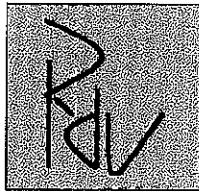


SEPARATA DE LA

Revista de
DERECHO
URBANISTICO

y Medio Ambiente



Año XXXV - Núm. 187

Julio-Agosto 2001

LA DEMOLICIÓN EN LA DISCIPLINA URBANÍSTICA: UNA MIRADA RETROSPECTIVA *

Por IGNACIO PEMÁN GAVÍN
Doctor en Derecho. Técnico Urbanista IEAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y REALIDAD EN LA DEMOLICIÓN.
- III. LA DEMOLICIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA: SU PAULATINA PÉRDIDA DE PESO ESPECÍFICO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO:

* El presente trabajo tiene su origen en mi intervención en las III Jornadas de Disciplina Urbanística organizadas por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes del Gobierno de Aragón, sobre Urbanismo y Protección del Medio.

Las abreviaturas que utilizo son las siguientes: Ar. = Repertorio de Aranzadi de Jurisprudencia; C.A./CC.AA. = Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas; CC = Código Civil; CE = Constitución Española de 1978; CP = Código Penal; FJ = Fundamento Jurídico; IEAL = Instituto de Estudios de Administración Local; INAP = Instituto Nacional de Administración Pública; LBRL = Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; LRJAP y PAC = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común —Ley 30/1992, de 26 de noviembre—; RAMINP = Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas —Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre—; RAP = Revista de Administración Pública; REDA = Revista Española de Derecho Administrativo; R.D. = Real Decreto; RDU = Revista de Derecho Urbanístico; R.D.U. = Reglamento de Disciplina Urbanística —Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio—; RSCL = Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —Decreto de 17 de junio de 1955—; STC = Sentencia del Tribunal Constitucional; STS/SST = Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo; TRLS = Texto Refundido de la Ley del Suelo.

1. SU UBICACIÓN DENTRO DE LAS MEDIDAS DE CARÁCTER URBANÍSTICO.
2. SU UBICACIÓN DENTRO DE OTRAS MEDIDAS DE NATURALEZA CIVIL Y PENAL.
3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

IV. APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS DE LA INEFICACIA ADMINISTRATIVA:

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS MOTIVOS DE LA INEFICACIA ADMINISTRATIVA.
2. LA FALTA DE ARRAIGO HISTÓRICO DE LA DEMOLICIÓN URBANÍSTICA Y EL CARÁCTER CONTINGENTE DEL ORDEN URBANÍSTICO PROTEGIDO.
3. LAS POTESTADES URBANÍSTICAS Y EL SUELO NO URBANIZABLE.
4. CONCLUSIONES.

V. REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y COMPLEMENTARIO DE LA SANCIÓN: POSIBLES PAUTAS PARA UNA REVISIÓN DEL PLANTEAMIENTO NORMATIVO:

1. PLANTEAMIENTO NORMATIVO DE LA DEMOLICIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
2. POSIBLES ALTERNATIVAS A LA REGULACIÓN VIGENTE.

I. INTRODUCCIÓN

Un examen retrospectivo de la demolición como medida urbanística dirigida a la restitución del orden físico alterado¹, permite afirmar que la historia de esta técnica es la de su propia falta de aplicación real, hasta el punto de que, posiblemente, la demolición constituya una de las técnicas menos aplicadas de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo.

No han faltado explicaciones más o menos coyunturales sobre la ineficacia administrativa en esta materia, tales como la falta de

¹ El artículo 51 del R.D.U. aprobado por Decreto 2187/1978, de 23 de junio, incluye entre las medidas que debe adoptar la Administración como reacción ante la existencia de actuaciones contrarias al ordenamiento urbanístico la siguiente: «1) La adopción por parte de la Administración competente de las medidas precisas para que se proceda a la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal».

Y el artículo 52 del citado Reglamento señala que «en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas».

no duda en actuar por razones de seguridad o salubridad a pesar del trauma social que produce en los ocupantes de una vivienda habitual o en el empresario que depende de la actividad económica que ejerce en el local, el desalojo o la clausura o precinto del local. No cabe duda, obviamente, que en todos los supuestos citados, la propiedad o la actividad empresarial constituyen bienes jurídicos tan susceptibles de protección como puede ser el patrimonio edificado, si bien quiebran frente a los intereses públicos existentes. Por ello, la diferencia parece radicar en el diferente valor que la Administración otorga en cada supuesto a los intereses públicos que tutela: en los casos mencionados parece considerar que frente a dichos derechos o intereses privados existentes debe primar la seguridad o salubridad públicas y, por el contrario, en el caso del urbanismo parece entender que frente a la ordenación urbanística, deben prevalecer los derechos privados inherentes a la propiedad privada.

Creo, por tanto, que tiene interés profundizar en los posibles motivos que subyacen tras esta manifiesta ineficacia administrativa en la aplicación de las medidas de restitución del orden físico que, hoy día, se encuentran referidas, en su mayor parte, al ámbito del suelo no urbanizable. Reflexión que conviene llevar a cabo, tras cuatro décadas de experiencia legislativa, a partir de un examen de la evolución del ordenamiento jurídico, pues creo que dicho examen puede aportar alguna clave importante sobre esta cuestión. Se trata, en definitiva, de dotar de una cierta explicación teórica a esta vocación de ineficacia en la que se ha asentado esta técnica, así como de detectar los supuestos en que su aplicación puede llegar a ser cabalmente aplicable.

Pero además, esta reflexión sobre las efectivas posibilidades de la demolición como técnica de protección de la legalidad permite analizar, en un segundo momento, en qué medida, y a pesar de la paradójica situación en que se encuentra, resulta aconsejable mantener el vigente planteamiento normativo y teórico o por el contrario, cabe revisar el mismo por razones de congruencia, y adecuarlo a las posibilidades reales de esta técnica con el objeto, en este último caso, de señalar cuáles serían los posibles cambios que cabría introducir.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y REALIDAD EN LA DEMOLICIÓN

Un examen sobre la evolución de las denominadas «medidas de restitución del orden físico» y más en concreto de la demolición, sugiere la idea de que la disciplina urbanística, el control de la legalidad, ha constituido para el legislador una cuestión siempre pendiente que le ha llevado a introducir en las sucesivas reformas legislativas cambios de mayor o menor alcance. La alusión del legislador a la situación de indisciplina urbanística y a la consiguiente necesidad de adoptar medidas más intensas, puede remontarse a la Ley de 2 de diciembre de 1963 relativa a la protección de las zonas verdes, que en aquella ocasión señalaba como motivo fundamental de la reforma, el «constante acoso que sufren los espacios libres» en las ciudades españolas⁵.

Dicha preocupación siguió latiendo en la posterior reforma de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 aunque el legislador en esta ocasión era consciente de que «se trata sobre todo de evitar que la infracción se produzca» lo que supuso una mejor regulación de las medidas tendentes a la suspensión de las obras ilegales en curso de ejecución⁶.

⁵ La Exposición de Motivos de la Ley 158/63, de 2 de diciembre —Rep. Leg. 2265—, que introdujo determinadas medidas de protección de las zonas verdes, señalaba lo siguiente: «El constante acoso que estos espacios libres sufren de los intereses contrapuestos que tienden a incrementar los volúmenes de edificación determina que en la práctica no basta que se cumplan los mismos trámites para la formación y aprobación de los planes que para su modificación, porque este aspecto urbanístico suele ser más difícil de conservar y ello aconseja extremar las garantías a fin de que cualquier alteración en estas superficies no edificables no pueda obedecer sino a razones de interés general debidamente justificadas».

⁶ El Preámbulo de la Ley 19/1975, de 2 de mayo de reforma de la Ley del Suelo señalaba, a su vez, lo siguiente: «Las innovaciones que contiene el proyecto se dirigen precisamente a hacer desaparecer en lo posible las causas de aquel fenómeno de indisciplina urbanística que antes se ha analizado y que es preciso corregir. Se trata, sobre todo, de evitar que la infracción se produzca, porque sólo así se evita el coste social que toda infracción comporta. Se procura por todos los medios hacer desaparecer cualquier estímulo al comportamiento antisocial de las insuficiencias del ordenamiento jurídico. Para el supuesto de que a pesar de todo se cometa la infracción, todo el peso de la Ley con su secuela de sanciones y responsabilidades debe caer sobre el infractor culpable y a su sola cosa, habrá de prevalecer el interés general».

La necesidad de intensificar las medidas de control de legalidad y de dotar de una mayor eficacia a la demolición ha caracterizado asimismo la legislación de las Comunidades Autónomas tal como se infiere de la abundante legislación existente sobre disciplina urbanística. La preocupación, motivada fundamentalmente por la proliferación de las parcelaciones ilegales⁷, ha llevado al legislador autonómico a reforzar las medidas de control de la legalidad y entre ellas la propia figura de la demolición que ahora se analiza.

En fin, esta misma preocupación, a pesar del mucho tiempo transcurrido desde la primera previsión normativa, se encuentra en la más reciente reforma del Código Penal de 1995 que con motivo del delito urbanístico se llegó a afirmar en el trámite parlamentario que «una de las plagas de nuestro urbanismo es la realización de obras sin licencia o con infracción de ella y su continuación, pese a la orden de suspensión»⁸. En definitiva, creo que puede afirmarse sin temor a equivocarse que junto con la especulación del suelo la indisciplina urbanística constituye una de las cuestiones que más atención ha prestado el legislador estatal o autonómico.

Pero a pesar de la insistencia del legislador sobre la necesidad de reforzar las técnicas administrativas que permitan garantizar el carácter obligado de la demolición, lo cierto es que, tal como he indicado anteriormente, la historia de esta medida se ha caracterizado por una evidente falta de aplicación real, creo que por todos conocida.

