

LAS SANCIONES EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO

Por

BALTASAR DE LA CRUZ RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho y Profesor Tutor de la UNED

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN AL TEMA. EL MARCO DE LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS.- 2. LA “DUALIDAD” DE SANCIONES. EL TRASVASE DE PRINCIPIOS DEL ÁMBITO PENAL AL ADMINISTRATIVO.- 3. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.- 4. CLASES DE INFRACCIONES URBANÍSTICAS.- 5. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.- 6. LA PROTECCIÓN CIVIL DE LOS BIENES URBANÍSTICOS.- 7. LOS TIPOS PENALES.- 8. CONSIDERACIONES FINALES.

1. APROXIMACIÓN AL TEMA. EL MARCO DE LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS

De una forma genérica puede decirse que los bienes urbanísticos han estado siempre protegidos por el Derecho Penal, toda vez que los tipos delictivos que han perseguido conductas como la prevaricación en las resoluciones administrativas vinculadas a la ordenación, planeamiento y ejecución del urbanismo, el cohecho, o la falsedad, o los simples daños sobre las urbanizaciones y edificaciones, entre otros, son figuras delictivas de larga tradición¹. Pero no es hasta que se aprueban los arts (artículos) 319 y 320 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –CP– vigente, cuando se presentan de forma directa y novedosa², *strictu sensu*, los delitos sobre la ordenación del territorio³.

¹ Por ello afirma Ramón Parada que la legalidad urbanística y la justicia penal no han pasado durante muchos años de la situación de durmientes, situación de la que han despertado en los últimos tiempos en que se ha reaccionado frente a presuntas obras y licencias ilegales con la contundencia de las querellas por prevaricación tal y como estaba definido este delito en el Código Penal anterior, habiéndose dictado diversas sentencias de condena sin que previamente la justicia administrativa se haya pronunciado sobre la corrección o no de la actividad administrativa. En *Derecho Administrativo III*, Ed. Marcial Pons, 2002, pág. 612.

² ¿A buenas horas, mangas verdes? ¿Habría supuesto su anterior tipificación el que se hubieran evitado algunos desmanes urbanísticos, de hacinamiento poblacional, de atentados paisajísticos, etc? Las sanciones administrativas sobre esta materia han demostrado, en muchos casos, su inoperante aplicación y escaso poder disuasorio ante los agentes urbanísticos infractores.

³ El primero de ellos con el siguiente tenor:

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 administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*

2. *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 el suelo no urbanizable.*

3. *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.*

El art. 320, por otra parte, se refiere a la Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes. Será castigado con la pena del artículo 404 CP, referido al tipo genérico de prevaricación, y además, con la de prisión de seis meses a dos años o la multa de doce a veinticuatro meses. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, haya resuelto o votado a favor de una concesión, a sabiendas de su injusticia.

Debemos hacer aquí una aclaración terminológica respecto al parco e impreciso rótulo del Capítulo I del Título XVI del CP, que titula los delitos sobre la ordenación del territorio cuando, con mayor rigor jurídico debiera referirse también a la urbanización y edificación, toda vez que el concepto de ordenación del territorio responde, en puridad, a un concepto más restringido. Recordemos que el Derecho urbanístico comprende tanto los procesos, bien diferenciados, de ordenación del territorio, y su transformación física a través de la urbanización y posterior edificación; y a todas esas fases afectan los tipos delictivos contemplados en el Capítulo referido. Esas distintas fases, al margen del debate sobre su correcta concepción y delimitación, deben distinguirse porque son objeto de variadas potestades y derechos para los distintos agentes urbanísticos (Administraciones y Particulares) que en ellas intervienen. La ordenación del territorio comprende la planificación, básicamente estatal y regional, a la que sigue la urbanización, creación de espacios comunes de comunicación y servicios, concluyendo en la edificación, último escalón donde la intervención administrativa modula el *ius aedificandi*. Pero, paradójicamente, la incriminación penal se ha centrado sobre la construcción o edificación, quedando al margen actividades de planeamiento como por ejemplo las recalificaciones, donde ha tenido enorme protagonismo la corrupción, lo que no significa que esas conductas puedan ser perseguidas a través de la figura genérica de la prevaricación, singularmente incluida en este título.

Esos preceptos se encuadran dentro de la tipificación de los delitos contra la ordenación del territorio (arts. 319 y 320) y sobre el patrimonio histórico (arts. 321 a 324), sobre los que pueden adoptarse medidas cautelares para la protección de dichos bienes (art. 339)⁴, todos del CP.

Ahora bien, debemos situarnos en el contexto, en la materia urbanística⁵ que aquí nos convoca, concretamente las Infracciones Urbanísticas; por lo que debemos delimitar previamente el origen y alcance administrativo que ellas, naturalmente, siguen teniendo.

Pero antes debemos hacer una breve, y por ello incompleta, mención al “endemoniado” marco jurídico que el urbanismo presenta en el Ordenamiento Jurídico español, cuya “caja de Pandora” se abrió tras la Sentencia del Tribunal

⁴ *Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.*

⁵ Partiendo previamente del art. 47 de la Constitución, y 1101 a 1112 del Código Civil, y 1305.2 del mismo, en relación a la materia penal que ahora trataremos.

Constitucional 61/1997, de 20 de marzo –STC 61/97-. Ésta declaró inconstitucionales y nulos un buen número (más de 200) de los preceptos del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana –TR92- por considerarlos viciados de incompetencia, provocando una profunda renovación del urbanismo en España. A las Comunidades Autónomas corresponde, por tener atribuida la competencia exclusiva en la materia, a la luz del art. 148.1.3 de la Constitución y las referencias que cada Comunidad tenga en su respectivo Estatuto de Autonomía, y en los términos y con el alcance clarificados por dicha Sentencia, la emanación de las normas que deban integrar el ordenamiento urbanístico, sin perjuicio de su articulación sistemática con aquellas otras dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias propias (sean de carácter exclusivo, atinentes a los aspectos básicos de la correspondiente materia o relativas, significativamente, a las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio de las facultades y el cumplimiento de los deberes inherentes a derechos constitucionales en materias siempre distintas al urbanismo); normas que determinan el marco del que deben partir las leyes autonómicas.

Desde la asunción de la competencia plena en materia de ordenación territorial y urbanística, las CC. AA. han formulado y ejecutado sus políticas propias en dicha materia, sobre la base y con arreglo a la legislación general sobre régimen del suelo y ordenación urbana. Las consecuencias directas e inmediatas de la aludida Sentencia del Constitucional, derivadas de las declaraciones de inconstitucionalidad por ella efectuadas, y, en particular, la nueva composición del ordenamiento estatal de referencia, en la que destaca la recobrada vigencia con carácter meramente supletorio de parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, -TR76- fueron abordadas en cada Comunidad Autónoma mediante la elaboración, tramitación y aprobación de sus leyes de urbanismo.

Luego, la promulgación de la Ley estatal 6/1998 de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones –LS98- ha dispuesto un nuevo marco general, formalmente amparado en el art. 149.1.1 de la Constitución, y que contiene una regulación que responde más bien a la pretensión, como expresa su artículo primero, de predeterminar el *contenido básico del derecho de propiedad del suelo*, lo que repercute en una delimitación de los campos competenciales estatal y autonómico de perfiles no siempre incontrovertidos.

Por tanto, hoy las CC. AA. han desarrollado de forma plena su competencia legislativa propia, con ocupación de la totalidad del espacio que les corresponde conforme a la STC 61/1997, y teniendo en cuenta la regulación contenida en la LS98, en cuanto marco “en cierto modo extraurbanístico” de referencia; abordando sólo cuestiones propias de la competencia autonómica, pero todas ellas con pretensión de establecimiento de un ordenamiento completo. De ahí que, en los inevitables puntos de contacto con materias propias de la legislación estatal contenga únicamente disposiciones secundarias y en algunos casos accesorias, cual sucede significativamente en punto a la expropiación forzosa o a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, dando por su puesta, además, la regulación general del régimen jurídico de éstas y el procedimiento administrativo común.

La LS98 derogó parcialmente el TR92, así como los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 7/1997, de 14 abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales. La LS98 trató de poner remedio, por tanto, a los efectos de la STC 61/1997, que declaró inconstitucionales la gran mayoría del TR92. Sentencia que provocó la revalorización de las disposiciones normativas anteriores a éste último. La continuidad de la vigencia de aquellas disposiciones, queda ahora supeditada, según el punto tercero de la Disposición Derogatoria Unica de la LS98, a su compatibilidad con ésta. En todo caso, debería tenerse en cuenta las siguientes disposiciones: el RD Ley 3/1980, de 14 marzo, sobre creación de suelo y agilización de la gestión urbanística; el RD Ley 16/1981, de 16 octubre, de adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana; el RD 2159/1978, de 23 junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento; el RD 3288/1978, de 25 agosto, de Gestión Urbanística; el RD 2187/1978, de 23 junio, de Disciplina Urbanística -RDU-; el RD 635/1964, de 5 marzo, de Edificación Forzosa y el RD 1006/1966, de 7 abril, de Reparcelaciones y, además, el RD 1093/1997, de 4 julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Y respecto al art. 320 del CP debemos tener en cuenta la Ley del Patrimonio Histórico Español, de 25 junio de 1985, desarrollada reglamentariamente.

