expediente sancionador de conductas personales, sino de un procedimiento restablecedor del orden quebrantado con la construcción inadecuada, debiendo interpretarse las normas aplicables en materia de prescripción de una forma restrictiva... ".

El anterior razonamiento es utilizado reiteradamente por nuestra jurisprudencia para considerar no acreditada por el recurrente la fecha de la total terminación de las obras. Esto sucede, por ejemplo en las sentencias que hemos comentado del TSJ de las Baleares nº 284/93, 371/94 y 95/93.

En cambio, en las sentencias nº 263/93, de 21 de mayo y 235/94, de 29 de abril, el mismo Tribunal considera que la prueba practicada a instancias del recurrente, que alega el transcurso del plazo de ocho años que la Administración tiene para reaccionar adoptando las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, es suficiente para considerar transcurrido dicho plazo (que según, el art. 65.2 de la LDU es de ocho años).

En el primer caso, la recurrente acreditó el transcurso de dicho plazo mediante la aportación a los autos de la escritura de declaración de obra nueva, declarando el Tribunal que se trata de un documento público que goza de la presunción de veracidad.

En la segunda sentencia, el Tribunal considera probado el transcurso de dicho plazo, únicamente mediante la práctica de la testifical de unos vecinos y del arquitecto director de las obras, en la que todos aseguraban que hacía doce años que las obras habían concluido. Vemos, pues, cómo en esta sentencia el " dies a quo " del plazo de reacción no coincide con el día en que la Administración tiene conocimiento de la total finalización de las obras, sino con el día en que el recurrente ha conseguido probar que efectivamente las mismas finalizaron.

e) Necesidad del requerimiento de legalización antes de acordar la demolición de las obras.

En su **Sentencia de 17 de octubre de 1.991 (Ar. 7.843)**, el Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada, que anulaba unas órdenes de demolición porque no se había

efectuado el requerimiento a los actuales propietarios para que pudieran solicitar licencia o presentar alegaciones en el plazo de dos meses y, por lo tanto se les había acusado indefensión.

Los recurrentes habían alegado dos motivos de impugnación: la indefensión y que eran terceros de buena fe amparados por el Registro de la Propiedad.

El Tribunal estima la primera alegación, acordando la vuelta atrás de las actuaciones a fin de que la Corporación ponga en conocimiento de los distintos propietarios la existencia de la infracción urbanística para que en el plazo de dos meses hagan las alegaciones pertinentes y, tras ello, la Corporación dicte el acuerdo que proceda.

Sin embargo, desestima la segunda alegación consistente en que son terceros de buena fe porque cuando compraron los pisos no constaba en el Registro de la Propiedad ninguna referencia a la demolición y, en consecuencia, no les puede perjudicar a ellos la orden demolición. Frente a este argumento el Tribunal recuerda lo dispuesto en el art. 88 del TRLS de 1.976 en relación a que el adquirente queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario.

Del mismo modo, la **Sentencia del mismo Tribunal de 7 de octubre de 1.991 (Ar. 7.792)**, confirma la sentencia impugnada que anulaba una orden de demolición del Ayuntamiento de Palma de Mallorca porque no se había notificado a la promotora de las obras el acuerdo de suspensión de las obras y requerimiento de legalización con anterioridad a la demolición y, en consecuencia, se había producido una auténtica indefensión a la recurrente. El Tribunal Supremo añade (en su Fundamento de Derecho Primero) que la indefensión ocasionada no es " salvable por las posteriores actuaciones, al ser básico en el procedimiento reglado en los precitados artículos como cauce de la reacción municipal ante obras ilegales, que el acuerdo de suspensión de las obras y la posibilidad de legalizarlas lleguen a conocimiento del interesado por medio de una regular notificación " .

Idénticos pronunciamientos se contienen en las siguientes **Sentencias del Tribunal Supremo: de 20 de marzo de 1.991 (Ar. 2.009), de 8 de julio de 1.991 (Ar. 5.736), de 24 de mayo de 1.990 (Ar. 4.279)**.

La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Superior de Justicia de Baleares no difiere en este aspecto de la sentada por el Tribunal Supremo.

Así, la **Sentencia de este Tribunal nº 817/95, de 30 de octubre**, declara que no se ha producido indefensión porque se ha requerido de legalización al recurrente y este requerimiento " no sólo cumple las funciones habilitadoras de una legalización sino que también las generales propias del trámite de audiencia ", por lo que no es necesario observar un nuevo trámite de audiencia con anterioridad a la adopción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como la suspensión de las obras o la posterior demolición.