La ausencia de una clara voluntad administrativa de ejecutar la demolición se pone especialmente de manifiesto en los supuestos en que los Ayuntamientos deben proceder de oficio a la demolición acordada por los órganos jurisdiccionales como consecuencia de la anulación de una licencia otorgada indebidamente. En estos

⁷ A título de ejemplo cabe citar la Exposición de Motivos de la Ley 12/1986, de 20 de diciembre, de la C.A. de Murcia, sobre protección de la legalidad urbanística que alude de forma pormenorizada a los problemas que derivan de las urbanizaciones ilegales «que frecuentemente, reciben en los medios de comunicación social adjetivos mucho más expresivos, tales como piratas, clandestinas, salvajes, etc., provocan daños de extraordinaria gravedad».

⁸ Enmienda 402 presentada al proyecto de Ley por el Grupo Popular que no aceptada.

casos, los Ayuntamientos, con frecuencia, en lugar de adoptar las medidas adecuadas para ejecutar en sus términos la Sentencia, proceden a legalizar lo indebidamente construido mediante la modificación puntual del planeamiento. Curiosamente, el Tribunal Supremo parece aceptar esta alternativa sin mayores objeciones como expresión de una amplia dosis de discrecionalidad que la Administración Local tiene para valorar lo que puede o no ser legalizable⁹.

⁹ De esta manera la STS de 29-11-1995, Ar. 8559, tras insistir en la necesidad de proceder a la legalización deja abierta la vía de la posterior modificación del planeamiento que permita evitar su ejecución: «En cuarto y último lugar, se dice que la sentencia impugnada infringe el principio de proporcionalidad, porque ordena la demolición de lo construido sin hacer ninguna referencia a su eventual legalización, y porque de tal demolición no se le va a seguir beneficio alguno, a los actores, que tienen ya consumido su volumen. Desde luego, el principio de proporcionalidad no puede, en este caso, impedir la observancia de la legalidad urbanística, porque no estamos ante un incumplimiento nimio o pequeño ante el que pueda resultar inícuo la aplicación descarnada de la norma, sino ante una operación realizada obviando el procedimiento legalmente establecido que priva a unos propietarios de parte de su volumen edificable en beneficio ilógico de otros. (Por lo demás, las sentencias no tienen por qué hacer necesaria referencia a las posibles posteriores legalizaciones de las edificaciones que resulten ser ilegales, lo que es un problema de la Administración Urbanística y no, en principio, de los Tribunales de Justicia)».

Esta misma idea se expresa en la STS de 22-1-1998, Ar. 581, en los siguientes términos: «Finalmente, la condena a la demolición de las obras ejecutadas en oposición al planeamiento urbanístico aplicable, inobjetable consecuencia de la aplicación de los artículos 187 y 226 de la Ley del Suelo, no puede combatirse por una invocación genérica a un principio de proporcionalidad en la adopción de órdenes de aquella naturaleza, reconocida por esta Sala para supuestos que nada tienen que ver con el que ahora se examina, o por la alegación de que después de dictarse la sentencia apelada ha tenido lugar la aprobación de un nuevo Plan General de Ordenación Urbana en el Ayuntamiento de Abanto y Ciérvana, que es una circunstancia sobrevenida que ha de hacerse valer en trámite de ejecución de dicha sentencia, pero que en nada afecta a su corrección».

Por último, la STS de 27-7-1998, Ar. 5768, aunque rechaza que en esta ocasión tal modificación hubiese entrado en vigor admite tal posibilidad que expresa en los siguientes términos: «El auto recurrido tiene por ejecutada la sentencia en base a la imposibilidad material y legal de su ejecución, lo que no puede ser ahora corroborado, porque en realidad, la sentencia tanto desde el plano material como desde el legal es ciertamente ejecutable, si bien la Sala *a quo* entendió correcta la no necesidad de su ejecución, ante la legalización de lo edificado, derivada de la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de San Antonio Abad —hoy Sant Antoni de Portmany—, que clasificaba como urbano el suelo donde se asienta el edificio cuestionado.

En cualquier caso, por lo que aquí interesa, esta alternativa supone un claro indicio de que cuando existen intereses municipales concurrentes, la Administración, en lugar de adecuar lo ilegalmente realizado al orden urbanístico, puede optar sin mayores objeciones, por adecuar el ordenamiento a las obras ilegales con el objeto de legalizarlas y evitar el acuerdo de demolición.

Pero aún hay más. En efecto, creo que esta falta de voluntad efectiva de la Administración de ejecutar la demolición constituye una realidad asumida de forma más o menos implícita por el legislador, tal como puede inferirse de la paulatina pérdida de peso específico de la demolición dentro de las medidas de control de la legalidad, e incluso de la pérdida de relevancia de las propias posturas de la Administración en favor de otras instancias, como la civil y penal. La permanente sensación de insuficiencia de las medidas legislativas ha llevado a una constante ampliación no sólo de las medidas administrativas sino también de las medidas de otro orden jurídico. Como a continuación veremos, los sucesivos planteamientos del ordenamiento jurídico permiten inferir no sólo un esfuerzo del legislador por atajar un problema endémico, sino también por poner el peso fundamental del control de la legalidad urbanística en otras instancias distintas a la Administración Pública. De alguna manera, podría afirmarse que la evolución legislativa pone de manifiesto la cierta consciencia del legislador de las dificultades —si no de la imposibilidad— de que la Administración pueda ejecutar en alguna ocasión una demolición. Veamos con un mayor detalle el marco general de esta evolución legislativa.

III. LA DEMOLICIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA: SU PAULATINA PÉRDIDA DE PESO ESPECÍFICO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. SU UBICACIÓN DENTRO DE LAS MEDIDAS DE CARÁCTER URBANÍSTICO

a) *Legislación del Estado*

La Ley de 12 de mayo de 1956 reguló por primera vez las dos medidas sobre las que se han asentado el sistema de control de la

Mas tal conclusión, tampoco puede ser aceptada por esta Sala, porque ese Acuerdo de aprobación definitiva de 2 junio 1987, lo fue con el condicionamiento de ser cumplimentadas las prescripciones —muy numerosas—.

legalidad a lo largo de estas cuatro décadas: la suspensión de las obras de ejecución y la demolición de lo indebidamente construido, si bien la regulación de la citada Ley de 1956 tuvo un carácter muy general y con ciertas lagunas normativas a causa seguramente del carácter menor que tuvo la disciplina urbanística en dicha Ley¹⁰.

Los problemas de aplicación de la demolición fueron señalados prontamente por la doctrina. Especialmente acertadas fueron las palabras de R. GÓMEZ-FERRER al señalar que tras la aparente sencillez de la regulación normativa, la demolición de lo construido encontraría problemas de ejecución «debidos a la aparición de terceros de buena fe» por lo que consideraba que se debían afianzar las medidas de suspensión de las obras de ejecución a fin de impedir la consolidación de lo indebidamente edificado¹¹.

¹⁰ Señalaba el artículo 171 de la Ley de 12 de mayo de 1956 lo siguiente:

«1. El Ayuntamiento, la Comisión Provincial de Urbanismo o sus respectivos Presidentes dispondrán la suspensión de los actos relacionados en el artículo 165 que se efectuaren sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones legítimas señaladas.

2. En el plazo de dos mes, el organismo competente para otorgar la licencia efectuará la adecuada comprobación y acordará:

— demoler las obras e impedir definitivamente los usos cuya licencia hubiera sido improcedente o que no se ajustaren a las citadas condiciones, y

— legalizar las obras y autorizar los usos que se amoldaren a aquéllas.

3. Si se tratare de parcelaciones sin licencia o sin ajustarse a la otorgada, cualquiera de las autoridades u organismos a que se refiere el párrafo uno prohibirá, además, todo intento de urbanizar o edificar los terrenos, dispondrá la destrucción de lo realizado y podrá expropiarlos sin requisitos.

4. Si no se adoptare el acuerdo en el plazo señalado quedará levantada la suspensión».

¹¹ Señalaba en concreto este autor lo siguiente: «Con la regulación de 1956 parece que no debe existir inconveniente alguno jurídico o económico para que las obras puedan ser demolidas a costa de los responsables que enumera el legislador. Sin embargo, en la práctica, esta cuestión plantea problemas de difícil solución, debidos a la aparición de terceros de buena fe; en efecto, la falta de agilidad en la actuación de la Administración da lugar a que estas obras se construyan, e incluso se vendan los pisos, con lo cual los realmente afectados por la demolición serán los terceros adquirentes de las viviendas que ignoran que la edificación fue efectuada en un espacio libre y sin licencia». *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 85.

Y como solución apuntaba la única que se veía y se ve como posible: «Por eso el sistema legal deviene, en muchas ocasiones, ineficaz. La solución real

La propia reforma de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 responde claramente a este criterio e insiste sobre la necesidad de evitar la consumación de los hechos dado el coste social de la demolición, ya que tal como señala expresamente su Exposición de Motivos, «se trata, sobre todo, de evitar que la infracción se produzca, porque sólo así se evita el coste social que toda infracción comporta».

De acuerdo con ello, el Texto Refundido de 9 de abril de 1976¹² y el posterior Reglamento de Disciplina Urbanística¹³, dotaron a esta materia, dentro de un marco teórico claro, de una regulación de mucho mayor calado, entre cuyos aspectos más relevantes puede destacarse la previsión de un procedimiento distinto para cada supuesto fáctico habilitante de las medidas de protección de la legalidad.