Las infracciones de la legalidad urbanística son, en principio, administrativas; no obstante, el art. 274 TR92, vigente por la LS98, *bajo el rótulo: Infracciones constitutivas de delito o falta*, precepto vigente de aplicación directa y con carácter básico en todo nuestro Estado⁶, establece que *cuando con ocasión de los expedientes*

administrativos que se instruyan por infracción urbanística aparezcan indicios de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio fiscal a efectos de exigencia de responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose de proseguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la infracción.

De lo dicho se desprende, en primer término, el llamado *principio non bis in idem* que prohíbe la dualidad de sanciones y se resuelve en la preferencia de la sanción penal, sin perjuicio de otras consecuencias de orden urbanístico como la restauración de la legalidad urbanística que resulte procedente si el juez penal no puede acordarlo por sí mismo. Ello, por otra parte, coincide con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común –LRJAPyPAC- y del artículo 7 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, (RD 1398/1993, de 4 de agosto). Y se desprende, en segundo lugar, la necesidad de definir ambos tipos de infracciones, penal y administrativa, toda vez que se excluyen, a fin de dar a cada una de ellas su respectiva tramitación.

Para el TR92, como para la legislación autonómica que ha regulado esta materia, son infracciones urbanísticas las acciones y omisiones que vulneren las prescripciones contenidas en la legislación, planes, programas y ordenanzas urbanísticas tipificadas y sancionadas en ella. Llevan consigo la imposición de sanciones a los responsables, así como la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios a cargo de los mismos, todo ello con independencia de las medidas sobre órdenes de ejecución o suspensión de obras y otros usos, demolición, expropiación, etc, y de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir sus autores. Así se han pronunciado, de forma similar, tanto el art. 225 TR76, como el art. 261 del TR92.

Ahora bien, de nada valdrían estos preceptos tan genéricos si no fueran seguidamente tipificados por otra norma cuyo rango, como veremos, no es necesario que sea una Ley, exigido en la materia penal (art. 25 de nuestra Constitución), sino que basta con un Reglamento, según es regla, para las infracciones administrativas; requisito que cumplió el RDU ya citado (en sus arts. 51 y stes), que alcanza virtualidad como normativa supletoria estatal con el

⁶ A la luz de la STC 61/1997, de 20 de marzo que declaró la inconstitucionalidad de los arts 261 a 273 y 275 del Capítulo de Infracciones Urbanísticas, salvándose sólo el arribo reseñado.

alcance que la STC 61/97 ha determinado. Aunque, previamente, es necesario tener en cuenta las regulaciones autonómicas. Así, en nuestra Comunidad Autónoma, encontramos que la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, dedica sus últimos arts, del 198 a 215, y dentro del TÍTULO V *LAS GARANTÍAS Y LA PROTECCIÓN DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA*, a tratar las *INFRACCIONES Y SANCIONES URBANÍSTICAS*, en su CAPÍTULO VI. Y habría que acudir a los arts. 261 a 275 de la ley del suelo catalana, a los arts. 244 a 264 en la legislación de Navarra, etc.

Ya el TR76 establecía como sanción típica la multa, con una modulación consistente en que si el beneficio resultado de la infracción urbanística fuera superior a la sanción que correspondiera, ésta podría incrementarse en la cuantía equivalente al beneficio obtenido y en base a ella. Las infracciones y sus sanciones se detallan en los artículos 66 a 89 del RDU.

Sobre el incremento gradual de las sanciones se suscitan dudas de constitucionalidad, ahora bien, se explica esa modulación por la habilitación que hacía los arts 227 y 231 del TR76, anteriores a la Constitución, por lo que adolecerían de inconstitucionalidad sobrevenida.

El art. 53 del RDU establece que las infracciones se refieren al otorgamiento de una licencia u orden de ejecución, o al hecho de actuar sin la licencia exigida aunque se obtenga con posterioridad, o a la actuación en contra de sus concretas determinaciones. Por eso el otorgamiento de licencia no legitima, por sí solo, la actuación de su titular. Resulta necesario, además, que los títulos no contengan vicio de disconformidad con el ordenamiento jurídico. Y la sanción administrativa se impondrá con independencia de la valoración penal del hecho por los Tribunales de Justicia, así como de las medidas que los mismos adopten en orden a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del acto ilegal. Pero esta regulación, la del TR76 y RDU, como veremos, sería sólo aplicable en aquellas CC. AA. que no hubieran legislado y desarrollado reglamentariamente al respecto en otro sentido.

2. LA “DUALIDAD” DE SANCIONES. EL TRASVASE DE PRINCIPIOS DEL ÁMBITO PENAL AL ADMINISTRATIVO

Ya hemos avanzado que la regla del *non bis in idem* prohíbe la dualidad de sanciones. Este Principio no está recogido en nuestra Constitución de 1978; está

regulado en el art. 133 de la LRJAPyPAC al tratar la *conurrencia de sanciones* señalando que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

El TC, en su Sentencia de 30 de enero de 1981, ha calificado este principio como un *principio general de Derecho* que supone, *en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones* —administrativa y penal— *en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (con los funcionarios, ante un servicio público, o un concesionario, etc) que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración, ... su fundamento va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución.* Conlleva la prohibición de duplicidad de sanciones respecto a unos mismos hechos, que conduce también al resultado de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación, *unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para otros órganos del Estado*⁷. Por ello la Administración competente en materia de urbanismo no puede sancionar unos hechos que el Tribunal de lo penal ha declarado inexistentes o simplemente no probados. Ahora bien, no sería admisible la hipótesis inversa, es decir, que la fijación de los hechos sancionables por un acto administrativo (incluso confirmado por una posterior sentencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) determine la actuación de la Jurisdicción penal, ante *la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.*

Este Principio está consagrado en el art. 44 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por otra parte, la LRJAPyPAC, en su art. 137, reitera esta prioridad procesal penal, *los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustenten;* sin prohibir de forma tajante la sanción administrativa después de la penal por los mismos hechos, puesto que a la necesidad de esa identidad

⁷ Dándose aquí una aplicación del límite de la cosa juzgada que, según dicha Sentencia, *despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y un efecto negativo que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.*

fáctica agrega otros requisitos propios del más exigente concepto de cosa juzgada, *no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento*. Esta “ampliación” en la aplicación del principio *non bis in idem* que se pretende aplicar a toda la potestad sancionadora es la doctrina que el TC aplica únicamente en la controvertida, para algunos confusa, Sentencia 50/1983, de 14 de junio, en materia de disciplina funcional, que admite la posibilidad de sanción por vía administrativa antes de que el juez penal se pronuncie sobre la presunta falta o delito cometido.

En virtud del artículo 103.1 de nuestra Constitución, toda Administración, en nuestro caso con potestades urbanísticas, sirve con objetividad los intereses generales, cumpliendo un conjunto de principios dentro de los cuales se alude expresamente a su sometimiento pleno a la ley y al derecho. Dentro de este contexto, podemos apreciar que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por mandato de la misma Norma Fundamental, viene condicionado por determinados procedimientos y garantías judiciales posteriores. En este sentido, su artículo 105 impone a la Administración la necesidad de actuar, también al sancionar, a través de un procedimiento administrativo con un trámite de audiencia; y el artículo 106.1 reconoce el derecho a revisar los actos sancionadores ante una instancia judicial.

Se ha destacado que la primera garantía en el ejercicio de la potestad sancionadora es la de la exigencia de un procedimiento sancionador; correlato obligado del clásico principio “*nulla poena sine lege*”, emparentado con el nacimiento del “Estado de Derecho”, donde el imperio de la ley rechaza la idea de que el “*ius puniendi*” pueda ser ejercido desde el vacío legal o la discrecionalidad más absoluta. El Tribunal Constitucional, como ya se admitía en parte desde la regulación del procedimiento sancionador prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo, reconoció la similitud substancial⁸ de la actividad administrativa a una primera instancia judicial, y del proceso contencioso-administrativo al proceso de apelación, equiparando en el plano de las garantías al administrado con el inculpado en un proceso penal, dándose así oportunidad de conocer y alegar contra la acusación y proponer las pruebas oportunas en su defensa.

⁸ Dicha asimilación y la inexcusabilidad de tramitar un procedimiento sancionador para imponer una sanción se constata desde la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de junio de 1981.

La LRJAPyPAC ha concretado de nuevo esta exigencia al determinar, en su artículo 134, que el ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido, y que en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento. Los procedimientos sancionadores deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también sobre la esencialidad de algunos principios ínsitos en la tutela judicial efectiva, tutela que anticipa e impone su vigencia, desde la regulación misma del procedimiento sancionador (que se equipara a una primera instancia judicial), sin esperar al momento de la tramitación de los procesos judiciales de impugnación frente al acto administrativo sancionador. Entre los principios de rigurosa observancia está el derecho de audiencia y defensa, al que expresamente alude el artículo 24 de la Constitución (...*sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*), derecho que el Sumo Intérprete Constitucional concreta en el trámite de audiencia, ya citado, y en el derecho a aportar las pruebas de descargo frente a la acusación, sin que deba quedar diferida su eventual regulación por una ley ordinaria⁹.