En relación con la necesidad o no de audiencia previa antes de acordarse una orden de demolición acordada al amparo de lo dispuesto en los arts. 10 y 11 de nuestra LDU, el

Tribunal Superior de Justicia de las Baleares, en su **Sentencia nº 181/93, de 17 de abril**, ha declarado que no es un trámite necesario porque no estamos en presencia de un procedimiento sancionador y, por lo tanto, no se produce indefensión.

f) Nulidad de la demolición si no se ha resuelto previamente el expediente de legalización.

Del carácter excepcional de la medida de demolición se deriva la necesidad, puesta de manifiesto reiteradamente por la jurisprudencia, de que no pueda acordarse ésta hasta que no esté resuelto el expediente de legalización.

En la **Sentencia nº 440/92, de 18 de septiembre**, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares declara que no procedía ordenar la demolición, ni imponer la sanción, hasta que no hubiera sido resuelto el expediente de legalización. Señala además que ello es consecuencia del carácter de la demolición de medida excepcional (STS de 22 de enero de 1.986), que ha de aplicarse mediante una interpretación restrictiva de la misma, para no romper la deseada regla de proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir y que, como afirma la Sentencia del TS de 9 de julio de 1.985, esta interpretación restrictiva supone que la demolición de las obras es inadecuada cuando las obras son legalizables.

De lo anterior se desprende que si dentro del plazo de dos meses el particular presenta la solicitud de licencia, la Administración no puede ordenar la demolición sin antes resolver expresamente dicha petición.

Sin embargo, si el particular solicita la licencia fuera de este plazo de dos meses, ya ha perdido su derecho a que la Administración le conteste expresamente antes de ordenar la demolición y, en consecuencia, ya no prosperará la alegación consistente en que no se ha resuelto su petición de legalización.

Así lo ha declarado, al menos, de forma contundente nuestro Tribunal Superior de Justicia, en su **Sentencia nº 250/94, de 7 de mayo**: " Pero contemplando el problema real de frente, lo que interesa no es si la solicitud extemporánea del Sr. S. fue resuelta o no, o si lo fue, si se le notificó o no, porque, en definitiva, al tiempo que el recurrente presentó su solicitud, la demandada ya estaba comprometida por la ley (art. 184.3 del TR), precisamente porque había transcurrido el plazo legal para solicitar la licencia para que así se hiciera. En pocas palabras, y para no hacer más largo el cuento, como quiere que el Sr. S. no aduce otra cosa que no sea que no es conforme a Derecho la orden de demolición porque no se le ha notificado la resolución de la extemporánea petición de licencia, y siendo cierto que siempre hay que poner primero lo que debe ir delante, aquí ocurre que, como hemos señalado, al tiempo de efectuar la solicitud, la demandada ya estaba obligada por ley a acordar la demolición ".

g) Causas que motivan la adopción del acuerdo de demolición.

Esta última frase nos conduce a las causas que motivan la adopción del acuerdo de demolición.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2º del art. 66 de nuestra LDU, en relación con su apartado 1º, el Instructor formulará propuesta de demolición o reconstrucción si el interesado no hubiese instado la licencia en el plazo de dos meses o, en su caso, no hubiese ajustado las obras a las condiciones señaladas en ésta, o en la orden de ejecución o, finalmente, si la licencia fuese denegada por ser su otorgamiento contrario a ordenamiento jurídico.

En los arts. 184.3 y 185.2 del TRLS de 1.976 se establecen también estas causas de demolición.

Por tanto, en principio, se identifican como causas motivadoras tanto las de tipo **formal** (por el mero hecho de no haber solicitado la licencia en plazo aunque las obras fueran legalizables) como las de tipo **material** (cuando las obras no son legalizables porque vulneran las normas urbanísticas).

La jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el alcance de tal equiparación, existiendo al respecto dos líneas jurisprudenciales opuestas.

La primera interpreta el texto de los mencionados preceptos del TRLS en un su más estricta literalidad y en consecuencia se sostiene el criterio de que de que la no solicitud de licencia en el plazo concedido implica sin más la adopción del acuerdo de demolición. En este sentido, cabe citar las **SSTS de 23 de abril de 1.982 (Ar. 2.464) y 27 de junio de 1.983 (Ar. 3.658)**.