El nuevo marco normativo resolvió muchas de las deficiencias detectadas en la Ley de 12 de mayo de 1956, pero su aplicación reveló la existencia de unas graves dificultades existentes sobre esta materia, por cuanto los acuerdos de suspensión y sobre todo de demolición eran incumplidos sistemáticamente por los interesados. Esta situación puso de manifiesto una nueva deficiencia legal: la falta de un procedimiento específico de ejecución forzosa de los acuerdos relativos a la suspensión y demolición.

b) *Legislación de las Comunidades Autónomas*

Las Comunidades Autónomas, a lo largo de estas dos últimas décadas, se han esforzado por garantizar la efectividad de las medidas de suspensión y demolición mediante una regulación más detallada del procedimiento de ejecución de los acuerdos relativos al control de la legalidad.

a estos problemas sería la existencia de una inspección adecuada que paralizara las obras sin licencia o no ajustadas a la misma en el momento que comienzan a efectuarse. De lo contrario, como vemos, existen muchas probabilidades de que la presión de los hechos consumados acabe consiguiendo imponerse a las prescripciones legales. *Las zonas verdes...*, op. cit., pág. 86.

¹² Como es sabido, los artículos 184 a 187 del TRLS aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, establecían procedimientos en función de los distintos supuestos en función de que se trataran de obras finalizadas o en ejecución y de que tales tuvieran o no licencia.

¹³ El título II —arts. 29 a 50— del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, desarrolló los diferentes supuestos previstos por el TRLS de 1976.

Por lo que se refiere a la demolición, las medidas previstas mayoritariamente para reforzar la eficacia de su ejecución se refieren a la imposición de multas coercitivas en caso de incumplimiento del acuerdo por parte del afectado, aunque para ello han utilizado técnicas diferentes.

El grupo más importante de las legislaciones de las CC.AA. prevén un sistema de multas coercitivas que pueden imponerse sucesivamente hasta lograr su ejecución. Entre ellas se encuentran la legislación de la Comunidad Foral de Navarra que establece una multa coercitiva entre 100.000 y 500.000 ptas.¹⁴, la Ley correspondiente a la C.A. de Murcia que fija la multa entre 10.000 y 100.000 pesetas¹⁵, y la de la C.A. de las Islas Baleares que cuantifica la multa coercitiva en un 10 por 100 del valor de la obra¹⁶.

Se aleja de este planteamiento la legislación de la C.A. de Asturias, ya que tipifica el incumplimiento del acuerdo de demolición como una infracción administrativa independiente y distinta

¹⁴ Señala el art. 240 de la Ley 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo de la Diputación Foral de Navarra (LOT y U), lo siguiente: «El incumplimiento de cualquiera de los plazos fijados o la paralización de los trabajos comenzados, dará lugar a la ejecución subsidiaria por la Administración actuante, bien por sus propios medios... También podrá la Administración imponer multas coercitivas hasta lograr la ejecución por suelo obligado de las medidas de restablecimiento, multas que se podrán imponer por períodos de un mes y en cuantía de 100.000 a 500.000 ptas.»

¹⁵ Señala en concreto el art. 35.4 de la Ley 12/1986, de 20 de diciembre, sobre protección de la legalidad urbanística de Murcia: «También podrá la Administración imponer multas coercitivas hasta lograr la ejecución por el obligado de las medidas de restablecimiento, multas que se impondrán por períodos de quince días o un mes y en cuantía de 10.000 a 100.000 pesetas sean las medidas previstas».

¹⁶ Por su parte, señala el art. 68 de la ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de las Islas Baleares lo siguiente: «Finalizado el plazo determinado por la Administración para que el interesado lleve a cabo las actuaciones de reposición de las cosas a su estado anterior a la comisión de la infracción, si estas actuaciones no se habían llevado a cabo, la Administración actuante optará, en el plazo máximo de un mes, entre la ejecución subsidiaria o el otorgamiento de un plazo para la realización de las actuaciones necesarias por parte del inculcado. Las actuaciones sucesivas de incumplimiento se resolverán de acuerdo con esta misma norma.

La no ejecución de las órdenes de restablecimiento de la realidad física da lugar a sucesivas multas coercitivas por plazos de un mes e importe del diez por ciento del valor de la operación o actuación clandestina o ilegal, así como el traslado del expediente de legalización al Ministerio Fiscal».

de la propia obra ilegal que será «sancionada con una multa equivalente a la cantidad total invertida en la construcción a demoler», o lo que es lo mismo por el 100 por 100 del valor de la obra¹⁷.

En algunas Comunidades Autónomas las medidas tendentes a agravar la situación del infractor no se limita a estas multas más o menos coercitivas sino que alcanza también la previsión de técnicas alternativas a la demolición. Así, la Ley de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra¹⁸ regula una modalidad de expropiación en unos términos verdaderamente gravosos para el particular ya que el artículo 243 de la citada Ley, «excluye del justiprecio las obras o actos determinantes de la ilegalidad, y descuenta del justiprecio el importe de la sanción correspondiente y los gastos que origine devolver el terreno al estado inicial¹⁹».

De todo ello me interesa resaltar, como puede fácilmente inferirse de la normativa citada, que las Comunidades Autónomas no han previsto un procedimiento específico de ejecución subsidiaria que facilite la demolición de oficio por parte la Administración, sino que, más bien, pretende forzar su cumplimiento por parte del particular. Con mayor o menor rigor se prevé un sistema de multas coercitivas con el objeto de agravar, hasta hacer insostenible, la situación del destinatario del acuerdo de demolición.

Creo que el dato es importante por cuanto la legislación de las Comunidades Autónomas al desplazar la ejecución hacia el particular abunda en lo que puede considerarse una constante en la evolución desde los años 60: el implícito reconocimiento de que los Ayuntamientos por sí mismos no van a ejecutar sus acuerdos de demolición.

¹⁷ El art. 13 de la Ley 3/1987, de 8 de abril, de disciplina urbanística de Asturias, señala lo siguiente: «el incumplimiento del acuerdo de demolición constituirá una infracción independiente».

El incumplimiento del acuerdo a que se refiere el apartado anterior constituye una infracción específica, independiente de otras inherentes a la actuación que motiva su necesidad y no subsumible en la figura de actividad continuada que contempla el artículo 17».

¹⁸ Ley 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo de la Diputación Foral de Navarra.

¹⁹ De dichos términos no resulta difícil imaginar un justiprecio final negativo para el particular, ya que, fundamentalmente en suelo no urbanizable, el terreno tiene un valor inicial o rústico por lo que fácilmente el importe de la sanción y de los gastos de demolición pueden alcanzar el valor del terreno.

2. SU UBICACIÓN DENTRO DE OTRAS MEDIDAS DE NATURALEZA CIVIL Y PENAL

La falta de confianza del legislador en la efectividad administrativa se puede inferirse asimismo de las sucesivas reformas de carácter civil y penal en cuanto que ponen de manifiesto un cierto desplazamiento del control de lo ilegalmente edificado hacia instancias de carácter civil o penal.

Por lo que se refiere a los efectos civiles, la Ley de Reforma de 25 de julio de 1990²⁰, y el posterior Texto Refundido de 26 de junio de 1992²¹ intentaron paliar la descoordinación del orden administrativo y civil existente durante la vigencia del Texto Refundido de 1976 que había abundado en la ineficacia de las medidas administrativas, dado que las edificaciones ilegales, una vez introducidas en el tráfico jurídico civil, adquirían vida jurídica a pesar de los expedientes de disciplina urbanística que pudieran pesar sobre ellos. Con el objeto de otorgar efectos civiles a las medidas de control de la legalidad administrativas, el legislador urbanístico previó el acceso al Registro de la Propiedad de los acuerdos de disciplina urbanística²² y exigió la licencia urbanística para las escrituras de obra nueva²³. Con todo ello se pretendía impedir el acceso al Registro de la Propiedad y en general al tráfico jurídi-

²⁰ Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo.

²¹ Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

²² La Disposición Adicional Décima de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo recogido posteriormente en el art. 307 del TRLS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, señala lo siguiente: «Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: ...3. La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de las sanciones impuestas». Por su parte, el R.D. 1093/1997, de 4 de julio, regula las anotaciones preventivas dictadas en procedimiento administrativo de disciplina urbanística en los artículos 56 y ss.

²³ El art. 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones establece lo siguiente: «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación finalización de la obra conforme al proyecto objeto de la misma».

co de aquellas construcciones realizadas sin licencia o sin ajustarse a ella.

Como puede inferirse del contenido de los preceptos citados, el legislador urbanístico supeditó el acceso al Registro de la Propiedad a la adecuación de las obras al orden urbanístico, con independencia de que la Administración hubiese ejercido las medidas de restitución sobre tales obras ilegales. En efecto, la reforma de 1990 vinculó la eventual declaración de obra nueva o su posterior acceso al Registro de la Propiedad, a la existencia de licencia urbanística, con independencia de que la Administración urbanística hubiera o no ejercido sus propias competencias en materia de disciplina urbanística. De esta manera, podía darse el caso de que una construcción ilegal permaneciera intacta al cabo del tiempo por no haberse ejecutado la demolición de lo indebidamente construido, pero bajo la permanente imposibilidad de acceder al tráfico civil.

Puede, pues, afirmarse que el legislador urbanístico atribuyó a las medidas de carácter civil una función fundamental en el contexto de las medidas de disciplina urbanística, ya que con independencia de que la Administración aplicase las medidas de disciplina urbanística el particular siempre iba a encontrar en su ilegal situación un obstáculo permanente para acceder al tráfico jurídico. Con todo ello el legislador estaba atribuyendo al orden civil un peso específico tan importante —o incluso mayor— que el urbanístico dentro del marco de las medidas de control de la legalidad urbanística.

No obstante, el planteamiento descrito de la legislación urbanística fue posteriormente matizado por el art. 52 del R. D. de 4 de julio de 1997 —que regula las normas complementarias del Reglamento Hipotecario—. En efecto, dicho artículo vincula la prohibición de acceder al Registro de la Propiedad al plazo de prescripción de las infracciones, con lo que parece entender que tal medida tiene un carácter transitorio hasta el momento en que la Administración ejerza sus potestades administrativas, pero en ningún caso puede tener un carácter indefinido²⁴.

