



PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. ¿SE PUEDE EVITAR EL DERRIBO DE LAS OBRAS EJECUTADAS SIN LICENCIA O SIN CUMPLIR LAS CONDICIONES DE LA LICENCIA?

1. La protección de la legalidad urbanística.

En Cataluña, el Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto y el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, aprobado por el Decreto 64/2018, de 18 de mayo, establecen el marco regulador para la protección de la legalidad urbanística, una función pública esencial para asegurar que la transformación y el uso del suelo se realicen conforme al interés general y al ordenamiento jurídico.

Ante acciones u omisiones que presuntamente comporten vulneración de las determinaciones del ordenamiento urbanístico, el procedimiento de protección de la legalidad se divide en dos vertientes, relacionadas entre ellas, pero que pueden desarrollarse de forma independiente a nivel de procedimiento. Por un lado, el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida si, es el caso, mediante la aplicación de medidas de restauración de la realidad física, como puede ser el derribo de lo construido y; por otro lado, el procedimiento sancionador respecto las infracciones urbanísticas tipificadas que se haya podido cometer. Si bien del artículo 144 del Reglamento sobre protección de la legalidad, aprobado por el Decreto 64/2014, de 18 de mayo, parece deducirse que se prefiere que las medidas de restauración se integren en el procedimiento sancionador, es práctica habitual que estas medidas y el procedimiento sancionador se tramiten en procedimientos independientes, aunque puedan impulsarse de forma paralela.

Y uno de los supuestos de vulneración del ordenamiento urbanístico habituales es la ejecución de obras sin disponer del título administrativo habilitante (disponer de licencia de obras o haber realizado la comunicación previa según el tipo de obras a ejecutar) o no ajustándose a las obras autorizadas. Pese a que es habitual asociar la ejecución de obras sin ajustarse a la legalidad con el derribo de lo construido, el derribo no es siempre la consecuencia final ni la única forma de restaurar la legalidad.

En este artículo se exponen diferentes formas de finalizar el procedimiento de protección de la legalidad por obras ejecutadas sin habilitación administrativa habilitante o sin ajustarse a las condiciones del título y el proyecto sin que la consecuencia final sea el derribo de lo construido.

2. La importancia del trámite de audiencia ante el requerimiento de legalización o justificación del carácter manifiestamente ilegalizable de las obras.



De forma previa, es necesario detener la atención en la importancia del trámite de audiencia para el buen término del proceso y intentar evitar que se adopte la medida más gravosa, como sería el derribo de lo edificado.

Antes de notificar la resolución de incoación del procedimiento, la Administración deberá efectuar un análisis previo de las obras ejecutadas para determinar si son compatibles con el ordenamiento urbanístico y, por tanto, si se podría obtener la habilitación administrativa necesaria para legalizarlas. En función de este análisis previo, en la resolución de incoación del procedimiento, la Administración deberá:

- Cuando las **obras no sean manifiestamente ilegalizables**, requerir a la persona interesada para que, en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación solicite la licencia de obras o efectúe la comunicación exigida para proceder a la legalización de la obra ejecutada o ajuste las obras a las condiciones del proyecto autorizado.

En ese caso, deberá advertirse de las medidas de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado se podrían adoptar (como el derribo de lo construido) en el caso de que el acto no sea legalizable o no se legalice en el plazo indicado.

- Si las **obras son manifiestamente ilegalizables**, deberá hacerlo saber de forma motivada al notificar la resolución de incoación, advirtiéndole de las medidas de restauración de la legalidad física que se considera necesario adoptar.

La resolución de incoación del procedimiento con el requerimiento de legalización o la justificación de que las obras son manifiestamente ilegalizables debe notificarse a las personas interesadas confiriendo un plazo de audiencia de 15 días. Posteriormente, una vez transcurrido el trámite de audiencia y, si es el caso, el tiempo necesario para la presentación del proyecto para la legalización de las obras sin que se haya presentado el proyecto, la Administración dictará la resolución que ponga fin al procedimiento, en la que acordará las medidas de restauración física pertinentes para restaurar la legalidad, entre estas, una de las más habituales, el derribo de lo construido.