Nuestro Tribunal Superior de Justicia parece que también se decanta por esta interpretación formalista. Así se desprende de la sentencia anteriormente comentada **nº 240/94, de 7 de mayo**, en la que afirma que una vez transcurrido el plazo de dos meses la Administración ya está obligada por ley a acordar la demolición. En el mismo sentido se pronuncia en las siguientes sentencias: **nº 519/94, de 30 de septiembre y nº 817/95, de 30 de octubre**.

La otra tendencia jurisprudencial, es la que sostiene que el acuerdo de demolición sólo es procedente cuando los actos materiales ejecutado o en curso de ejecución sean manifiestamente ilegales, es decir, incompatibles con la ordenación urbanística existente, con independencia de la actitud del interesado, que sólo será relevante en la adopción de las medidas sancionadoras. Defienden esta tesis las **SSTS de 14 de abril de 1.982 (Ar. 2.410) y 25 de mayo de 1.982 (Ar. 4.132)**.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1.981** declara al respecto que : " solamente cuando las obras en cuestión sean el resultado de una actividad urbanística antijurídica, por contradecir aquellas el ordenamiento y la ordenación urbanística en vigor, acreditado esto en el correspondiente expediente administrativo de forma fehaciente e indubitada, de tal modo que ello produzca como resultado la imposible legalización de las obras, es cuando puede y debe acudir a la demolición de las mismas...".

h) Principio de proporcionalidad en la adopción de la orden de demolición.

Pero incluso aunque las obras sean ilegalizables, existe una consolidada tendencia jurisprudencial a considerar que, en aplicación de los principios de proporcionalidad y congruencia, no cabe la demolición de las obras.

Así lo pone de manifiesto **Josep A. Payá Gasent** en su trabajo titulado: " La demolición en las infracciones urbanísticas: Aproximación a los criterios de la jurisprudencia en la aplicación del principio de proporcionalidad " (RDU, nº 99, págs. 77 y ss.), en el que tras analizar la diferente jurisprudencia existente en la materia, llega a la conclusión de que los principios de proporcionalidad y congruencia inspiran la adopción de los acuerdos de demolición, ponderando las circunstancias siguientes:

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 objeto 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 (a los que, según hemos visto anteriormente, se les deberá conceder un plazo para instar la legalización de las obras).

En la jurisprudencia que he analizado, se repiten siempre los mismos argumentos a cerca de cómo juega el principio de proporcionalidad en la materia.

Así, en su **Sentencia de 28 de enero de 1.987 (Ar. 2.014)**, el Tribunal Supremo considera que a pesar de que no se respete la alineación prevista en la normativa vigente (se rebasaba la línea en diecinueve centímetros), " la inevitable y drástica demolición no se reputa procedente, 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 aquélla ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos límites**, como declaran las sentencias de esta Sala de 15 de mayo e 1.980 (R. 2.807), 25 de mayo de 1.982 (R. 4.132), 2 de noviembre de 1.983 (R. 5.985) y 13 de diciembre de 1.984 (R. 6.539), con la finalidad de no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir (sentencias de 30 de junio y 23 de noviembre de 1.981, R. 2.808 y 5.271), lo que conlleva a la necesidad de estar siempre al **principio de menor demolición** a que se referían las de 27 de diciembre de 1.974 (R. 5.223) y 8 de mayo de 1.980 (R. 2.828), ya que lo que legitima la intervención administrativa conforme a los arts. 4 y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante de sometimiento a éstos que reitera el nº 1 del art. 106 de la Constitución , por todo lo cual resulta procedente estimar la pretensión revocatoria de la sentencia que no tuvo en cuenta la reiterada aplicación del principio de proporcionalidad que, para la de esta Sala de 27 de junio de 1.983 (R. 3.658) 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 ", que fue aplicado por este Alto Tribunal Supremo incluso en casos en que aquella exlimitación revestía mayor trascendencia que la actual... "

En la **Sentencia de 15 de junio de 1.981 (Ar. 2.924)** el Tribunal Supremo revoca la sentencia impugnada invocando para ello el principio de proporcionalidad, que se vería seriamente dañado si no se tomaran en consideración todas las circunstancias concurrentes. En este caso las ordenanzas municipales exigían una fachada mínima de cinco metros y según los recurrentes (arrendatarios de finca colindante) la fachada era de 4'115 metros, por lo que la licencia concedida incumplía las normas, solicitando por ello su anulación, así como la demolición de lo ilegalmente construido.

El Ayuntamiento y el titular de la licencia sostenían, por el contrario, que la fachada excedía de cinco metros porque, según había quedado acreditado, el titular de la licencia era propietario de la mitad de la medianera colindante por la derecha y del edificio colindante por la izquierda, con lo cual el frente de la parcela a la avenida es muy superior a cinco metros.