²⁴ Señala el art. 52 de las normas complementarias aprobadas por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, lo siguiente:

«Podrán inscribirse por el Registrador las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:

Con ello, las normas complementarias del Reglamento Hipotecario parecen proponer un alcance más limitado de las medidas civiles y registrales: dichas medidas deben coadyuvar al ejercicio de las competencias urbanísticas, pero en ningún momento hasta el punto de sustituir la inactividad administrativa: si la Administración no llega a ejercer tales competencias, no puede exigir que el orden civil desconozca permanentemente una realidad.

Con independencia del juicio que pueda merecer la opción concreta del artículo 52 del R.D. de 4 de julio de 1997²⁵, me interesa resaltar en qué medida dicha reacción de la normativa hipotecaria intenta limitar lo que parece considerar un exceso del legislador urbanístico, al dotar de un carácter indefinido a las consecuencias civiles de lo ilegalmente edificado frente al carácter temporal de las propias medidas administrativas.

Cabe detectar esta misma idea en el más significativo esfuerzo del legislador de reforzar las medidas represivas en materia de obras ilegales. No es, evidentemente, este el lugar para analizar los problemas técnicos del art. 319 CP aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre²⁶, pero sí me interesa resal-

a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.

b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que se hubiera podido incurrir el edificante.

c) Que no conste del registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

²⁵ En mi opinión, con buen criterio, P. CORVINOS ha señalado los efectos negativos que pueden derivarse del contenido del art. 5 del RD 1093/1997. En concreto, señala este autor que «al permitir que las edificaciones ilegales puedan acceder al Registro de la Propiedad una vez que la Administración no tenga capacidad para reaccionar contra ellas, por haber transcurrido el plazo de que dispone para adoptar las medidas de reposición de la realidad física alterada, se propiciará que estas construcciones se mantengan en la clandestinidad hasta que no quepa actuación disciplinaria». «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», núm 165, 1998, pág. 40.

²⁶ El párrafo primero del art. 319 del CP alude a las obras no autorizadas, lo cual supone también incluir obras que se ajusten al planeamiento, pero que no se encuentren autorizadas por no haber solicitado el interesado la necesaria licencia de obras. Ilícito que tradicionalmente ha tenido un carácter leve dentro de la legislación urbanística. En concreto, señala dicho párrafo lo siguiente:

tar la extensiva tipificación de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico dentro del delito urbanístico, pues lejos de llevar a cabo una selección de los supuestos más graves, dicho artículo ha definido los elementos del tipo de forma muy amplia, de manera que cabe incluir dentro del mismo conductas que por su levedad deberían constituir, en buena lógica, meros ilícitos administrativos²⁷. Baste para ello recordar las alusiones, en el párrafo primero del precitado artículo, a las obras no autorizadas, que permite incluir obras legalizables, o la inclusión de todo tipo de obra no legalizable en el tipo específico referente a las obras en suelo no urbanizable, sin atender a la gravedad de la actuación.

«1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativa-mente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

El mismo alcance genérico se infiere del párrafo segundo, que tipifica las conductas delictivas en suelo no urbanizable. Dicho párrafo se refiere con carácter general a las obras no autorizables, lo cual en principio supone incluir cualquier obra ilegal, por escaso alcance que tenga. De esta manera señala dicho párrafo que «se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable».

²⁷ En la doctrina, R. BELTRÁN, P. CORVINOS y Y. FRANCO han cuestionado el alcance del delito urbanístico al señalar que no existe en la sociedad ninguna conciencia social de su gravedad ni se entiende como un grave «...Si al ciudadano le cuesta entender, precisamente por la tolerancia de las Administraciones a la que nos venimos refiriendo, que se le pueda imponer una multa o demoler una edificación cuando la realiza vulnerando el ordenamiento urbanístico, difícilmente asumirá su nuevo rol de delincuente...». «Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística», *RDU*, núm 151, 1998, pág. 129.

En otro momento señalan estos autores que «podría entenderse la penalización de estas conductas si al menos se hubiese atendido a su especial gravedad, tipificando como delitos aquellas actuaciones que vulnerasen de forma grosera el ordenamiento territorial y urbanístico y los valores que éste representa; en todo caso, parecería más normal que se hubiera tenido en cuenta el régimen de infracciones. «Los nuevos delitos...», *op. cit.*, pág. 19.

En fin, creo que el carácter extensivo del tipo del delito urbanístico descrito por el legislador penal, abunda, en mi opinión, en el pretendido desplazamiento del control de la legalidad urbanística hacia otras instancias exteriores a las administrativas. Desplazamiento que, a su vez, viene a confirmar una evidente falta de convicción del legislador en las posibilidades de la Administración de controlar debidamente la indisciplina urbanística.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, las medidas que tanto el legislador estatal como los autonómicos han incorporado al ordenamiento jurídico tienen por claros objetivos, bien garantizar la ejecución de la demolición por parte particular, o bien la colaboración de otros agentes sociales en la defensa de la legalidad urbanística.

Por el contrario, cabe resaltar que en ningún momento la legislación de las diferentes Comunidades Autónomas ha abundado en el procedimiento de ejecución subsidiaria de la Administración. Podría, por ello, afirmarse que el legislador urbanístico busca más que afianzar los resortes legales para garantizar la ejecución administrativa, abundar en fórmulas que, en parte, suponen un intento de extender a otras instancias las potestades de control de la legalidad urbanística.

De alguna manera, el propio legislador parece otorgar carta de naturaleza a las dificultades que tiene la Administración para ejecutar de oficio las medidas de restitución del orden físico, y ante una ineficacia suficientemente acreditada, articula medidas que agravan o bloquean la situación del particular y de lo ilegalmente edificado.

Todo ello parece confirmar que la ineficacia administrativa no es sólo una cuestión de falta de medios, o consecuencia del trauma social que conlleva, ya que se constata una situación que no es meramente coyuntural sino estructural en la medida que parece responder a una falta de convicción de la Administración en el ejercicio de estas medidas, hoy día, incluso extendida al propio legislador.

IV. APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS DE LA INEFICACIA ADMINISTRATIVA

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS MOTIVOS DE LA INEFICACIA ADMINISTRATIVA

Una vez constatada la falta de convicción de la Administración en el ejercicio de sus competencias, así como una actitud del legislador que expresa una cierta desconfianza hacia la eficacia de la Administración en este ámbito, surge inmediatamente un interrogante en relación con los motivos que, en realidad, pueden justificar esta casi total falta de convicción administrativa en la ejecución de la demolición.

En mi opinión, la falta de convicción en la aplicación de esta medida deriva, en gran parte, de la confluencia de dos fundamentos que mutuamente se potencian: por una parte, dicha medida, la demolición de lo indebidamente construido, se encuentra históricamente vinculada a la protección del dominio público, por lo que su aplicación dentro del urbanismo, como medida de protección de la legalidad objetiva, exige un esfuerzo adicional en el aplicador del ordenamiento jurídico. Esfuerzo que debería apoyarse, para que resultara cabalmente exigible, en la existencia de un bien jurídico estructuralmente sólido que otorgase a tal esfuerzo la suficiente seguridad en sus objetivos, lo cual no concurre en un ámbito como el de la ordenación urbanística cuyo contenido resulta fácilmente variable a través de la modificación del planeamiento. Veamos con mayor detenimiento tales motivos.

2. LA FALTA DE ARRAIGO HISTÓRICO DE LA DEMOLICIÓN URBANÍSTICA Y EL CARÁCTER CONTINGENTE DEL ORDEN URBANÍSTICO PROTEGIDO

Dentro del conjunto de aspectos estructurales que permiten explicar la inaplicación de la medida de restitución del orden físico vulnerado, el propio fundamento histórico adquiere, en mi opinión, especial relevancia. En efecto, desde una perspectiva histórica las potestades de restitución del orden físico vulnerado adquieren su

pleno sentido como medida de protección del patrimonio público y por tanto pierden parte de su fundamento histórico como técnica de protección de una legalidad objetiva.

Efectivamente, las medidas de restitución del orden físico vulnerado a su estado anterior tienen en su origen histórico una clara vinculación con la defensa del patrimonio público. T. FONT I LLOVET ha puesto de manifiesto con especial claridad cómo en las Reales Ordenanzas dictadas en el siglo XVIII para la protección de los caminos públicos, de los montes o de las aguas se preveían medidas de reparación o restitución de los daños ocasionados al patrimonio público²⁸, de manera que los objetivos de dichas técnicas no eran «ni únicamente la represión ni siquiera primordialmente, sino que se pretende antes que nada obtener la reparación de los daños causados a los bienes públicos»²⁹. En consecuencia, ninguna conexión guardaban estos objetivos con la protección de la legalidad objetiva.

A partir de estas potestades públicas, tal como ha indicado este mismo autor, la protección material de los bienes públicos iba a constituir un «decisivo elemento constructivo» en la elaboración del ordenamiento administrativo del siglo XIX.

Únicamente a partir del siglo XX —que, como es sabido, se ha caracterizado por una constante ampliación del ordenamiento jurídico-administrativo— la restitución del orden físico ha venido a proteger, además del patrimonio público³⁰, la legalidad objetiva,

²⁸ Este autor cita como antecedente de las potestades de restitución del dominio público, entre otras, las Ordenanzas de Fernando VI de 7 de diciembre de 1748, que ordenaban «proceder contra los usurpadores de montes y tierras baldías bajo pena de proceder a reponerlas a su antiguo ser y estado y a diez ducados por cada fanega aplicados la tercera parte íntegra al celador, guarda o persona que denunciase». «La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo: potestad sancionadora y resarcimiento de daños», *RAP*, núm 123, 1990, pág. 13.