El trámite de audiencia tiene pues una gran trascendencia si lo que se quiere es evitar el derribo de lo edificado, especialmente si la Administración ha apreciado previamente que las obras son manifiestamente ilegalizables, pero también incluso en el caso de que la Administración haya apreciado que las obras son legalizables. Así, en caso de que la Administración haya apreciado, a priori, que las obras son manifiestamente ilegalizables, es en este momento que se pueden y deben plantear ya la mayoría de las alternativas para poder evitar el derribo de lo construido y, en caso de obras en curso de ejecución, para levantar la suspensión provisional. Por ello es importante **contar en este momento con un adecuado asesoramiento técnico y jurídico, y no caer en el error de**



esperar a buscar ayuda cuando la Administración ya ha dictado la resolución que pone fin al procedimiento y haya dictado ya una orden de derribo:

- En primer lugar, porque a diferencia de la fase de audiencia, cuando se ha dictado la orden de derribo la Administración se ha decantado ya por un criterio y ha adoptado una decisión definitiva y lo único que cabe es un recurso, lo que ya implica que la Administración rectifique su decisión previa o sea un juez el que rectifique el criterio adoptado por la Administración.
- En segundo lugar, porque una vez dictada la orden de derribo, esta es ejecutiva, y no solo debe lucharse para su revocación, sino para que se suspenda su ejecución mientras se tramita el recurso y, en muchas ocasiones, de forma paralela, con las multas coercitivas que la Administración acuerda para ejecutar forzosamente la orden de derribo. Y si bien en el caso que las obras constituyan la vivienda habitual es habitual poder obtener la suspensión de la ejecución, en obras que no afecten elementos esenciales de la vivienda o que afectan a otras dependencias o tipos de edificaciones, el criterio es más dispar y no siempre se logra la suspensión.
- Finalmente, si se trata de obras en curso de ejecución, porque este es el momento de intentar evitar que se ratifique la suspensión de las obras acordada de forma provisional y los perjuicios de tener paradas las obras hasta el final del procedimiento y/o de los recursos para revocar la resolución administrativa.

Por otro lado, como se ha dicho, aunque la Administración aprecie que las obras son legalizables, disponer de asesoramiento técnico y jurídico resulta igualmente esencial para dar respuesta al requerimiento de legalización. En este punto, por ejemplo, puede ser necesario justificar que las obras sí se ajustan al proyecto y, por tanto, no es necesario realizar ninguna actuación para proceder a su legalización, o bien poder justificar de forma adecuada la propuesta de legalización de las obras que se presente para evitar que sea rechazada (lo que traería la adopción de medidas de restauración física como el derribo).

Dicho esto, a continuación, se analizan algunos de los supuestos que pueden evitar que la restauración de la legalidad conlleve la obligación de adoptar medidas de restauración física como el derribo de lo edificado.

3. Prescripción de la acción de restauración.

No podrá ordenarse el derribo de lo construido ni la adopción de otras medidas de restauración de la realidad física si ha prescrito la acción de restauración. Y la acción de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado **prescribe a los seis años** de haberse producido la vulneración de la legalidad urbanística o, en su caso,



la finalización de las actuaciones ilícitas. Es importante subrayar que el plazo de prescripción inicia a computar desde la terminación completa de las obras.

La **carga de la prueba** corresponde al administrado, por lo que será necesario disponer de medios de prueba que permita acreditar el transcurso de ese lapso de tiempo, como pueden ser fotografías aéreas, actas notariales, facturas, certificados de obra, informes sobre la antigüedad de los materiales o similares.

El plazo de prescripción debe haberse cumplido en el momento de incoación del expediente, toda vez que la resolución de incoación interrumpe la prescripción.