Los principios esenciales del orden penal tienen, obviamente, su proyección en materia de infracciones administrativas; de manera que debe darse, igualmente, el factor intencional en el presunto culpable; el cual no puede ser condenado penalmente (otra cuestión es la responsabilidad civil), ni sancionado por infracción administrativa alguna, que no derive de su directa participación en el hecho punible, en cualquier grado de autoría o colaboración. Excluyéndose, por tanto, la responsabilidad por *hecho de otro*.

En cuanto al derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables también recogidos en el artículo 24 de la Constitución, si impide a los jueces en los procesos penales ejercer coacción sobre los inculcados para que declaren sobre los hechos que se le imputan, respetando su derecho, consagrado en los artículos 118 y 520 de la Norma Procesal Penal, a no declarar, debe impedir igualmente

⁹ Ahora este derecho ha sido desarrollado por la LRJAPyPAC, que integra en él, según su artículo 135, los siguientes derechos: 1º a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya la competencia; 2º a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes; 3º los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de la misma ley (Derechos de los ciudadanos).

en los procedimientos sancionadores que los funcionarios fuercen a declarar a los administrados, o les obliguen a presentar documentos o pruebas para cumplir los procedimientos que instruyen contra ellos bajo amenaza de nuevas sanciones (multas coercitivas), lo que, *mutatis mutandis*, equivaldría a que los jueces de lo penal pudieran imponer penas añadidas a quienes no colaboraran con ellos en buscar las pruebas orientadas a su propia condena.

El procedimiento sancionador debe asegurar el respeto a la presunción de inocencia que la STC 13/1982, de 1 de abril, afirma ser un derecho fundamental frente a todos los poderes públicos y por ello vigente en el ámbito sancionador administrativo, *ya que no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas*. La LRJAPyPAC lo recoge, en su artículo 137, al decir que los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Ahora bien, la regla de la presunción de inocencia cede cuando se parte de hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes, las cuales vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien. Con ello entramos de lleno en el campo procesal o, si se quiere, aquí procedimental, puesto que fuera de este supuesto toda imposición de sanción debe ir precedida de cierta actividad probatoria, mínima¹⁰, con las

¹⁰ La mínima prueba de cargo debe ser decisiva e incontrovertida, para sostener la imputación y la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción efectivamente acreditada en la conducta del administrado. En este sentido se han pronunciado multitud de Sentencias del orden contencioso administrativo, bien negando que así se haya constatado o apreciando su inequívoca presencia, en unos casos; y en otros afirmando que el derecho de defensa es un derecho de naturaleza procesal, cuya infracción sólo puede tener lugar en un proceso jurisdiccional, y porque la plenitud de las garantías del art. 24 de nuestra Norma Fundamental se limita a los procedimientos penales y a los administrativos sancionadores. Pero, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 76/1990, aunque afirma que *el principio de presunción de inocencia debe ser respetado en cualquiera sanciones sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular*, considera las actas como simples medios probatorios sujetos a las normas generales de la Ley de Procedimiento Administrativo, Código Civil y Leyes de Enjuiciamiento, como si todas estas normas regularan por igual el valor probatorio de los documentos públicos, lo que no es cierto, por cuanto una cosa es el valor «imparcial» que un documento público tiene en un juicio civil entre particulares (véanse los arts. 217 y 317 y stes de la vigente LEC), y otra cosa es la inicial tacha de parcialidad que tiene cualquier actuación funcional o policial en un proceso penal o procedimiento administrativo sancionador. Por ello, frente al valor máximo que en el proceso civil tienen los documentos públicos, que prueban aquellos hechos de conocimiento directo del funcionario que actúa

debidas garantías, impidiéndose la condena sin pruebas, requiriéndose que las pruebas tenidas en cuenta sean constitucionalmente legítimas, siendo la carga de la actividad probatoria de los acusadores, y nunca del acusado, al que no se puede trasladar en ningún caso la prueba o de su inocencia, o de la “prueba diabólica”, de no existencia o participación en los hechos (SS del TC 66/1984, de 6 de junio, y 109/1986, de 24 de septiembre).

Junto a la regulación procesal penal, donde el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹¹ nos pone de relieve que las pruebas serán apreciadas en conciencia por el Tribunal o Juez que ha de dictar Sentencia, de forma que en los casos dudosos procede un pronunciamiento absolutorio al actuar el principio de *in dubio pro reo*¹²; principio éste emparentado, sin confundirse, con el de la *presunción de inocencia*, ya tratado¹³.

como fedatario público a esos efectos, tanto en el procedimiento administrativo sancionador como en el proceso penal, rige el principio contrario de que la Administración, la Tributaria en nuestro caso, ha de probar los hechos cuando el interesado no los tenga por ciertos o los contradiga; debiéndose traer a colación el artículo 80 de la LRJAPyPAC (*Medios y período de prueba*), en relación al 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, inicialmente, sólo dota de valor de mera denuncia (que han de ser ratificadas en el plenario y contratadas por las partes para evitar cualquier indefensión para ser prueba de cargo inculpatoria) a las diligencias y actuaciones policiales, asimilando a las declaraciones testimoniales las que prestaren los funcionarios de la policía judicial sobre hechos de conocimiento propio. Sobre este apasionante tema, nos limitaremos a citar varias Sentencias que complementan el parco tenor literal del artículo 297 de nuestra Norma Procesal Penal, el cual permanece desde hace más de un siglo sin ser modificado o ampliado. Del Tribunal Constitucional deberíamos acudir, tras el temprano pronunciamiento de la Sentencia 31/1981, a la extensa y exhaustiva 107/83, y otras que le “siguen”, 201/89, 138/92 y 157/95, sin dejar de destacar que el Fundamento Jurídico 3º de la 107/83, ha “sufrido” cierta modificación en los argumentos expuestos en la 157/95, al apreciarse que dentro del contenido del Atestado, de algunos más complejos y rigurosos, se incluyen apartados y “pareceres”, que suponen Informes Técnicos, de valor pericial, cuya fuerza probatoria sobre ciertos elementos enjuiciados alcanzan un plus cualitativo a la hora de desvirtuar la presunción de inocencia del inculpa-do; por otra parte, el Tribunal Supremo, en dos importantes Sentencias de 1991, las de 18 de abril, y 3 de junio, viene a realizar una síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de presunción de inocencia, aceptando que ciertos Informes Técnicos, ante “pareceres”, debidamente estructurados y razonados desde elementales normas de lógica interna, sí constituyen elementos de prueba que superan la categoría de mera apreciación subjetiva, eficaces para suponer una prueba de cargo inculpatoria. Esta doctrina también se ha trasladado al orden civil, y dos importantes Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la de 9 de octubre de 1990 y la de 11 de mayo de 1998, han introducido sus razonamientos en supuestos de responsabilidad civil en casos de accidente de tráfico.

¹¹ Téngase en cuenta el artículo 973 de la misma norma, para las Faltas, y el artículo 70.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, respecto a los delitos que éste ha de enjuiciar.

El derecho a la presunción de inocencia extiende sus efectos durante todas y cada una de las fases del proceso punitivo, incluyendo la de instrucción; se articula en los procedimientos administrativos, desplegando el art. 137 de la LRJAPyPAC todos sus efectos sobre los arts 78 y siguientes de la misma ley. En la instrucción procesal penal, la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales sólo puede acordarse previa constatación de motivos fundados de participación del imputado en el hecho punible, y con sujeción siempre al principio de proporcionalidad; y similar tratamiento de ponderación encontramos, salvadas las distancias, siguiendo el mismo paralelismo, en los arts 4.1.b) y 72 de la LRJAPyPAC (según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, a los mismos), al abordar las medidas provisionales que puede adoptar la Administración.

El Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 8º de su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, ha manifestado que la presunción de inocencia ha de respetarse en la imposición de cualesquiera sanciones, y comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo, que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas debe conllevar la absolución. Su estudio, dadas las múltiples

¹² Principio que aparece por la exigencia del artículo 742 de la misma norma Procesal Penal, al articularse la carga de la prueba sobre el imputado, que goza en todo momento de la Presunción de inocencia. En los casos de duda, se enfrentan dos intereses contrapuestos de un mismo titular; el interés de que ningún inocente sea condenado, y el interés del Estado en castigar a todo culpable; prevaleciendo, lógicamente, el primero, en tanto la falta de prueba de culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia. Es consecuencia del principio "*nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa*"; de manera que, estando inspirado en el "*favor rei*", sirve como herramienta auxiliar de los Jueces al interpretar la ley y lograr una plena convicción sobre los elementos de prueba puestos a su alcance.