²⁹ *La protección del dominio público...*, *op. cit.*, pág. 13.

³⁰ La vigente legislación sectorial reguladora de las diferentes modalidades del dominio público mantiene esta técnica de protección; así, el art. 115 del Reglamento General de Carreteras y Caminos —aprobado por R.D. 1812/1994, de 2 de septiembre— señala que «sin perjuicio de la sanción administrativa, vendrán obligados a restituir las cosas a su primitivo estado, y a la indemnización».

con lo cual pierde el marcado carácter de medida de autoprotección que tradicionalmente había tenido.

Evidentemente, la extensión de las potestades de restitución de la realidad física vulnerada más allá del núcleo originario de protección del dominio público conlleva una pérdida de parte de su fundamento histórico³¹, lo cual exige un esfuerzo adicional en la aplicación de la norma que supla dicha falta de arraigo histórico, con el objeto de lograr su integración en el funcionamiento de la Administración. Pero dicho esfuerzo exige no sólo un lento proceso en el tiempo en cuanto que constituye un salto cualitativo importante, sino asimismo la existencia de un bien jurídico con un contenido estable, que dote a esta materia de un fundamento suficientemente sólido, lo cual en la protección de la legalidad urbanística no sucede como consecuencia de la extrema facilidad con que el contenido la ordenación urbanística puede variar.

En efecto, el planeamiento vigente en cada momento no constituye un orden estable sino que puede ser objeto de fácil alteración a través del procedimiento legalmente previsto para su modificación. Por ello, en muchas ocasiones, la línea de separación entre lo lícito e ilícito resulta frágil y endeble, en la medida que un cambio de ordenanza, o del grafiado de un plano, permite transformar la vulneración del bien jurídico protegido en una situación plenamente adecuada al planeamiento.

Hasta qué punto la legalidad urbanística contiene unos perfiles difusos se pone de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal

zación de los daños irreparables...». El art. 95 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas establece que «sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente»; o, en fin, en análogo sentido, el art. 110 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Con carácter general, el vigente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales —aprobado por R.D. 1372/1986, de 13 de junio— regula las prerrogativas de las entidades Locales respecto a sus bienes y entre ellas la potestad de recuperación de oficio —art. 70—.

³¹ Precisamente J. L. CARRO inicia su artículo titulado «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», REDA, 29, 1981, señalando que «el Derecho administrativo, como por lo demás toda manifestación del Derecho, es un fenómeno fundamentalmente histórico que exige siempre una explicación desde esta perspectiva».

Supremo citada anteriormente en virtud de la cual parece aceptar la modificación del planeamiento como alternativa a la ejecución de una Sentencia anulatoria de la licencia otorgada y, por tanto, de la consiguiente demolición de lo edificado, lo cual supone reconocer una amplia discrecionalidad de los Ayuntamientos para decidir lo que resulta legal o no y la relativa facilidad para alterar el carácter ilegal de una edificación³².

En mi opinión, este marco normativo y práctico que envuelve el sistema de protección de legalidad puede influir negativamente en la conciencia social sobre la importancia y gravedad de la protección de la legalidad. Por una parte, resulta lógico que el ciudadano haga una lectura clara del planteamiento administrativo: si la Administración condenada a demoler no lo hace ¿por qué iba a hacerlo un particular? Y por otra parte, ante tal situación, el ciudadano posiblemente cuestione la importancia sustantiva que puede tener un bien jurídico —la legalidad urbanística— cuyo contenido resulta tan fácilmente mutable.

El carácter más o menos contingente del sistema se pone de manifiesto en otros aspectos de la aplicación de las medidas de control de la legalidad. Entre las más importantes cabe citar el diferente tratamiento que con frecuencia la Administración atribuye a lo indebidamente edificado en función de que constituya una vivienda aislada o un conjunto de ellas. En el primer caso, la Administración procede a adoptar las medidas previstas en el ordenamiento para restituir el orden físico vulnerado, pero en el caso de que constituya un conjunto de viviendas, la propia Administración articula los medios adecuados para su legalización, dado que la ilegalidad deja de configurar un problema aislado para constituir un problema social.

Cabe, dentro de este mismo contexto, aludir a la tendencia, en muchos casos por falta de medios, de ejercer las potestades de protección de la legalidad de forma selectiva, de manera que del amplio abanico de situaciones ilegales existentes, se actúa sobre

³² Esta actitud recuerda la posibilidad prevista en el artículo 238 de la Ley de 1956, posteriormente derogada por la Ley de reforma de 2 de mayo de 1975, que remitía a la valoración discrecional de la Administración la ejecución de determinadas Sentencias.

algunas de ellas, normalmente a instancia de algún denunciante³³. Desde el punto de vista jurídico la desigual aplicación del sistema carece de relevancia, ya que según ha venido indicando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo el principio de igualdad únicamente opera en el marco de la legalidad³⁴. Pero a pesar de que desde un punto de vista jurídico resulta el criterio incuestionable, el uso selectivo de las potestades no deja de abundar en el carácter contingente del orden urbanístico y en definitiva cuestiona la propia objetividad del ordenamiento que la Administración pretende defender³⁵.

³³ Especialmente expresivas son las palabras de J. NIETO en relación con los posibles motivos que en muchos casos justifican los expedientes de este tipo: «Baste subrayar que el dato indicado manifiesta inequívocamente que el ciudadano no se identifica de ordinario con los bienes que pretende proteger el Ordenamiento Jurídico». Y continúa más adelante indicando que el «el particular —que sabe de sobra la arbitrariedad con que procede la Administración— desconfía de la sanción al sospechar que no pretende el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico... sino que es consecuencia de algún móvil personal, o político, cuando no de la desgracia fatalista». *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 1993, pág. 31.

También en relación con el régimen sancionador, L. MARTÍN RETORTILLO ha puesto de manifiesto la falta de respuesta eficaz de la Administración en los siguientes términos: «¡Qué de incumplimientos de normas han de producirse para que al final entren en juego las sanciones administrativas! La práctica de la tolerancia está generalizadísima... Han de suceder cosas de gran entidad para que al final se reaccione...». «Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas», *RAP*, núm. 126, 1991.

³⁴ Los expedientados aluden con frecuencia a supuestos similares que no son objeto de reacción administrativa, si bien el Tribunal Constitucional ha rechazado de acuerdo con la doctrina de que la igualdad no puede invocarse dentro de la ilegalidad. Se trata de una jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional en los inicios de su andadura STC 43/1982, de 6 de julio, y que ha mantenido de forma uniforme. Por su parte, el Tribunal Supremo se ha limitado a aplicar dicha jurisprudencia tal como se infiere de su jurisprudencia entre la que puede citarse a título de ejemplo la Sentencia de 16 de diciembre de 1994, Ar. 10045.

³⁵ Aunque en relación con las medidas sancionadoras, J. NIETO ha señalado lo siguiente: «Pero prescindiendo de estas teorizaciones y retomando una cuestión que ha sido examinada en el capítulo primero de este libro, huelga comentar el sentimiento de injusticia e indignación que produce esta forma de actuar en aquellos que, más o menos casualmente, son realmente sancionados como flagrante violación del principio de igualdad...». *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 120.

Y más adelante insiste sobre esta misma idea en los siguientes términos: «Sé de sobra que esta tesis repugna al sentimiento de justicia y quebranta el

3. LAS POTESTADES URBANÍSTICAS Y EL SUELO NO URBANIZABLE

Las especiales dificultades que la Administración ha encontrado para la implantación de las medidas de restitución del orden físico vulnerado en suelo no urbanizable pueden asimismo explicarse desde una perspectiva histórica. En efecto, una mirada retrospectiva del Derecho Urbanístico, permite afirmar que las potestades urbanísticas han alcanzado su pleno sentido en la ordenación de la ciudad, es decir, ha tenido por objeto la resolución de los problemas propios de los asentamientos de población de carácter urbano con exclusión por tanto del suelo rústico, ya que, en sí mismo, ha constituido tradicionalmente la negación del orden urbano.

Parece claro que las potestades administrativas de policía en esta materia han tenido tradicionalmente un marcado carácter urbano, con un alcance que, en parte, se mantiene en nuestro vigente ordenamiento jurídico. Dichas potestades se expresaban a través de las denominadas Ordenanzas municipales de construcción y policía urbana, que afectaban a cuestiones de relaciones de vecindad³⁶, cuya competencia, en cuanto constituían algo «propio de la ciudad», se atribuía a los Municipios³⁷.

principio de igualdad; pero hay otra razón más pesada que la abona, a saber: la realidad. Sería ingenuo aquí decir que la realidad debe imponerse porque ya se encarga ella de hacerlo sin que nadie lo propugne: la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores». *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 121.

³⁶ Las competencias en materia de policía urbana se encontraban vinculadas a la regulación de aspectos técnico-constructivos de los edificios, con especial atención a aquellos que afectaban a las relaciones vecinales. El CC remitió a las ordenanzas locales en dos aspectos concretos: por una parte, los aspectos relacionados con la salubridad e higiene —art. 590—; y por otra parte, los aspectos relacionados con la seguridad de los edificios —art. 389—. Únicamente a partir de la Ley del Suelo de 1956 las potestades públicas incluyen la definición del contenido normal de la propiedad lo cual, como es sabido, constituyó un salto cualitativo dentro de la visión civilista de la propiedad. Creo que el diferente arraigo dentro de nuestra tradición jurídica de estos contenidos —por una parte, salubridad y seguridad de los edificios, y por otra parte, la definición de las condiciones de volumetría—, explica también en parte el diferente grado de implantación social de las técnicas de intervención en dichos aspectos.