El transcurso del plazo de prescripción permite consolidar la obra ejecutada. Si la edificación no se ajusta a planeamiento, quedará en situación de fuera de ordenación o volumen disconforme en función del tipo incumplimiento (en suelo no urbanizable, quedará en todo caso en fuera de ordenación) y, por tanto, con un régimen de obras futuras admitidas limitado con las reglas del artículo 108 del Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, si bien, en el caso del volumen disconforme, con una importante flexibilidad y margen de actuación.

No obstante lo anterior, hay dos **supuestos en que la acción de restauración no prescribe nunca**, que son los siguientes:

- Obras ejecutadas en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario.
- Obras ejecutadas en terrenos que el planeamiento clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto por el artículo 32.a, esto es, los suelos de especial protección en virtud del planeamiento territorial o sectorial, porque lo establecen las determinaciones de un plan director o por sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

Se trata de una cuestión que puede generar controversia desde la perspectiva de la seguridad jurídica, especialmente si se considera que, con el paso del tiempo, los inmuebles han podido ser objeto de varias transmisiones, especialmente si se compara con que incluso los delitos más graves del Código Penal tienen un plazo de prescripción definido. Ello se explica en el hecho de que el procedimiento de protección de la legalidad, en lo que respecta a la acción de la realidad física, no tiene la naturaleza de procedimiento sancionador (por ello lo que es imprescriptible es exclusivamente la acción de restauración de la realidad física, no las infracciones derivadas de la ejecución de las obras).

4. La caducidad del procedimiento.



Los procedimientos de protección de la legalidad urbanística caducan si, una vez transcurrido el plazo máximo de dieciocho meses para dictar resolución, esta no ha sido dictada y notificada. El plazo se computa desde el acuerdo de iniciación del procedimiento y puede suspenderse en los supuestos legalmente previstos. Entre estos, destacar que, si las obras son manifiestamente ilegalizables, el plazo queda suspendido entre la notificación del requerimiento de legalización y la emisión de la resolución denegatoria del título para proceder a su legalización si se acaba constatando que no son legalizables.

Se trata de otro posible final del procedimiento que evitaría el derribo de las obras. No obstante, ello no garantizaría la consolidación de lo edificado porque, a diferencia de la prescripción, **la caducidad del plazo para emitir la resolución definitiva del procedimiento no impide que pueda incoarse un nuevo procedimiento con el mismo objeto si no ha prescrito el plazo para hacerlo.**

5. Legalización de las obras

El mecanismo primordial para evitar una orden de derribo es la legalización de las obras. Como se ha dicho, excepto que las obras sean manifiestamente ilegalizables, con la resolución de incoación del procedimiento debe requerir a la persona interesada para que, en el plazo de **dos meses** a contar desde la notificación, solicite el título administrativo que la habilite para llevarlos a cabo, o efectúe la comunicación requerida o, en su caso, ajuste las obras o las actuaciones al contenido del título administrativo otorgado o de la comunicación previa efectuada.

La consecuencia de no proceder a la legalización de las obras en el plazo indicado será la de poner fin al procedimiento de restauración dictándose una orden de derribo. Por tanto, durante ese plazo deberán llevarse a cabo los trabajos para poder legalizar las obras, sin perjuicio de las prórrogas que puedan solicitarse por causas debidamente justificadas, como puede ser la complejidad del proyecto a redactar o de las obras a ejecutar para ajustarlas a la legalidad,

Como se ha expuesto, la legalización de las obras puede llevarse a cabo de diferentes formas:

- Simplemente presentando el proyecto para su legalización mediante la obtención del correspondiente título administrativo o modificación del título (licencia o comunicación previa), cuando las obras ejecutadas se ajustan a la legalidad pero se han ejecutado sin habilitación administrativa o no se ajustan al proyecto autorizado.
- Ejecutando las actuaciones para adecuar las obras ejecutadas a la legalidad y/o al proyecto autorizado, ya sea adaptándolas al proyecto autorizado o previa



presentación de un proyecto para obtener el título administrativo necesario para ejecutar las obras indicadas.