¹³ El Tribunal Constitucional viene declarando sistemáticamente, desde la sentencia de 13 de agosto de 1981, que la presunción de inocencia queda desvirtuada únicamente si existe una mínima actividad probatoria de cargo que permita al Tribunal sentenciador valorarla en conciencia de acuerdo con el principio, ya comentado, recogido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de libre valoración de 1ª prueba. Por lo tanto, sin esa mínima prueba de cargo, procede la absolución. Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 21 de octubre de 1987, y de 5 de enero de 1988, delimita el alcance del mismo al definir la línea divisoria que le separa de otro principio, que actúa igualmente a favor del inculcado, de quien puede ser sancionado; señalando que el principio *in dubio pro reo* es un elemento auxiliar en la labor enjuiciadora de Jueces y Tribunales, pero no llega a ser un derecho "fundamental" de la persona, cuya infracción sirviera de base a los recursos de amparo y casación, en aplicación de los artículos 53.2 de la Constitución y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

vertientes que en el amplio panorama jurídico presenta (constitucional, de orden penal, de ámbito procesal, administrativo, ...), se hace sumamente complejo y delicado; en la medida que nos encontramos con la dificultad de solapar campos del derecho que, debiendo servir armónicamente a la unidad del Ordenamiento Jurídico al que pertenecen, no siempre se complementan sin “fricciones”, lo cual provoca que el “guardián” del mismo, el sumo intérprete de su Norma Suprema, deba pronunciarse con cierta frecuencia para salvar las lagunas y presuntas contradicciones que el legislador no ha sabido, o podido, subsanar (en algunas ocasiones por las confusas pautas que el mismo TC ha marcado sobre ello, por sus confusos o parcos pronunciamientos).

Con el término genérico de “fricciones” estamos aludiendo a los problemas o cuestiones que se suscitan al analizar la actividad sancionadora de la Administración, como son los que provocan la insuficiencia o deficiencia del sistema penal como parámetro de referencia del poder sancionador, para muchos exorbitante, de la misma; los problemas de acotar el fundamento constitucional, y sus límites, de la potestad sancionadora de la Administración; el debate en torno a la sujeción de la potestad sancionadora al principio de legalidad, y sus manifestaciones, la reserva de ley y tipicidad, la “norma penal en blanco” y la deslegalización de las sanciones; el tema de la responsabilidad y culpabilidad en relación a las personas jurídicas; la responsabilidad penal y civil en torno a las infracciones administrativas; la *vis atractiva* de la jurisdicción penal ante la potestad sancionadora administrativa y el principio *non bis in idem*; todos son aspectos apasionantes que merecerían un estudio más detallado, sobre algunos de los cuales tendremos ocasión de extendernos.

3. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Seremos más escuetos en la exposición de los Principios que modulan el ámbito administrativo, intentando evitar reiteraciones innecesarias.

Las infracciones se rigen en primer lugar por el Principio de Legalidad, por el que la potestad sancionadora sólo puede articulada por una ley (art. 25 CE en relación con el 127 LRJAPYAC), en nuestro caso de competencia autonómica, sin perjuicio de los arts 225 y stes del TR76 aplicables por vía supletoria, razón por la que lo seguimos tratando. Pero no basta sólo con la antijuridicidad que comporta la transgresión de la normativa legal y la tipificación subsiguiente de

la falta, sino que es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, porque así se exige, en general, al considerar la actividad sancionadora de la Administración. Por ello, para que sea sancionable una conducta como infracción urbanística es necesario que sea antijurídica, típica y culpable, como ocurre en materia penal, y eso en virtud de la cuasi-equiparación a que ambas potestades han sido ajustadas por el artículo 25 de la Constitución y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cualquier infracción en la que falta alguno de estos elementos constituirá, sin duda, una ilegalidad, pero no será sancionable aunque la Administración tenga la obligación de corregirla por otros caminos.

El de Tipicidad en la determinación de las infracciones implica que debe hacerse por ley, por lo que los reglamentos no pueden alterar la naturaleza o el límite de las mismas (art. 25 CE y 129 LRJAPYPAC). Sin embargo, la violación de las previsiones del planeamiento comporta una infracción contenida en normas reglamentarias que son objeto de publicidad o en planos que no se publican. En este sentido, debe cuidarse el cumplimiento del principio de tipicidad mediante la remisión legal dispuesta de modo expreso y mediante la publicidad conveniente.

Seguidamente debemos tener en cuenta la Prohibición de analogía, figura de imposible aplicación en materia sancionadora. El de Irretroactividad viene impuesto por los arts 9 CE y 128 LRJAPYPAC. El art. 130 LRJAPYPAC trata la Responsabilidad, por la que se obliga a determinar las personas a quienes se imputa dolo, culpa o negligencia en supuestos de actuaciones contrarias al ordenamiento urbanístico. Según el artículo 228 TR76, si las obras se realizan sin licencia y son sancionables, la responsabilidad es del promotor, empresario o constructor, y del técnico superior de las mismas. Si, por el contrario, existe licencia cuyo contenido constituya manifiesta infracción urbanística grave, la responsabilidad se atribuye al facultativo que las hubiera informado favorablemente, y a los miembros de la Corporación que la adoptaron o votaron favorablemente sin el informe técnico previo, o si éste fue desfavorable, o advierte de la ilegalidad, además de las personas anteriormente mencionadas.

Esa responsabilidad puede ser matizada por distintas circunstancias, algunas que la agraven y otras que, según el caso igualmente, la atenúen; así el art. 204 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (ley extremeña de urbanismo) comprende, dentro de la Graduación de la responsabilidad, tanto algunas circunstancias que agravan la responsabilidad de los culpables de una infracción, como otras cuya concurrencia atenúe la

responsabilidad de los culpables, como un tercer grupo que, según se presente, atenúen o agraven la responsabilidad.

El Principio de Proporcionalidad es de creación jurisprudencial, por el TS, que interpreta los artículos 25 CE y 131 LRJAPyPAC, y obliga a distinguir sanciones graves y leves, acogiendo como criterios de graduación de la sanción la intencionalidad, la reiteración, la reincidencia y la naturaleza de los perjuicios causados. El TR76 clasifica las infracciones en *graves*, que constituyen incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas y *leves*, en la proporción que reglamentariamente se determine (arts. 226.1 y 228.2 TR76).

El Principio de Prescripción se concreta en los plazos en que se extingue los efectos de la infracción cometida, o la sanción impuesta. Así, por ejemplo, en la ley extremeña arriba citada reza su art. 202 que las infracciones prescriben en distintos plazos, las muy graves a los cinco años, las graves en un plazo de tres años, y las leves en un año. El *dies a quo* del plazo de prescripción empezará a contar, en el caso de infracciones referidas a operaciones clandestinas, desde el momento en que se den las condiciones para que puedan ser conocidas por la Administración competente. En el resto de los supuestos, el cómputo del plazo comenzará con la terminación o cese de la operación o actividad urbanística considerada como infracción. En el caso de infracciones continuadas, el plazo de prescripción comenzará a partir del cese efectivo de la misma. Se considera infracción continuada todas las infracciones reiteradas, que no hayan sido sancionadas, que respondan al mismo tipo y que se produzcan dentro del plazo de prescripción que en cada caso corresponda. También se contemplan en la variada legislación autonómica infracciones permanentes, como las de uso, cuyos efectos perturbadores no se agotan en el acto de la consumación y son susceptibles de interrupción por la simple voluntad del autor, sin que resulte precisa la adopción de medidas restauradoras (art. 21 de la Ley de Asturias). Y respecto a la Prescripción de la sanción, incide el art. 203 de la ley extremeña, que las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescriben a los cinco años, las de las graves a los tres años, y las de las leves al año. El cómputo del plazo se iniciará a partir de la fecha de la notificación de la resolución sancionadora a los responsables.

La diáspora legislativa en materia urbanística de nuestro Estado Autonómico se hace patente, por ejemplo, en dichos plazos, así el de cuatro años se ha

convertido en general en Cataluña, Madrid, Galicia o Asturias, para toda clase de infracciones (art. 24.1 de la Ley catalana, 83.1 de la madrileña, 54 de la gallega o 21 de la asturiana), sin otra excepción que la relativa a las infracciones en zonas verdes y espacios libres a efectos de su revisión en vía administrativa, que no están sujetos a plazos de prescripción. Esta imprescriptibilidad está en armonía con la naturaleza demanial de estos bienes (art. 132 de la Constitución), pudiendo ser recuperados de oficio en cualquier momento, pero no respecto a cualquier pena o sanción, que debe tener un plazo de prescripción, por lo que deberá estimarse el de cuatro años a partir del momento de la ocupación.

4. CLASES DE INFRACCIONES URBANÍSTICAS

Cabe distinguir inicialmente, tres tipos de infracciones, las que afectan a la elaboración y aprobación del planeamiento, a la misma urbanización y las referidas a la construcción. Desde otro prisma, las infracciones se pueden clasificar según la materia o parcela urbanística específica que vulnere, de gestión, de ejecución del planeamiento, en la parcelación, edificación o, en sentido amplio, de medio ambiente.

Según su gravedad se clasifican en atención a la entidad o importancia de las mismas, así en el art. 54 del RDU se dividen en graves y leves; o en muy graves, graves y leves, en la ley extremeña (art. 198).

Eran graves en el TR92 la parcelación urbanística en suelo no urbanizable y la realización de obras de urbanización sin la previa aprobación del Plan y Proyecto de Urbanización exigibles, mientras que las infracciones consistentes en incumplimiento de las normas sobre parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas podrían no serlo si se demostrase la escasa entidad del daño producido a los intereses generales o del riesgo creado.