Ninguna relevancia tuvo, pues, el suelo rústico o no urbanizable en los orígenes de las potestades urbanísticas. Se trata, por otro lado, de una característica especialmente clara en un tipo de ciudad como la española en la medida que obedece a una estructura «compacta», donde la línea de lo urbano y lo rústico se manifiesta con particular nitidez.

Desde el punto de vista de la planificación territorial, el suelo rústico se incorporó a la ciudad fundamentalmente a partir de la mitad de este siglo a través de la planificación regional del territorio. La planificación regional si bien tuvo inicialmente un marcado carácter económico ha introducido otro objetivo —fundamentalmente a partir de la Carta Europea sobre Ordenación del Territorio de 23 de mayo de 1983³⁸— la protección medioambiental, lo cual ha permitido, al menos en un plano normativo, la vertebración de la ciudad con el entorno y en concreto con el medio rural. No obstante, a pesar de ello, la planificación urbanística en la actualidad sigue conservando una visión del suelo no urbanizable o rústico como un ámbito territorial que se debe preservar de todo proceso urbanizador, es decir, como expresión de lo que no es ni debe ser ciudad³⁹.

Puede, por ello, afirmarse que las potestades urbanísticas pierden parte de su fundamento tradicional a medida que la ciudad se

Para una visión más amplia de la situación en el siglo XIX me remito a la obra de M. BASSOLS COMA, *Génesis y Evolución del Derecho Urbanístico Español (1812-1956)*, Montecorvo, 1973. En relación con el desarrollo histórico del régimen relacionado con la salubridad e higiene de las actividades industriales véase el estudio de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, IEAL, 1973.

³⁷ En concreto, señalan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO que «la tradición del Derecho urbanístico, especialmente durante los siglos en que su contenido se ha expresado en las Ordenanzas de construcción y policía urbana, es que la competencia pública urbanística, como algo propio de la ciudad, correspondiente a los Municipios». *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, 1981, pág. 116.

³⁸ Define la Carta Europea la ordenación del territorio como «la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad». Dentro de los objetivos prevé mejorar la calidad de vida y administrar los recursos naturales y proteger el medio ambiente.

³⁹ Con especial claridad M. BASSOLS COMA ha señalado las conexiones entre territorio y medio ambiente en su artículo «El medio ambiente y la ordenación del territorio» dentro del número especial de dedicado a Ecología y Medio Ambiente en *Documentación Administrativa*, núm. 190, 1981.

diluye en el difuso medio rural. Fenómeno que, lógicamente, no sólo alcanza a las potestades de disciplina urbanística sino, en general, a las potestades inherentes a la ciudad tales como la gestión de los servicios públicos del abastecimiento y vertido, basuras o transporte..., etc., ya que también estos servicios municipales adquieren su pleno sentido dentro del núcleo propio de la ciudad y pierden fuerza en la medida en que la ciudad se dispersa en el entorno rural⁴⁰.

De acuerdo con todo ello, cabe concluir que las competencias municipales han venido afectando fundamentalmente a los problemas de la ciudad que, a su vez, se encuentra conectada con un ámbito territorial claramente delimitado. Por ello, la falta de aplicación de las medidas de disciplina urbanística en el ámbito del suelo rústico puede encontrar una explicación adicional en la tradicional desvinculación del suelo rústico de las competencias municipales de carácter urbanístico. De alguna manera, todo ello puede ayudar a entender que la ilegalidad en el suelo no urbanizable deba adquirir una especial gravedad para que los municipios ejerzan sus propias competencias en esta materia.

4. CONCLUSIONES

Creo que lo expuesto pone suficientemente de manifiesto la existencia de una situación de ineficacia que no es meramente coyuntural, ya que a la ausencia de arraigo histórico de estas medidas se añaden las dificultades del propio sistema del planeamiento urbanístico para otorgar la debida seguridad de objetivos al especial esfuerzo que exige su integración en el funcionamiento de la Administración⁴¹.

⁴⁰ Hasta el punto de que en las urbanizaciones de carácter aislado se viene aplicando un sistema de gestión privada o incluso de propiedad privada de los servicios y elementos comunes.

⁴¹ Seguramente, a los aspectos señalados podría añadirse la falta de un respaldo social que legitime más claramente la demolición de lo indebidamente construido. En gran parte de los casos en la construcción ilegal existe un perjuicio para el ordenamiento jurídico, pero no para una persona o grupo de personas concretas, como existe en las cuestiones de actividades molestas urbanas o de seguridad.

Evidentemente la regulación de una medida que contiene tal grado de inaplicación constituye de por sí un motivo de preocupación que se acentúa cuando el legislador atribuye expresamente a esta medida un carácter obligatorio de manera que obliga a las Administraciones a adoptar acuerdos de demolición a pesar de carecer de una clara voluntad de demoler lo indebidamente construido.

En concreto, ante esta situación cabe preguntarse en qué medida la proliferación de acuerdos que no se ejecutan puede conllevar efectos negativos que resten credibilidad al propio sistema, pues no resulta aventurado pensar que su generalizada inaplicación puede terminar creando una conciencia de impunidad en el propio contexto social. Se trata de una cuestión de difícil respuesta, ya que no se han elaborado estudios sobre los efectos que tal situación produce sobre la conciencia de los ciudadanos.

En mi opinión, el sistema normativo actual ha tenido un efecto positivo de prevención general sobre la población, y en este sentido no es aventurado afirmar que la adopción de acuerdos de demolición a pesar de su ulterior inexecución ha podido dotar al orden disciplinario de una gravedad que evidentemente ha pesado en la conciencia colectiva. De hecho, en las últimas décadas se ha producido una clara evolución en la sociedad española hacia una mayor adecuación al ordenamiento urbanístico, aun cuando posiblemente las causas no son únicamente atribuibles al sistema de protección de la legalidad sino, en general, a la paulatina implantación cultural del orden urbanístico⁴².

Pero, a su vez, creo que la prolongación de un sistema similar puede terminar diluyendo sus efectos preventivos a medida que la conciencia sobre su inaplicación cale en el contexto social. Los escasos resultados que ha alcanzado el mayor endurecimiento por

⁴² De esta manera, en los años 50 y principios de los años 60 las actuaciones ilegales en una plaza pública o sobre una zona verde constituían un problema importante que el legislador intentó paliar con la Ley de 2 de diciembre de 1963. Posteriormente, durante los años 70 el problema se trasladó hacia el suelo no urbanizable, en las periferias de las grandes ciudades aunque lo cierto es que también dentro de este fenómeno se puede constatar una evolución favorable desde su generalizada proliferación

el que han optado las CC.AA. permite también pensar que, a partir de un nivel de intensidad, las medidas tampoco producen los efectos deseados. En ocasiones, incluso cabe encontrar en la propia desproporción de las medidas previstas una cierta vocación de inaplicación, un obstáculo más para su efectiva materialización⁴³.

Por ello, ante las dificultades para dotar de una mayor eficacia a esta técnica cabe plantearse la posibilidad de, al menos, dotar a su regulación de una mayor congruencia entre legislación y realidad mediante la adecuación del ordenamiento a las posibilidades efectivas de actuación, todo lo cual redundaría, por otra parte, en beneficio de la seguridad jurídica en esta materia.

Dentro de esta hipótesis cabe sugerir algunos cambios a la vista de las causas apuntadas como fundamento de tal inejecución. Pero, con anterioridad, conviene recordar los aspectos generales del actual planteamiento normativo dado que la actual regulación de la demolición se asienta sobre unos sólidos fundamentos que cualquier propuesta de cambio debe tener presente, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo por cuanto constituye un punto de partida esencial para cualquier propuesta de modificación de la actual regulación urbanística.

V. REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y COMPLEMENTARIO DE LA SANCIÓN: POSIBLES PAUTAS PARA UNA REVISIÓN DEL PLANTEAMIENTO NORMATIVO

1. PLANTEAMIENTO NORMATIVO DE LA DEMOLICIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Aunque la Ley de 1956 constituyó el primer antecedente normativo que previó las medidas de restitución del orden físico en

⁴³ Según hemos visto, sus legislaciones han aumentado las multas económicas de manera que en algunas CC.AA. alcanza al 100 por 100 de la obra realizada. Pero ¿realmente la Administración se encuentra en condiciones de exigir el pago del 100 por 100 de la obra y además demoler lo indebidamente construido? Parece lógico entender que el endurecimiento adoptado se integra dentro de los fines de prevención general, es decir, con el objetivo de que su mera previsión normativa logre evitar situaciones antijurídicas. Pero también este objetivo resulta cuestionable, pues se puede encontrar en su propia desproporción un obstáculo para su efectiva aplicación.

los supuestos de realización de obras ilegales, en realidad hubo que esperar a la reforma de la Ley del Suelo de 1975 y sobre todo al Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978 para que el legislador dotara a estas medidas de un planteamiento teórico más claro, sobre el que, aún hoy día, descansa el ordenamiento jurídico vigente, ya que las Comunidades Autónomas no han hecho aportaciones reseñables a este respecto⁴⁴.

Las dos señas de identidad más significativas del planteamiento normativo son las siguientes: por una parte, la demolición constituye una medida o consecuencia independiente de la sanción administrativa⁴⁵. Su carácter no sancionador, además de conllevar diferentes reglas procedimentales, permite la imposición conjunta de la multa y la demolición; por otra parte, se entiende que dicha medida debe aplicarse a toda obra que no se ajuste a Derecho, es decir, el ordenamiento le atribuye un carácter obligatorio.