La legalización de las obras, además, comportará que, en el procedimiento sancionador, si la actuación está tipificada como grave o muy grave, pase a estar tipificada como leve, con la correspondiente reducción de la potencial sanción que puede ser impuesta.

6. La posibilidad de evitar el derribo por cambios de circunstancias sobrevenidas respecto el momento en que se inició el procedimiento o se dictó la orden de derribó.

Lo más destacado de este supuesto es que incluso **puede permitir evitar una orden de derribo ya firme en vía administrativa y judicial si aun no se ha ejecutado.**

Puede suceder que, **por circunstancias sobrevenidas, como pueden ser cambios legislativos o de planeamiento, unas obras que eran manifiestamente ilegalizables con la normativa vigente cuando se incoó o tramitó el expediente de protección de la legalidad, devengan legalizables.** Estas circunstancias pueden sobrevenir durante la tramitación del procedimiento en vía administrativa, mientras se está tramitando el recurso judicial contra la orden de derribo o para revocar una licencia o incluso mientras adquiere firmeza la Sentencia y, en general, en cualquier momento antes de que se hay ejecutado la orden de derribo.

En este caso existe una jurisprudencia consolidada que aboga por la aplicación de la norma más beneficiosa y se pueda realizar un nuevo juicio sobre la legalización de las obras y, **sin son legalizables con la normativa del momento en que debe resolverse el procedimiento o ejecutarse el derribo, permitir su legalización,** y ello incluso cuando ya se ha dictado la orden de derribo y en caso de condenas por delitos urbanísticos que llevan aparejada el derribo de lo edificado. El Tribunal Supremo señala que las medidas de restauración operan de forma complementaria y se pueden dejar sin efecto si, incluso después de recaer Sentencia, se produce una modificación de planeamiento que la convierte en innecesaria por la posibilidad de una futura legalización.

Dicha doctrina tiene base en el principio de proporcionalidad y, como parte de este, el de sostenibilidad ambiental por, como declara el Tribunal Supremo, *“el contrasentido que representaría la demolición de unas construcciones, consentidas por el ordenamiento urbanístico en el momento en que fuera a ser realizada”*. A tal efecto puede sostenerse de forma solvente que la alternativa de derribar las obras y después poderlas volver a reconstruir no cumple con los criterios de sostenibilidad, al suponer un derroche injustificado de medios económicos y materiales y una mayor perturbación a nivel ambiental que la de no derribar las obras.



No obstante, ello **no debe entenderse como una vía libre para poder modificar el planeamiento “ah hoc” para evitar el derribo** porque, de llegarse a la conclusión que la modificación de planeamiento no tiene un interés público que la justifique más allá que eludir la orden de derribo o la ejecución de una Sentencia con esa finalidad, sería declarada nula de plena derecho por desviación de poder. Por tanto, será necesario que pueda justificarse que hay un interés público ajeno al expediente de protección de legalidad y con un alcance general o ámbito territorial que excede el de los terrenos afectados por el expediente de protección para poder hacerlo valer como una circunstancia sobrevenida que sirva para permitir la legalización de las obras ejecutadas y no se entienda como una desviación de poder para eludir el derribo.

7. Ponderación atendiendo al principio de proporcionalidad , interés público y perjuicios a terceros.

Si bien la restauración de la legalidad urbanística vulnerada es, en sí misma, una manifestación del interés público, pueden surgir situaciones complejas donde la ejecución de una orden de derribo entre en conflicto con otro interés público que, en un ejercicio de ponderación, pueda considerarse prevalente y que, en circunstancias muy excepcionales, pueda operar como un factor que module o incluso lleve a reconsiderar la ejecución de dicha demolición.