Para la legislación extremeña son infracciones muy graves las que afecten a suelos ordenados como sistemas generales o que estén calificados como suelo no urbanizable de protección ambiental o tengan la consideración de dominio público conforme a la legislación sectorial correspondiente o se ubiquen en las zonas de servidumbre del mismo, la destrucción de bienes catalogados o declarados de interés cultural en los términos de la legislación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico y las parcelaciones que se realicen en suelo no urbanizable protegido por planeamiento general o especial, la comisión de una

o más infracciones graves por persona a la que se haya impuesto con anterioridad una sanción firme por haber cometido alguna o algunas de las infracciones tipificadas en esta Ley. Son infracciones graves las que constituyen incumplimiento de las normas sobre parcelación en categorías de suelo distintas a las ya mencionadas, o sobre uso del suelo, altura, superficie y volumen edificable, densidad residencial y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de parcelas, salvo que en el expediente sancionador se demuestre la escasa entidad del daño producido a los intereses generales, o del riesgo creado en relación con los mismos, en cuyo caso se consideran como infracciones leves. La realización de obras mayores no amparadas por licencia o, en su caso, calificación territorial o autorización correspondiente de la Administración autonómica, salvo que por la escasa alteración del paisaje urbano, rural o natural merezcan la consideración de leves.

También son infracciones urbanísticas graves en la ley extremeña los usos no amparados por licencia e incompatibles con la ordenación territorial y urbanística aplicable, los incumplimientos en materia de gestión salvo que se subsanen tras el primer requerimiento de la Administración, en cuyo caso se consideran como infracciones leves. En todo caso, los movimientos de tierra y extracciones en el subsuelo no amparados por licencia o, en su caso, calificación territorial o autorización de la Administración competente cuando proceda; la colocación de instrumentos fijos o móviles de publicidad, el vertido de escombros u otros residuos, así como el depósito de materiales que por ser ajenos al paisaje natural o rural deterioren el mismo, salvo que por su escaso impacto al paisaje merezcan la consideración de leves; la omisión, en las obras de construcción, edificación y urbanización, de la publicidad estática exigida por la presente Ley o de su información preceptiva, así como la inclusión en la misma de información falsa o disconforme con la ordenación territorial y urbanística; la obstaculización de la labor inspectora; la comisión de una o más infracciones leves por persona a la que se haya impuesto con anterioridad una sanción firme por haber cometido alguna o algunas de las infracciones tipificadas en esta Ley.

Son infracciones leves para la ley extremeña las operaciones y actividades de relevancia territorial realizadas sin contar, o en disconformidad, con el preceptivo proyecto de urbanización, licencia, autorización o informe urbanístico y, en todo caso, cuantas infracciones tipificadas en esta Ley no tengan la consideración de graves o muy graves.

Vemos que la ley extremeña ha seguido la pauta del RDU de señalar como

leves todas las restantes infracciones, y aunque su carácter residual sugiera otra cosa, en esa categoría se aloja un menor número de infracciones sancionables ante la exhaustiva y agotadora descripción de las consideradas graves.

Lo cierto es que la distinción entre infracciones graves y leves carecía en muchos casos de trascendencia sancionadora, pues según el RDU, castigadas ambas con multas determinadas en función del beneficio obtenido por el infractor o del daño inferido, podría ocurrir que una infracción leve mereciera una sanción cuantitativamente muy superior a otra grave, por el juego de los porcentajes más pequeños aplicados sobre valores mayores que depararían multas más elevadas. No ocurre esto en la ley extremeña, cuyas cuantías más adelante se detallan. De manera que en ningún caso la infracción puede suponer un beneficio económico para el infractor. Cuando la suma de la multa impuesta y del coste de las actuaciones de reposición de bienes y situaciones en su primitivo estado arroje una cifra inferior a dicho beneficio, la diferencia será objeto de decomiso.

La definición de las personas responsables se ha concebido de forma muy amplia, según el art. 198 de la ley extremeña incurren en responsabilidad sancionadora urbanística los miembros de las Corporaciones Locales y las autoridades con competencia en materia de ordenación territorial y urbanismo cuando otorguen o voten favorablemente el otorgamiento de licencia urbanística, autorización u otro acto legitimador de actos, actuaciones o actividades reguladas por la ordenación territorial y urbanística, en contra de dicha ordenación, o cuando las toleren, o dejen de ejercer las potestades de inspección, legalización, reparación y sanción de las infracciones urbanísticas que se definen en la presente Ley. La condición de falta muy grave, grave o leve se determinará en función de la entidad de la infracción tolerada o consentida y de sus consecuencias para el interés general. Pero luego, en sus arts 200 y 201, se amplía la imputación al promotor de las obras, al empresario o constructor y al técnico director de las mismas, y en las obras amparadas por licencia ilegal constitutiva de infracción urbanística grave y manifiesta son responsables también el facultativo funcionario que haya informado favorablemente el proyecto de las obras y los miembros de la Corporación que hayan votado a favor del otorgamiento de la licencia sin el informe técnico previo, o a pesar de haberse éste emitido en sentido desfavorable por razón de la expresada infracción.

Las leyes catalanas y asturiana de urbanismo amplían los supuestos de responsabilidad, considerando la primera como promotor al propietario del suelo sobre el cual se efectúa o ha sido efectuada la infracción, así como a su agente,

gestor o impulsor; y la segunda la extiende a quienes promuevan, realicen o dirijan técnicamente la ejecución de los actos materiales constitutivos de infracción, así como los funcionarios que los autorizen y consintiesen o que, estando obligados por razón de su carga o empleo a impedir dichos actos o a corregir los efectos perjudiciales que los mismos hubieran ocasionado al ordenamiento urbanístico, dejaren de ejercitar las competencias que les han sido atribuidas con las expresadas finalidades. Pudiendo ser todos esos agentes infractores sancionados por la misma infracción.

5. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Hasta fechas muy recientes las multas estaban establecidas en el TR76, con cuantías mínimas, y dado que la STC 61/1997 niega facultad al Estado para modificar o actualizar la legislación estatal por ser competencia exclusiva de las CCAA, la prohibición comprendía la facultad de revisar o actualizar dichas cuantías. Por eso en muchos casos la legislación autonómica, como hiciera el TR92, ha optado, como ya ha sido comentado *ut supra*, por aplicar un porcentaje del valor de la obra o instalación realizada que oscila entre el 5% en las leves, 30 en las graves y 50 en las muy graves. Ello plantea dudas sobre si queda comprendido el valor de los terrenos, el de los honorarios profesionales del Proyecto etc, que en principio agravaría la sanción sin un motivo aparente porque cuesta englobar como valor lo que en principio es una determinación que no entra en la irregularidad cometida.

En el caso de nuestra Comunidad Autónoma, la Ley establece que las infracciones leves pueden ser objeto de Multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, las graves con Multa de 1.000.001 a 25.000.000 de pesetas, y las infracciones muy graves con Multa desde 25.000.000 de pesetas hasta el importe que sea superior de entre dos cantidades, 100.000.000 de pesetas o el ciento cincuenta por ciento del valor de las obras, trabajos o instalaciones realizados o, en su caso, del coste de reposición de los bienes y situaciones en su primitivo estado (cuantías que, obviamente, hoy deberían ser traducidas a Euros). De manera que en ningún caso la infracción puede suponer un beneficio económico para el infractor. Cuando la suma de la multa impuesta y del coste de las actuaciones de reposición de bienes y situaciones en su primitivo estado arroje una cifra inferior a dicho beneficio, la diferencia será objeto de decomiso.

Ya hemos tratado la graduación de las sanciones, al citar las circunstancias

agravantes o atenuantes que concurren en la determinación de la responsabilidad. Recogido en el art. 55 del RDU y 204 de la ley extremeña. Dentro de las primeras se situaría la prevalencia de la titularidad de un oficio o cargo, la utilización de la violencia o cualquier otro tipo de coacción o soborno sobre la autoridad o funcionario competente, la alteración de los supuestos de hecho o la falsificación de los documentos aportados, aprovecharse o explotar en beneficio propio una gran necesidad pública o del particular o particulares y la reiteración o reincidencia. Son atenuantes la falta de intención de causar un daño tan grave como el producido y proceder de motu propio a repararlo o disminuirlo. Agravan o atenúan, según los casos, el mayor o menor conocimiento técnico de los pormenores de la actuación, de acuerdo con la profesión o actividad habitual del culpable y el mayor o menor beneficio obtenido, o haberla realizado sin consideración alguna al posible beneficio, aspectos éstos que suscitan muchas dudas a la hora de acreditar su concurrencia.

La relevancia de esa graduación, según reza la ley extremeña, estriba en que cuando en el expediente se aprecie alguna circunstancia agravante o atenuante, la multa debe imponerse, respectivamente, en su mitad superior o inferior, estableciéndose la cuantía en función de la ponderación que la Administración efectúe respecto a la incidencia de dichas circunstancias en la valoración global de la infracción; añadiendo que las mismas reglas se observan según los casos cuando concurren alguna o ambas de las circunstancias mixtas antes referidas.