A su vez, la diferente naturaleza entre sanción y demolición conlleva, según la doctrina expuesta, en esencia, por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO⁴⁶, dos importantes consecuencias: por una parte, el orden sancionador exige la expresa tipificación de la conducta como infracción, mientras que la demolición constituye una consecuencia o reacción frente a toda transgresión del orden urbanístico, es decir, en tanto que el orden sancionador selecciona las conductas ilegales que por su gravedad merecen una sanción ad-

⁴⁴ La acumulación de medidas no ha ido acompañada por un cambio de planteamientos ni siquiera por una elaboración doctrinal clara como ha señalado ha señalado M. SARMIENTO en su trabajo titulado «Datos para la definición de la disciplina Urbanística en el Estado Autónimo». Señala en concreto dicho autor que «en cualquier caso, las diferentes leyes autonómicas se caracterizan por su afán represor: ampliación de los supuestos en que se exige licencia previa, incremento de las infracciones, aumento de las multas, etc. Quizá si se profundizara más en la configuración dogmática de técnicas e instituciones (v.gr., perfilar más y mejor las técnicas de control) o si se siguieran y explotaran otros caminos, como el establecimiento de sanciones accesorias, los resultados serían más halagüeños, pues el proceso encaminado a la perfección y maduración de la disciplina tiene que superar la etapa de dictar normas meramente repetitivas y abundar en la depuración en orden a condensar bien las infracciones, las conductas ilegales de forma eficaz». *RDU*, núm 159, 1998, pág. 83.

⁴⁵ Así se infiere de los 51 y 52 del R.D.U. aprobado por Decreto 2.187/1978, de 23 de junio.

⁴⁶ *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, 1981, págs. 791 y ss.

ministrativa, la demolición deriva de la mera existencia de una obra que no se ajusta al orden urbanístico. Por otra parte, la sanción en cuanto manifestación del «Ius Puniendi» del Estado tiene un fin esencialmente retributivo, por lo que se debe entender que el particular «paga» por la comisión de una conducta tipificada como infracción, mientras que la demolición no se impone con un fin represor sino como mera exigencia del ordenamiento de expulsar toda situación o construcción contraria al mismo.

Esta diversa naturaleza conlleva, en el orden práctico, diferencias sustanciales, ya que en tanto la efectiva aplicación de la sanción exige valorar las diferentes circunstancias personales que concurren en cada supuesto, la aplicación de las medidas de restitución del orden físico no exige tal valoración como consecuencia de su carácter objetivo, hasta el punto de que se pueden aplicar con independencia de que el propietario haya sido el autor de la obra.

Además, la distinción entre sanción y demolición ha permitido dotar a cada medida de un procedimiento más adecuado a sus necesidades, así como de aplicar las dos medidas de forma simultánea sin incurrir en los peligros de una doble imposición sancionadora. El sistema se sustenta, pues, en un planteamiento claro y sólido que ha ofrecido indudables ventajas en la aplicación de esta materia.

No obstante, dicho planteamiento no resulta inamovible ya que, en mi opinión, la discrecionalidad del legislador sobre esta cuestión es muy amplia, por lo que pueden ser perfectamente variados en función de lo que se considere más conveniente para el interés público. De hecho, los propios pilares teóricos sobre los que se ha asentado el vigente planteamiento han sido objeto de algunas variaciones importantes por parte del Tribunal Supremo que ha venido matizando el carácter objetivo e ineludible de la demolición a través de la aplicación del principio de proporcionalidad⁴⁷. Se

⁴⁷ J. A. PAYÁ GASENT resumía en 1986 la doctrina jurisprudencial sobre la demolición de lo indebidamente construido. De esta manera citaba el principio de proporcionalidad en función de la entidad de la infracción, el estado de la construcción o la existencia de terceros adquirentes. En opinión de este autor esta jurisprudencia conlleva un implícito correctivo de la falta de una inspección urbanística que impida su consolidación. «La demolición en las infracciones urbanísticas: aproximación a los criterios de la jurisprudencia en la aplicación del principio de proporcionalidad», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 99, 1986.

trata de una doctrina que si bien arranca de un momento anterior a la Constitución con fundamento en el art. 3.2 CC⁴⁸ y con carácter más específico en el art. 6 RSCL⁴⁹, se afianzó doctrinalmente a partir del art. 103.1 C.E.⁵⁰ que exige el pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, es decir, a los principios generales del Derecho⁵¹; no obstante, el Tribunal Supremo alude

Esta jurisprudencia se ha mantenido en términos similares en la jurisprudencia de la década de los años 90. Entre dicha jurisprudencia cabe citar especialmente las SSTs de 4-6-1994, Ar. 4617; de 18-7-1995, Ar. 6172, y 16-7-1996, Ar. 5947, entre otras.

⁴⁸ En concreto, señala textualmente el artículo 3.2 CC lo siguiente: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

⁴⁹ Una alusión general a la entidad o relevancia material de lo construido se recoge en la STS de 24 de marzo de 1975 Ar. 2319, «...para generar sin más la demolición de lo construido, ...es preciso, en primer lugar que el desajuste a las características de lo proyectado posea entidad significativa, es decir, relevancia material susceptible de ponderarse como verdadero cambio de la ordenación prospectiva de la obra que el proyecto implica; ...». Dentro de esta misma línea la Sentencia de 17 de febrero de 1981, Ar. 690, entiende que no procede la demolición cuando el exceso no implica una mayor altura del edificio. En concreto señala dicha Sentencia lo siguiente: «A ello se puede agregar el hecho de la pequeña entidad del tan aludido exceso de obra y de que la misma no ha implicado una mayor altura del edificio; circunstancias que, por sí solas, podrán justificar una actitud de prudencia ante el posible derribo de ese denunciado exceso, por tratarse de una medida de carácter excepcional, no justificada cuando con ello se rompe la regla de proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir».

Por último, cabe mencionar la Sentencia de 2 de mayo de 1981, Ar. 2017, que alude conjuntamente a la entidad de lo construido (ocupación de 40 cm. de dominio público) y la protección de terceros de buena fe: «Por la aplicación del principio racional de proporcionalidad que, claramente en el supuesto que nos ocupa, pone en evidencia la gran desproporcionalidad entre el mal que se trata de evitar (la supuesta ocupación abusiva de una franja de terreno público de una anchura de 40 cm.) y el que se produciría para subsanar aquél, ya que de un retranqueo de la línea de fachada implica la realización de unas obras de enorme costo y hasta un replanteo de partes esenciales de toda la edificación, por no hablar de los perjuicios que pueden afectar a los terceros adquirentes de buena fe de los pisos del inmueble que nos ocupa».

⁵⁰ De acuerdo con el precitado artículo, «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

⁵¹ Por su especial claridad, cabe citar literalmente el desarrollo argumental que expone la STS 18-febrero-1992, Ar. 2904 (Ponente, Excmo. Sr. Delgado Barrio): «Los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurí-

también a aquellos preceptos normativos de la legislación ordinaria que han venido a regular el procedimiento administrativo bien con carácter general —96 LRJAP y PAC⁵²—, bien de forma específica para el ámbito local —art. 84.2 LBRL⁵³ y art. 6 del RSCL—⁵⁴ que exige la inaplicación de la medida prevista legalmente, en este

dico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios "informen" las normas —art. 1.º, 4 del Título Preliminar del Código Civil— y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho —art. 103.1 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875)—. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios.

Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es de proporcionalidad —SS. 6-12-1986 (RJ 1986/8101), 7 febrero y 29 diciembre 1987 (RJ 1987/2908 y RJ 1987/9860), 30 abril y 22 julio 1988 (RJ 1988/3294 y RJ 1988/6328), 8 julio y 16 octubre 1989 (RJ 1989/5592 y RJ 1989/7368), 18-4-1990 (RJ 1990/3601), 4 abril y 3 diciembre 1991 (RJ 1991/3286 y RJ 1991/9389), etc.— que deriva claramente del art. 106,1 de la Constitución que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. En la misma línea, el principio de proporcionalidad tiene expresión en los arts. 84,2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985 (RCL 1985/799, 1372 y ApNDL 205) y 6.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956/85 y NDL 22516).

El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos:

- A) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables, debiendo utilizar el menos restrictivo para la libertad individual.
- B) Ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado».

⁵² Dicho artículo somete expresamente los medios de ejecución forzosa al principio de proporcionalidad en los siguientes términos: «La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, ...».

⁵³ Dentro del capítulo dedicado a la gestión de servicios públicos señala dicho artículo que «la actividad de intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual».

⁵⁴ Señala el art. 6 RSCL lo siguiente: «El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen. Si fueren varios los admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual».

caso la demolición cuando «éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado»⁵⁵.

En concreto, el Tribunal Supremo ha aplicado el principio de proporcionalidad en los supuestos en los que el alcance de la obra ilegal es de escasa entidad, que en algunos casos cuantifica en términos relativos o porcentuales sobre el total permitido⁵⁶, y en otros, de forma más genérica, alude a aquellas *desviaciones propias de la complejidad de su técnica*⁵⁷, o bien, aún con menor peso den-

⁵⁵ STS 18-febrero-1992, Ar. 2904. Ponente, Excmo. Sr. Delgado Barrio.

⁵⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 1995, Ar. 6172, «considera que no procede la demolición de una construcción de un silo que extralimita un 0,73 por 100 del volumen permitido». Señala, en concreto, la citada Sentencia que «efectivamente: según los informes del Arquitecto, las instalaciones de "Maiceras Españolas, S. A.", en Almacera, ocupan una superficie de 15.995 m², con un volumen ya edificado de 136.850,05 m³, a razón de 8,556 m³/m², los autorizados por las Normas Subsidiarias. Y aunque no se ha realizado ninguna cubicación rigurosa del silo en cuestión, según los mismos informes supone un volumen de 993,63 m³».