Pues bien, el Tribunal no entra a valorar cual de las dos posturas es la correcta para determinar si la fachada tiene o no menos de cinco metros, pues entiende que la salida, para superar este antagonismo de pareceres técnicos, tiene que venir dada, más que por el contenido de dichos informes, por el conjunto de circunstancias que concurren en el predio de que se trata, no tenidas en cuenta ni por dichos técnicos, ni por el Tribunal " a quo ". Añade que remitir la solución del problema litigioso a circunstancias que rebasan el dato concreto contemplado en el art. 12 de las Ordenanzas (que se refiere a la necesidad de que la fachada tenga una longitud mínima de cinco metros) implica, no desconocer el apotegma " ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus ", sino acomodar la norma a la realidad jurídica, supliendo el intérprete lo que aquélla no ha previsto, que es tanto como llegar a una solución justa por medios humanos, y no a una solución por computadora; implica una interpretación del precepto siguiendo los modernos dictados de la metodología jurídica recogidos en el art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil, en vez de seguir la más primitiva doctrina gramaticalista y literalista.

Las circunstancias que concurren en este caso (escasa entidad del daño a intereses públicos, que la finca se ensancha a los pocos metros por detrás y hay, por tanto, grandes posibilidades de luces y vistas) deben ser tenidas en cuenta, según Tribunal, pues de lo contrario se obtendría una visión parcial del litigio que vulneraría el principio de proporcionalidad.

En su **Sentencia de 21 de julio de 1.989 (Ar. 6.072)**, el Tribunal Supremo vuelve a utilizar este principio para resolver un litigio en el que se había producido un claro incumplimiento de las ordenanzas municipales, al no haberse respetado la distancia de separación de tres metros exigida por dichas ordenanzas a la parcela colindante. La Sentencia apelada consideraba en su Fundamento de Derecho Cuarto, aceptado en su totalidad por el Tribunal Supremo, que " son de tan escasa entidad cuantitativa las diferencias halladas en las distintas mediciones practicadas (dichas las distancias son de

2'97, 3'10, 2'92 y 2'96 metros) que adoptar una decisión de demolición en aras de un excesivo rigorismo, sin que conste que por ello se perciba por el actor beneficio alguno, ni se afecte sensiblemente el interés público, roza la normativa contenida en el art. 7 del Código Civil, que establece que **los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, sin que la ley ampare el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo** ".

Por último, en su **Sentencia de 16 de mayo de 1.990 (Ar. 4.167)**, el TS utiliza este principio de proporcionalidad, precisamente, para confirmar la sentencia apelada, que desestimaba el recurso interpuesto contra una resolución que denegaba la legalización y ordenaba el derribo de las obras. El recurrente alega que las obras eran de tan escasa entidad que su derribo vulneraría el principio de proporcionalidad. Frente a este argumento, el Tribunal, tras explicar el significado de este principio y los supuestos en que opera, resuelve, en un tono contundente y lúcido, que en este caso no debe aplicarse porque precisamente "la escasa entidad de las obras realizadas tiene clara correspondencia con la escasa carga que implica su demolición". En esta Sentencia el Tribunal Supremo declara que el principio de proporcionalidad opera en dos supuestos:

a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en que el ordenamiento permite elegir uno entre varios medios utilizables.

b) Ya con **carácter excepcional** y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en que aún existiendo en principio un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares también ha aplicado este principio de proporcionalidad para resolver algún litigio, como por ejemplo, en su **Sentencia nº 424/92, de 31 de octubre**, en la que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la orden de demolición de una rampa por haberse construido invadiendo unos terrenos propiedad del recurrente y calificados por el planeamiento como zona verde pública. Dado que la ocupación de la zona verde era mínima, pudiendo oscilar entre 0 y 80 cms., la Tribunal opta por aplicar este principio anulando la orden de demolición impugnada.

III.- JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA.

A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

1. STS de 21 de abril de 1.992 (Ar. 3.836)
2. STS de 18 de septiembre de 1.990 (Ar. 7.091)
3. STS de 23 de septiembre de 1.992 (Ar. 6.979).
4. STS de 27 de junio de 1.990 (Ar. 5.343).