La competencia para sancionar se establece en función del importe de la cuantía de la sanción que es preferentemente la multa¹⁴, y son competentes en primer lugar el Alcalde, pasando por las Consejerías de urbanismo y los Órganos de Gobierno de las CC. AA., si atendemos a la regulación del TR92 sólo vigente en las CC. AA. que lo asumieron por haber sido declarada inconstitucional en la STS 61/1997 al negar esa facultad al legislador estatal. En Extremadura, siguiendo de forma mimética las enseñanzas de la STC 145/1988, de 12 de julio¹⁵,

¹⁴ Si bien el art. 201 de la ley extremeña señala que en el supuesto en el que la infracción se realizara por personal al servicio de la Administración urbanística en el ejercicio de sus funciones, no se les impondrá la sanción de multa y les será de aplicación la sanción disciplinaria procedente en función de la gravedad de la infracción cometida.

¹⁵ El principio de separación entre las fases del proceso, de instrucción y plenaria (la fase "intermedia" no tiene acogida expresa en los textos legales), o fase instructora y decisoria, en los procedimientos administrativos sancionadores, encomendándolas a órganos distintos, constituye un principio esencial en todo procedimiento punitivo. El Tribunal Constitucional ha señalado, en relación al ejercicio de la

en materia punitiva, la competencia para la incoación e instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde siempre al Municipio, salvo en determinados casos y en los de sustitución concreta de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura por inactividad municipal, mientras que la competencia para imponer las sanciones corresponde, en función de la cuantía, para las infracciones a las que corresponda una multa de hasta 50.000.000 de pesetas, al Municipio o, en su caso, por haber incoado e instruido el procedimiento o por sustitución, la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, para las infracciones a las que corresponda una multa de entre 50.000.001 y 100.000.000 de pesetas, al Consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística, y para las infracciones en las que el importe de la multa exceda de 100.000.000 de pesetas, a la Junta de Extremadura, a propuesta del Consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

En el procedimiento sancionador deben aplicarse los principios establecidos en los artículos 127 y stes de la LRJAPyPAC y, de conformidad con el RD 1398/

Jurisdicción penal, que dentro de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución debe incluirse *«el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución»* (Sentencia 145/1988, de 12 de julio), y esta garantía evita, por exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y de enjuiciamiento, o decisorias (en similares términos las Sentencias 164/1988, 11/1989, 98/1990, 151/1991, entre otras). Sobre la aplicación de este principio en la esfera administrativa sancionadora, el mismo Tribunal Constitucional realizó una interpretación muy restrictiva en la aludida Sentencia de 26 de abril de 1990, en la que afirmó que *«por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales»*, considerando suficiente, para cumplir con este principio, la mera separación de dos autoridades, la instructora y la decisoria, unidas por una línea jerárquica directa; ahora bien, esta diferencia se explica desde las singularidades, notables, de la distinta naturaleza de los órganos sancionadores que han de ajustarse al mismo; uno desde el poder judicial del Estado, que sigue principios de competencia, nulidad y anulabilidad, recursos y revisión de sus resoluciones, etc. muy distintos, aunque con ciertos paralelismos, a los que rigen la actuación administrativa, en manos del poder ejecutivo, que valiéndose del mismo *“ius puniendi”* del Estado, ha de ajustarse, a la larga, al control de aquél. Singularidades que, sin ir más lejos, evidencian unas relaciones muy distintas entre los órganos “escalonados” que componen uno y otro poder, judicial y ejecutivo, respectivamente, al apreciar, por ejemplo, hasta qué punto existe línea “jerárquica” directa en un caso y otro; y ello es así porque, de partida, son palmarias las diferencias que la misma Constitución recoge en cuanto a los principios que afectan a uno y otro poder, en sus artículos, 117 y siguientes, y 103 y siguientes, respectivamente.

1993, de 4 de agosto, la legislación autonómica, pues las CCAA tienen competencia normativa plena; y supletoriamente, el citado RD 1398/1993 que establece el Reglamento del Procedimiento sancionador estatal. Asunto éste en el que se ha suscitado el problema de que algunas normas autonómicas pueden estar incurriendo en inconstitucionalidad, sobrepasado los límites en las infracciones, en cuanto sólo es posible suspender el acto recurrido en la medida en que se garantice por el interesado en debida forma el importe de la multa, ejercicio abusivo del principio *solve et repete*¹⁶, o se sobrecarga la suspensión con intereses adicionales¹⁷.

Por otra parte, existe la obligación de restablecer la realidad física modificada por la conducta constitutiva de la infracción. El artículo 130.2 LRJAPYAC señala con carácter general el deber del infractor de reponer a su estado originario la situación alterada por la infracción, medida que se complementa con lo ordenado en la legislación autonómica sobre reparación de la realidad física transformada ilegalmente a su estado originario, y se materializa a veces en la simple demolición de las obras realizadas, a costa del infractor. Puede llevarse a efecto, en caso de incumplimiento voluntario por cualquiera de los medios de ejecución forzosa prevenidos en la LRJAPYAC. Sin embargo, la reparación de la situación física ilegalmente alterada sólo corresponde al promotor de obras ilegales. Los demás responsables asumirán exclusivamente la sanción.

¹⁶ Es un requisito de procedibilidad, en virtud del cual se condiciona la posibilidad de recurrir contra los actos administrativos que declaran (por vía tributaria o sancionadora) una deuda pecuniaria de un particular frente a la Administración, al previo pago o prestación de garantía de la cantidad resultante de la deuda. Obviamente, con ello se limita la posibilidad de impugnación de quienes no cuentan con liquidez o crédito, produciéndoles indefensión. Observando esto y el grave entorpecimiento que podría suponer sobre el Principio constitucional de libre acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional italiano declaró la inconstitucionalidad del Principio *solve et repete*, que nuestra jurisprudencia contencioso administrativa más reciente, operando sobre el tenor literal del art. 57.1.e) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, había concluido por rechazar (véanse SS del TS de 13 de noviembre de 1981, de 27 de junio de 1984, de 24 de abril de 1985, de 17 de enero de 1986, de 29 de diciembre de 1986, entre otras) como principio de aplicación general; porque no son pocas las previsiones normativas en que se condiciona la admisión de los recursos al previo pago o depósito de las deudas reclamadas por la Administración.

¹⁷ La legislación catalana ha incrementado en dos puntos el coste de la obligación de pagar intereses de demora en la cuantía de interés básico del Banco de España en los casos en que, otorgada la suspensión, se terminara desestimando el recurso, a lo que añade una sanción adicional del 5 por 100 de la multa en aquellos supuestos en que el Tribunal apreciase mala fe o temeridad.

También abunda la legislación autonómica en que respecto a la reparación de los daños y perjuicios producidos como resultado de la infracción cometida, quienes sufrieran los mismos podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento e indemnización.

6. LA PROTECCIÓN CIVIL DE LOS BIENES URBANÍSTICOS

El notable incremento de la intervención administrativa, y por consiguiente de la actuación de los Jueces y Tribunales del orden Contencioso-administrativo, en los procesos de urbanización y construcción, ha soslayado las cuestiones regidas por el Derecho civil (Codigo Civil y Leyes Especiales) y la resolución de sus conflictos por el Juez Civil. No olvidemos que muchas de las infracciones urbanísticas o constructivas que pueden lesionar la vecindad son antes que nada infracciones al cada vez más amplio y complejo ordenamiento jurídico administrativo. Tienen por ello, como destaca el art. 303 del TR92, *carácter jurídico-administrativo todas las cuestiones que se susciten con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las Administraciones Públicas y los propietarios individuales o asociados o empresas urbanizadoras, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar.*

La responsabilidad del infractor es de naturaleza civil, salvo que los daños se deriven de una acción, la conducta del infractor, autorizada por un acto administrativo (la Licencia), pudiendo entonces reclamarse indemnización impugnando el título administrativo o pidiendo su anulación en vía administrativa o judicial, si se está legitimado para ello. Pero en los casos en que la infracción se ha cometido al amparo de una licencia, debemos distinguir las acciones que se dirijan contra los particulares, lo vecinos, que se amparan en una Licencia que "autoriza" la infracción urbanística, y las que se dirijan exclusivamente contra la Administración urbanística autorizante. Se entiende en este caso que la virtualidad de la licencia sólo da lugar a la responsabilidad administrativa, patrimonial en primer caso¹⁸, si no concurre causa penal, de la entidad otorgante respecto al que es un tercero en esa relación jurídica, al margen de la Acción Pública administrativa que luego trataremos, por la doctrina de los *actos separables*, por lo que no cabe la exigencia de responsabilidad civil por un tercero frente a la entidad

¹⁸ Véase el Capítulo Primero, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, del TITULO X de la LRJAPyPAC, en sus arts 139 y stes.

pública; a menos que las obras o actividad infractora sean realizadas directamente por la misma, lo cual suscita otros supuestos, de recursos, anulación, etc.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1974 señala que no constituye un impedimento para el ejercicio de acciones plenas o sumarias (declarativas o interdictos en defensa de la posesión) el hecho de que las obras lesivas estén amparadas en una licencia, pues ésta, como expresivamente se manifiesta, se otorga sin *perjuicio de tercero*, no altera las relaciones civiles básicas y menos aún si la concesión de la licencia constituye un supuesto de actuación administrativa por la *vía de hecho*, esto es, con infracción manifiesta de las normas vigentes. A lo que hay que añadir, como ha destacado la doctrina más autorizada, que las obras ejecutadas con infracción de los Reglamentos u Ordenanzas pueden ser paralizados, como de hecho sucede con frecuencia, por la *vía interdictal*.