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1996/4205 considera improcedente la demolición de una marquesina por su escasa relevancia. Señala, en concreto, lo siguiente: «Según el informe pericial sólo tiene el elemento de acabado frontal y lateral de una posible antigüedad inferior a cuatro años, pero tal elemento en absoluto varía ni la estructura, volumen, altura, o aspecto exterior de esa instalación, por lo que simplemente se ha de calificar como una modalidad intrascendente de mero embellecimiento de la marquesina cuya irrelevancia contemplada desde el principio de proporcionalidad en absoluto puede justificar cualquier medida de demolición total o parcial».

⁵⁷ La STS de 4 de junio de 1994, Ar. 4617, recuerda la doctrina general en virtud de la cual no procede la demolición cuando se trata de excesos de escaso alcance que se explican en muchos casos por la propia complejidad técnica de las construcciones, si bien en el caso que examina, la construcción de una nueva planta dedicada a oficinas, entiende en buena lógica que se encuentra dentro de dicho criterio. Señala, en concreto, lo siguiente: «En efecto, dicho principio, como señalan las Sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1989 y de 16 de febrero de 1993, ha sido configurado como un medio extraordinario de evitar derribos que procedieran por una estricta aplicación de las normas, pero que pugnarían con los principios de justicia material, habida cuenta de que en la construcción, por la complejidad de su técnica, es fácil que incluso de buena fe, se cometan errores que no deban perjudicar al conjunto de una obra que globalmente esté dirigida al bien común y suponga una creación de riqueza mediante el esfuerzo del hombre. Doctrina esta última que nada tiene que ver con el supuesto que nos ocupa, que no se trata de excesos o errores de escasa cantidad que pueden justificar la aplicación del aludido

tro de su jurisprudencia, el Tribunal Supremo aplica dicho criterio en los supuestos en que concurren terceros adquirentes de buena fe, constituye un segundo criterio contrario a la demolición de lo ilegalmente construido⁵⁸.

De esta manera, aunque su aplicación efectiva sea muy escasa, el principio de proporcionalidad añade un importante matiz al planteamiento normativo sobre el carácter automático u objetivo de este tipo de medidas, ya que ni resulta aplicable a toda transgresión del orden urbanístico con independencia de la gravedad de la acción, ni su aplicación puede desvincularse totalmente del autor de los hechos.

En definitiva, el criterio jurisprudencial abunda en las conexiones entre sanción y demolición que de forma más o menos clara

principio de proporcionalidad, sino de la construcción de una nueva planta destinada a oficinas en una nave fuera de ordenación».

Por su parte, la STS de 21-6-1994, Ar. 5338, entiende que «el incumplimiento de la ocupación máxima en ambas plantas y en noventa centímetros el retranqueo de fondo, tampoco se puede calificar como un exceso de escasa entidad». Señala dicha Sentencia lo siguiente: «Pues bien, en el caso que se examina no puede entenderse que se esté ante la desviación de escasa entidad a la que se ha hecho antes referencia si se tiene en cuenta que de las actuaciones resulta que conforme a la normativa aplicable en la fecha en que se dictaron los actos impugnados, la ocupación máxima permitida en todas las plantas era del 60 por 100, lo que suponía en la edificación litigiosa 84,33 m² por planta, siendo así que lo construido en la planta baja han sido 117 m² y en la planta piso 101 m², por lo que lo edificado en exceso supera en un 38 y 19 por 100, respectivamente, a lo permitido por la normativa urbanística, porcentajes los indicados que, como ya se ha adelantado, impiden la aplicación del principio de proporcionalidad. Por otro lado, el retranqueo a fondo supera, según el dictamen pericial, noventa centímetros el autorizado, que es de tres metros, exceso el indicado que asimismo impide la aplicación del principio al que nos venimos refiriendo». En similares términos, la STS de 16-7-1996, Ar. 5947.

⁵⁸ Se trata de un criterio aplicado con mayores matices y en ocasiones dentro de un contexto de escaso alcance. En concreto, señala la Sentencia de 30 de junio de 1981, Ar. 2808, la importancia del momento en que se presentan las denuncias sobre la ilegalidad de las obras «cuando, de los dos bloques, el sito al Norte, está casi construido, y el sito al Sur, en fase de construcción; lo que ciertamente no es intranscendente, puesto que es fácil de imaginar la gran diferencia de efectos entre acordar suspensiones de obras, o de demoliciones, al comienzo de las mismas, o cuando éstas están terminadas, o a punto de concluirse, máxime ante la enorme complicación que en estos últimos supuestos suelen presentarse, con la interferencia de numerosos compradores de viviendas, normalmente en posición de terceros interesados de buena fe».

existen en el propio planteamiento normativo⁵⁹, lo cual, tal como se ha indicado anteriormente⁶⁰, permite justificar posibles propuestas alternativas al actual planteamiento normativo en virtud del cual se atribuye a la demolición un carácter objetivo, obligatorio e independiente de la sanción.

2. POSIBLES ALTERNATIVAS A LA REGULACIÓN VIGENTE

Como he indicado anteriormente la conveniencia de una revisión de la actual regulación normativa depende de la mayor o menor efectividad que puede atribuirse a un sistema normativo que obliga a la Administración a adoptar acuerdos de demolición sistemáticamente incumplidos. En caso, no obstante, de que se optara por dotar al sistema de una mayor congruencia entre legis-

⁵⁹ En relación con tales conexiones, cabe recordar que la diferencia entre infracción administrativa, a la que se refiere la sanción y vulneración del ordenamiento jurídico, de la que deriva la demolición, no es clara desde el momento en que la legislación urbanística tipifica como infracción la práctica totalidad de las vulneraciones del ordenamiento urbanístico de manera que no existe en la práctica distinción entre infracción y transgresión del ordenamiento.

De esta manera, los caminos se acortan en las dos direcciones: desde la aplicación selectiva de la demolición en función de la gravedad de la acción y desde la propia amplitud de la infracción urbanística que se confunde con los supuestos de vulneración del orden urbanístico.

Por otra parte, un examen detenido de los fines de la sanción y de la demolición pone de manifiesto un amplio común denominador. En efecto, la sanción junto con el carácter retributivo tiene un marcado fin preventivo en la medida que conlleva un evidente efecto sobre conciencia de la colectividad. Pues bien, no cabe duda que dicho fin intimidatorio en la conciencia general se encuentra también en la medida de la demolición, pues no cabe duda que el ciudadano teme tanto o más la destrucción de lo construido que la eventual imposición de una multa económica.

⁶⁰ En relación con la discrecionalidad legislativa sobre esta cuestión cabe indicar asimismo que en nuestro Derecho Sancionador como en el Derecho Penal no existe un concepto metalegal sustantivo de lo que es o no sanción. Existe una amplia opción del legislador sobre la base de unos elementos mínimos: imposición de un mal consistente en una limitación o privación de un derecho como consecuencia de la previa vulneración del ordenamiento jurídico tipificado como infracción e impuesto por órgano competente. A este respecto me remito a mi trabajo *El Sistema Sancionador Español: hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000, y en concreto, al Capítulo I, relativo al concepto de sanción.

lación y realidad bastaría con profundizar en la dirección apuntada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de una distinción clara entre supuestos obligatorios y potestativos en función del mayor o menor entronque de los diversos supuestos con las posibilidades reales de las potestades administrativas. De acuerdo con ello, se pueden apuntar algunas ideas que podrían corregir el sistema actual en diversas direcciones:

En primer lugar, cabría limitar el carácter obligatorio de la demolición a los supuestos en que existe un sólido fundamento o bien jurídico protegido. Hemos tenido la ocasión de comprobar que tales supuestos se circunscriben, por razones históricas, a la protección del dominio público, pudiéndose añadir otros supuestos en los que la protección no se ciñe a la legalidad objetiva sino que incluye la protección física de las personas, tales como la construcción en zonas de riesgo.

En el resto de los supuestos, la demolición tendría un carácter potestativo a fin de evitar la adopción de acuerdos de demolición que la Administración no pretende ejecutar. La propia regulación del art. 319 del Código Penal, que prevé la demolición como una medida accesoria que con carácter potestativo puede imponerse⁶¹, podría constituir una referencia clara para esta propuesta.

Además, dentro de este contexto, parece lógico introducir, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las consecuencias concretas del principio de proporcionalidad en la aplicación de la demolición, de manera que se puedan excluir los supuestos de obras ilegales de escaso alcance y las construcciones que hayan sido adquiridas por terceros de buena fe.

Por último, cabría la posibilidad de atribuir a la demolición un carácter alternativo a la propia sanción administrativa ya que dentro de un planteamiento más realista de estas medidas la imposición de ambas medidas puede resultar una conclusión excesiva. En efecto, tal como he expuesto anteriormente, la doble imposición de una multa económica y la demolición de lo construido constitu-

⁶¹ Señala el art. 319.3 del CP lo siguiente: «En cualquier caso, los jueces o tribunales motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe».

yen una previsión en muchos casos desproporcionada —fundamentalmente en la versión de la legislación de las CC.AA.— que conlleva efectos contrarios a la propia ejecución de la demolición. Por ello, podría atribuirse a los supuestos de demolición, además de un carácter selectivo y potestativo, un carácter alternativo a la sanción de manera que en caso de que la Administración optase por demoler lo indebidamente construido, pudiera excluir la aplicación de la multa económica por entender que la efectiva ejecución de lo construido indebidamente absorbe los objetivos de carácter retributivo y preventivo propios de la multa económica.

En definitiva, como puede fácilmente apreciarse de todo lo expuesto, la regulación de la demolición constituye una cuestión compleja que exige, evidentemente, una más amplia reflexión, si bien creo que en absoluto se puede descartar la posibilidad de dotar al ordenamiento de un mayor realismo en aras de su congruencia, lo cual redundaría, al menos, en un incremento de la seguridad jurídica tanto para la Administración como para los particulares.