- 5.- STS de 23 de enero de 1.984 (Ar. 485).
- 6.- STS de 16 de diciembre de 1.988 (Ar. 9.975).
- 7.- STS de 18 de noviembre de 1.988 (Ar. 9.132).
- 8.- STS de 28 de abril de 1.990 (Ar. 4.301).
- 9.- STS de 12 de junio de 1.991 (Ar. 4.879).
- 10.- ATS de 15 de julio de 1.988 (Ar. 6.078).
- 11.- ATS de 2 de diciembre de 1.988 (Ar. 10.215).
- 12.- STS de 22 de enero de 1.990 (Ar. 147).
- 13.- STS de 26 de diciembre de 1.991 (Ar. 364).
- 14.- STS de 2 de enero de 1.990 (Ar. 147).
- 15.- STS de 17 de octubre de 1.991 (Ar. 7.843).
- 16.- STS de 16 de mayo de 1.991 (Ar. 4.281).
- 17.- STS de 7 d octubre de 1.991 (Ar. 7.792).
- 18.- STS de 20 de marzo de 1.991 (Ar. 2009).
- 19.- STS de 8 de julio de 1.991 (Ar. 5.736).
- 20.- STS de 24 de mayo de 1.990 (Ar. 4.279).
- 21.- STS de 23 de abril de 1.982 (Ar. 2.464).
- 22.- STS de 27 de junio de 1.983 (Ar. 3.658).
- 23.- STS de 14 de abril de 1.982 (Ar. 2.410).
- 24.- STS de 25 de mayo de 1.982 (Ar. 4.132).
- 25.- STS de 28 de enero de 1.987 (Ar. 2.014).
- 26.- STS de 15 de junio de 1.981 (Ar. 2.924).
- 27.- STS de 21 de julio de 1.989 (Ar. 6.072).

28.- STS de 16 de mayo de 1.990 (Ar. 4.167).

B) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS BALEARES:

1.- STSJB nº 440, de 18 de septiembre de 1.992.

2.- STSJB nº 285, de 23 de mayo de 1.994.

3.- STSJB nº 903, de 30 de noviembre de 1.995

4.- STSJB nº 350, de 29 de junio de 1.993

5.- STSJB nº 921, de 14 de diciembre de 1.995.

6.- STSJB nº 427, de 28 de julio de 1.994.

7.- STSJB nº 55, de 15 de febrero de 1.993.

8.- STSJB nº 394, de 17 de julio de 1.993.

9.- STSJB nº 383, de 10 de julio de 1.993.

10.- STSJB nº 519, de 30 de septiembre de 1.994.

11.- STSJB nº 373, de 30 de junio de 1.993.

12.- STSJB nº 371, de 30 de junio de 1.994.

13.- STSJB nº 284, de 28 de mayo de 1.993.

14.- STSJB nº 583, de 8 de noviembre de 1.993.

15.- STSJB nº 817, de 30 de octubre de 1.995.

16.- STSJB nº 181, de 17 de abril de 1.993.

17.- STSJB nº 250, de 7 de mayo de 1.994.

18.- STSJB nº 424, de 31 de octubre de 1.992.

C) BIBLIOGRAFIA.

Payá Gasent, Josep A.: *La demolición de las infracciones urbanísticas: Aproximación a los criterios de la jurisprudencia en la aplicación del principio de proporcionalidad*. RDU, nº 99, págs. 77 y ss.

Carceller Fernández, Antonio: *Medidas de protección de la legalidad urbanística: en especial la suspensión de las obras en curso de ejecución*. RDU, nº 137, 1.994, págs. 99 y ss.

Carceller Fernández, Antonio: *Otras medidas de protección de la legalidad urbanística*. RDU, nº 138, 1.994, págs. 11 y ss.

Gabriel de Oleza y Serra de Gayeta: *Análisis de algunos aspectos que suscita la Ley de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Ley 10/1.990, de 23 de octubre (B.O.C.A.I.B. nº 141, de 17 de noviembre de 1.990)*. LA LLEI, T. 1.991-1.

Carceller Fernández, Antonio. *Manual de disciplina urbanística*. Tecnos, Madrid, 1.983.

Arredondo Gutiérrez, José Manuel. *Las infracciones urbanísticas*. Ed. Comares, Granada, 1.995.

Corella Moneder, José M^a. *La infracción urbanística. M^o de la Vivienda*. Secretaría General Técnica. Servicio Central de Publicaciones. Madrid, 1.977.

Verdú Mira, Antonio T. *El régimen jurídico de los ilícitos urbanísticos (Legislación estatal y autonómica)*. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1.993.

Eivissa, 29 de setembre de 1.997.