El principio de proporcionalidad exige que las medidas adoptadas por la Administración sean idóneas, necesarias y ponderadas en relación con el fin que persiguen. La orden de demolición es la respuesta más contundente frente a una obra ilegal o ilegalizable. El principio de proporcionalidad debe permitir modular la actuación administrativa para **evitar que una respuesta, aunque legal, resulte excesiva o cause un daño desproporcionado**. Por ello, y aunque la demolición es la consecuencia procedente cuando la obra es incompatible con el ordenamiento urbanístico y no puede ser legalizada, la proporcionalidad puede jugar un papel en:

Así pues, **en algunos supuestos que pueda justificarse debidamente, la aplicación la existencia de un interés público prevalente, la aplicación del principio de proporcionalidad o una combinación de ambos, podría permitir evitar el derribo de la edificación incluso cuando las obras son manifiestamente ilegalizables**. Algunos de los aspectos a considerar serían (no necesariamente como aspectos independientes y estancos, sino también valorados en conjunto):

- **Infracciones de mínima entidad.** Cuando la ilegalidad cometida es de escasa relevancia y tiene un impacto insignificante en el entorno o en el planeamiento urbanístico. Un ejemplo clásico sería una extralimitación de pocos centímetros en la altura o ocupación de una edificación que, por lo demás, cumple con la normativa. En estos casos, demoler la totalidad del inmueble podría considerarse desproporcionado.



- El coste (económico, social o incluso ambiental) es manifiestamente excesivo o desproporcionado de la demolición en comparación con la naturaleza y gravedad de la infracción.
- La posibilidad de adoptar medidas alternativas menos gravosas. Si existen otras formas de restaurar la legalidad o compensar el daño causado que no impliquen la demolición total lo que, en parte, guarda relación con la posibilidad de ejecutar obras de adecuación a la legalidad. Esto podría incluir, entre otras, la demolición parcial de la parte ilegalizable (si es técnicamente viable y la parte restante es conforme a la ordenación); o la imposición de medidas correctoras que permitan salvaguardar el interés que se trataba de proteger con la norma infringida.
- Conservación de valores relevantes. Si la edificación ilegal, con el tiempo, ha adquirido o se ha reconocido un valor cultural, histórico, arquitectónico o incluso social significativo para la comunidad, y su demolición supusiera una pérdida irreparable. Lógicamente, esto requeriría un reconocimiento formal o una evidencia muy sólida de dicho valor.
- Necesidades públicas sobrevenidas. Obras que, aunque inicialmente ilegales, demuestran ser cruciales para satisfacer una necesidad pública imperiosa y sobrevenida (por ejemplo, tras una emergencia o catástrofe) y cuya demolición causaría un perjuicio mayor al interés general que su mantenimiento. Ello, de hecho, abriría la posibilidad de poder aprobar una modificación normativa para permitir una posterior regularización de las obras.
- Buena fe del infractor o error excusable y ausencia de perjuicios a terceros. Aunque la buena fe no exime del cumplimiento de la legalidad, puede ser un factor a considerar en la ponderación, especialmente si la infracción es menor, no causa perjuicios a terceros ni afecta gravemente al interés público, y pudo derivar de un error excusable.
- La imposibilidad material de ejecución porque los perjuicios que puede provocar son más graves que la propia infracción, especialmente si esta es de impacto limitado y no causa perjuicios a terceros. Por ejemplo, si la demolición pudiera causar daños graves y desproporcionados a edificaciones colindantes legalmente erigidas y no existen alternativas técnicas viables para ejecutarla de forma segura; perjuicios sociales (como desplazamientos, pérdida o afectación a servicios públicos esenciales sin alternativa viable); si presenta riesgos inasumibles para la seguridad o medio ambiente (contaminación, afectación ecosistemas o similares).

**El presente artículo es meramente divulgativo y no supone asesoramiento ni compromiso de actualización.*



FERNANDEZADVOCATS

Para más información o asesoramiento, contacte con info@fernandezadvocats.es.