Sobre todo esto, señalaba el TR92, en su art. 266, que los que como consecuencia de una infracción urbanística sufrieren daño o perjuicio podrán exigir de cualquiera de los infractores con carácter solidario el resarcimiento e indemnización; y el 305 se pronuncia diciendo que los propietarios y titulares de derechos reales pueden exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras o instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminados a tutelar el uso de las demás fincas. Debiendo entenderse que el art. 266 no tiene vigencia material desde la STC 61/97 (salvo que las CC. AA. hayan legislado en ese sentido), mientras que el 305, vigente, debe matizarse con la regulación que cada legislación autonómica haga al respecto.

Por tanto, cualquier afectado por una infracción urbanística puede reaccionar por la *vía administrativa* o instar la tutela judicial efectiva sobre su propiedad, también por medio de las acciones declarativas o de los interdictos de retener o recobrar, de obra nueva u obra ruinosa (hoy dentro de los Juicios Verbales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil).

Ahora bien, este panorama se modifica, en los aspectos civiles de responsabilidad y garantías, con las novedades que introduce la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Ella hace una apuesta por la edificación de calidad, en tanto pretende inculcar en los constructores y usuarios de los edificios una mentalidad de *mantenimiento*, imponiendo sobre los propieta-

rios de las construcciones la obligación de conservarlas y mantenerlas en perfecto uso, retrasando al máximo el estado ruinoso al que por causas naturales pudieran llegar.

Ajeno a la diversidad que sobre la materia de urbanismo y vivienda puede llegar a darse en las distintas Comunidades Autónomas, la Ley 38/1999 supone un común denominador en el sector de la edificación¹⁹, tan necesitado de regulación en algunos aspectos.

Es evidente que nuestra sociedad demanda cada vez más la calidad de los edificios, no sólo en los materiales empleados, también en su ejecución y utilidad, en su seguridad estructural y protección contra incendios, y todos los aspectos orientados al bienestar de sus usuarios, los aislamientos térmico y acústico, la accesibilidad para personas con ciertas discapacidades, etc. Respondiendo a ello, la Exposición de Motivos de la Ley 38/1999 afirma la intención de dar continuidad a la LS98, ordenando la construcción de los edificios, y de superar la discrepancia existente entre la legislación vigente y la realidad, por la insuficiente regulación actual del proceso de la edificación, así como de establecer el marco general en el que pueda fomentarse la calidad de los edificios y, por último, el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La Ley 38/1999 se marca distintos objetivos, entre los que debe destacarse el prioritario de regular el proceso de la edificación, actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo²⁰, fijando sus

¹⁹ Su Disposición Final Primera, que trata su *Fundamento constitucional*, señala que dicha Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado de conformidad con distintos artículos de la Constitución, el 149.1.6ª, 8ª y 30ª en relación con las materias civiles y mercantiles de los capítulos I y II y con las obligaciones de los agentes de la edificación y atribuciones derivadas del ejercicio de las profesiones establecidas en el capítulo III, sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas Comunidades Autónomas; el art. 149.1.16ª, 21ª, 23ª y 25ª para el art. 3; el art. 149.1.6ª, 8ª y 11ª para el capítulo IV; y el art. 149.1.18ª para la disposición adicional quinta. Añadiendo que la Ley será de aplicación sin perjuicio de las competencias legislativas y de ejecución que tengan asumidas las Comunidades Autónomas sobre ello.

²⁰ Se configura de forma novedosa al promotor, al que se le dota de gran protagonismo, como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir. Dentro de las actividades del constructor se hace mención especial a la figura del jefe de obra, así como a la obligación de formalizar las subcontrataciones que en su caso se establezcan. Además la Ley delimita el ámbito de actuaciones que corresponden a los profesionales, el proyectista, el director de obra y el director de la ejecución de la obra, estableciendo claramente el ámbito específico de su intervención, en función de su titulación habilitante.

obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, y definiendo los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios. Para ello, se define técnicamente el concepto jurídico de la edificación y los principios esenciales que han de presidir esta actividad²¹ y se delimita el ámbito de la Ley, precisando las obras, tanto de nueva construcción como en edificios existentes, a las que debe aplicarse.

La responsabilidad civil de los diferentes agentes por daños materiales en el edificio se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios, como por actos de otros agentes por los que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. La responsabilidad se exigirá solidariamente cuando no pueda ser atribuida en forma individualizada al responsable del daño o cuando exista concurrencia de culpa, sin que pueda precisarse la influencia de cada agente interviniente en el daño producido. A la figura del promotor se equiparan también las de gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas que aparecen cada vez con mayor frecuencia en la gestión económica de la edificación.

Por lo que se refiere a las garantías la Ley establece, para los edificios de vivienda, la suscripción obligatoria por el constructor, durante el plazo de un año, de un seguro de daños materiales o de caución, o bien la retención por el promotor de un 5 por 100 del coste de la obra para hacer frente a los daños materiales ocasionados por una deficiente ejecución. Se establece igualmente para los edificios de vivienda la suscripción obligatoria por el promotor de un seguro que cubra los daños materiales que ocasionen en el edificio el incumplimiento de las condiciones de habitabilidad o que afecten a la seguridad estructural en el plazo de tres y diez años, respectivamente.

La Ley 38/1999 trata esas cuestiones en su último Capítulo, el IV, en sus arts. 17 a 20. En el primero de éstos regula la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, precepto éste²² que parece derogar de

²¹ Ante la creciente demanda de calidad por parte de la sociedad, la Ley establece los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios de tal forma que la garantía para proteger a los usuarios se asiente no sólo en los requisitos técnicos de lo construido sino también en el establecimiento de un seguro de daños o de caución. Estos requisitos abarcan tanto los aspectos de funcionalidad y de seguridad de los edificios como aquellos referentes a la habitabilidad. Se establece el concepto de proyecto, obligatorio para el desarrollo de las obras incluidas en el ámbito de la Ley, precisando la necesaria coordinación entre los proyectos parciales que puedan incluirse, así como la documentación a entregar a los usuarios para el correcto uso y mantenimiento de los edificios. Se regula, asimismo, el acto de recepción de obra,

forma implícita el art. 1591 del Código Civil. El art 18 trata los *plazos de prescripción de las acciones*, para exigir la responsabilidad por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos²³, o para ejercer la repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los

dada la importancia que tiene en relación con el inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en la Ley.

²² Que reproducimos a continuación:

Artículo 17. *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*

1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

- a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.
- b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del art. 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder.

3. No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas.

5. Cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente.

Los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores.

6. El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o

demás, o a los aseguradores contra ellos²⁴. Por otra parte, su art. 19 desglosa las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción, para garantizar, durante los plazos arriba mencionados, el resarcimiento de los daños materiales por distintos vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, u otros elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del art. 3 de la Ley²⁵, o que tengan su origen

defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

7. El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento.

Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista.

Cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda.

8. Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

9. Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los arts. 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa.

²³ Que prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

²⁴ Que prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

²⁵ Artículo 3. *Requisitos básicos de la edificación*

1. Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes:

a) ...

b) ...

c) Relativos a la habitabilidad:

c.1) Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.

c.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las

o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. Salvo pacto en contrario, las garantías referidas no cubrirán variados elementos especificados en aquél artículo. Y el art. 20 lo dedica a regular los requisitos para la escrituración e inscripción.

Debemos reseñar que, recientemente, mediante la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 31 de diciembre de 2002, conocida popularmente como Ley de *Acompañamiento* (a veces de *amañamiento*) a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, se ha modificado la Disp. Adicional Segunda de la Ley 38/1999, respecto a la obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción.

Probablemente, así se espera, con esta nueva Ley se reduzca la enorme litigiosidad que las obras de construcción venían provocando, reduciendo los casos de enorme decepción y casi desamparo al que muchos compradores se veían abocados al adquirir su vivienda. Es deseable que su correcta aplicación reste mucho trabajo a los juzgados, no sólo en el Orden Civil; hasta ahora los jueces se veían ante una "nebulosa" de responsabilidades no muy bien definidas en las leyes a la hora de ser exigidas.

La Ley, en definitiva, trata, dentro del marco de competencias del Estado, de fomentar la calidad incidiendo en los requisitos básicos y en las obligaciones de los distintos agentes que se encargan de desarrollar las actividades del proceso de la edificación, para poder fijar las responsabilidades y las garantías que protejan al usuario y para dar cumplimiento al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, dando cobijo con ello, en distintos aspectos, a una reiterada doctrina de nuestro Alto Tribunal que, en innumerables ocasiones, ha tenido que perfilar los múltiples flecos que el art. 1.591 del Código Civil, en su parca redacción, presenta. Con independencia de sus virtudes, que su puesta en práctica evidenciará, las lagunas interpretativas que ya se van apuntando y que los Reglamentos o la Jurisprudencia dilucidarán, es innegable el avance producido

personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

c.3) Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.

c.4) Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.

por su mera presencia en el Ordenamiento Jurídico, introduciendo claridad y rigor en un sector muy necesitado de ello.

Ahora bien, la Ley 38/1999 no puede aclarar todas las dudas sobre la Ordenación de la Edificación, al margen del orden civil y de otros aspectos mercantiles o relativos a los títulos académicos de los profesionales que intervienen en la construcción²⁶, porque estaría vulnerando la Constitución si así lo hiciera, ya que ignoraría el reparto competencial establecido en el “juego” de sus artículos 148 y 149, fundamentalmente. Ya sabemos que son las Comunidades Autónomas las que tienen el “grueso” de las competencias sobre urbanismo y vivienda, en coordinación con otros títulos competenciales del Estado que les afectan. Por ello, repetimos, en atención a la Comunidad Autónoma donde se encontrara la edificación concreta que nos ocupara, deberíamos remitirnos a su legislación específica sobre urbanismo y vivienda, donde nos podemos encontrar una variada gama de rótulos en torno a la regulación urbanística, sus figuras de planeamiento y gestión urbanística, y sistemas de ejecución concretos, sobre edificación, de la calidad, promoción y acceso a la vivienda, de disciplina urbanística y declaración de ruina, etc. En ellas veríamos distintas menciones y tratamientos, respetuosos, por supuesto, con el marco normativo común que ya hemos apuntado.

Por último, debemos resaltar que la Ley 38/1999 no recoge ningún Capítulo específico en relación a las posibles sanciones que pudieran imponerse a los Agentes urbanísticos aludidos en su articulado, y sí señala, en varios de sus preceptos, las consecuencias del incumplimiento, normalmente multas de variada cuantía, de lo que previamente ha establecido; sobre lo cual destacamos las que incumben a las obligaciones que dicha ley impone en materia de responsabilidades y garantías²⁷.

²⁶ Donde rige el fundamento constitucional que la misma Disp. Final Primera de la Ley 38/1999 recoge, el art. 149.1.6ª, 8ª y 30ª de nuestra Norma Fundamental.

²⁷ Muchas de las cuales ya hemos citado. Añadiendo ahora la establecida en la Disp. Adicional Primera: *Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*, cuando se refiere a que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

- a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.
- b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en

7. LOS TIPOS PENALES

Ya hemos comentado algunas cuestiones sobre la dualidad de sistemas de sanción sobre los mismos bienes urbanísticos; nos toca ahora profundizar en el penal.

Esta dualidad no está exenta, desde luego, de fricciones o solapamientos. En principio, encaja mal con el orden jurisdiccional que nuestra Constitución, en sus arts 106 y 153.3.c), parece imponer de forma exclusiva para llevar a cabo el control jurisdiccional, en nuestro caso de la legalidad urbanística, sobre los Actos de las Administraciones del Estado y CC. AA., respectivamente. Y la discrepancia surge ante la suspicacia de que se esté burlando ese mecanismo por el atajo de la Justicia penal. Mas siempre queda el argumento, frente a esto, de que antes de la novedosa regulación del CP vigente, existía la posibilidad de contrastar toda licencia o acto administrativo presuntamente irregular ante el tipo penal genérico de la prevaricación y ejercitar la acción penal en demanda de su nulidad radical y de la condena de sus autores.

Lo cierto es que, para algunos, el Derecho español no ha dado una respuesta satisfactoria y coherente con la diversidad jurisdiccional que obligue a la Justicia penal a plantear la cuestión prejudicial ante la Justicia administrativa²⁸. El Tri-

efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.

c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del art. 6 de la citada Ley, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

²⁸ Queremos hacer aquí una referencia genérica sobre la Bibliografía utilizada al respecto, no sólo en cuanto al Epígrafe que ahora nos ocupa: ARCO TORRES, M. A., DEL PONS GONZÁLEZ, M.; Derecho de la construcción, Editorial Comares, 2000; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El medio ambiente como bien jurídico tutelado*, en *El delito ecológico*, 1992, págs. 41 y stes. BLANCO LOZANO, C.; *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997, págs. 145 y stes. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C.; Derecho de la construcción y la vivienda, 1998; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C.; Derecho de la construcción y la vivienda, 2000; CUESTA ARZAMENDI, J. L.; *Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código penal*, en AP, 1998, págs. 321 y stes. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993, págs. 55 y stes. GONZÁLEZ RIVERO, M.A.; *Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*, en *La Ley*, 1996. MATA BA-

bunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, deba resolver, según establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal; que en sus arts. 4 y 7, en lo que ahora nos ocupa, sigue atribuyendo a los Jueces y Tribunales penales la competencia para decidir la cuestión prejudicial salvo que la resolución de ésta sea determinante de la culpabilidad o la inocencia, en cuyo caso suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal, y se dará un plazo²⁹ a las partes para que acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo, lo cual es de muy difícil, por no decir imposible, articulación. ¿Cómo impugnarían las autoridades o funcionarios encausados por prevaricación urbanística sus propios actos ante la Justicia administrativa, de lo cual depende su imputación y culpabilidad?; ¿Instando ante la Administración competente su nulidad o lesividad de los intereses generales?³⁰. ¿Puede pedirse a la Jurisdicción Conten-

RRANCO, N. J.; *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, en "El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz", 2001. pág. 1.232. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.; *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid, 1993, págs. 152 y stes. MORALES PRATS, F.; *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, en *Cuadernos de Derecho judicial. Intereses difusos y Derecho penal*, Madrid, 1994, págs. 75 y stes. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.; *Los delitos sobre la ordenación del territorio: La responsabilidad penal de la administración urbanística*, en AP, 1997, págs. 339 y stes. PORTERO GARCÍA, L.; *Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías individuales*, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial*, Madrid, 1996, pág. 537. RODRÍGUEZ RAMOS, L.; *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1987, págs. 108 y stes. Mismo autor; *La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)*, en *Revista Derecho Urbanístico*, 1983, pág. 39. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a; *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal*, en *La Ley*, 1997-3, pág. 1.716. TERRADILLOS BASOCO, J.; *Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en *Derecho penal del medio ambiente* (Terradillos Basoco editor), Madrid, 1996, págs. 35 y stes. Mismo autor; *Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras*, en *Estudios*, XIX, 1996, págs. 306 y stes. VERCHNER NOGUERA, A.; *La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*, en *La Ley*, 1997, págs. 2 y stes. Mismo autor; *Delitos contra la ordenación del territorio*, en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*, IV, Madrid, 1996, págs. 542 y stes.

²⁹ Que no exceda de dos meses, pasado el cual sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el juez penal alzará la suspensión y continuará el procedimiento.

³⁰ No por las vías habituales, administrativas, previstas en los mecanismos de revisión de oficio de los actos administrativos, de los arts. 102 y stes de la LRJAPyPAC, en los que intervienen el Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere.

cioso-Administrativa que declare la legalidad de determinadas acciones, como ocurre en los juicios declarativos civiles?

Todo ello evidencia la anomalía, como ha puesto de relieve Parada Vázquez³¹, que supone que dichas conductas, antes o durante el proceso penal, no pasen por el filtro de un previo enjuiciamiento de la justicia administrativa. Pero en vez de reaccionar contra esta situación, el legislador ha incluido en el CP vigente nuevos delitos relativos a la ordenación del territorio cuyos tipos ampliamente concebidos no harán otra cosa que agravar el problema referido.

La protección administrativa sobre los bienes urbanísticas se estaba manifestando como inoperante ante determinadas actuaciones, de extrema gravedad, que cierto sector de la doctrina y de la sociedad creían merecedoras de reproche penal. Ahora bien, el ejercicio de este poder punitivo estará limitado, según ya se ha pronunciado reiterada jurisprudencia, por los principios de *mínima intervención* y *ultima ratio*. Y ante ello viene forzada la reflexión, habitual por otra parte, en muchas áreas de la actividades humanas, que apuntan a que si se diera un exigido cumplimiento de las disposiciones administrativas, con mecanismos eficaces de prevención, control y sanción, ágiles y justos, en cada caso, muchas figuras del CP serían invocadas o aplicadas en contadas ocasiones. Con ello no queremos insinuar que los delitos urbanísticos no estén plenamente justificados, como lo fue anteriormente el denominado delito ecológico, sino reflexionar sobre las formas más eficaces de perseguir las conductas que recoge.

El *bien jurídico protegido* ante los *delitos urbanísticos* no es de carácter individual, sino colectivo, protegiendo intereses de toda la sociedad, de las generaciones actuales y futuras, pudiendo catalogarse como *intereses jurídicos difusos*.

El CP vigente recurre en la regulación novedosa de estos delitos a las técnicas de la *norma penal en blanco* y de los *delitos de peligro*³². Por otro lado, no insistiremos aquí sobre la problemática de la doble sanción, ya tratada en un Apartado anterior, al que nos remitimos.

³¹ En *Derecho Administrativo III*, Ed. Marcial Pons, 2002, pág. 613.

³² Técnica no exenta de controversias y cierta tacha de inconstitucionalidad; pone al descubierto la seria dificultad que existe a la hora de deslindar los límites del Derecho administrativo sancionador y del Derecho penal. Y su constitucionalidad quedaría salvada si la remisión de la ley penal en blanco no se hace en bloque, sino meramente a alguno de los aspectos de la descripción de la conducta delictiva de forma que esas normas a las que se remite el tipo quedan a él incorporadas, recibiendo por lo tanto el mismo nivel legal. La remisión del legislador puede hacerse incluso a Reglamentos Administrativos. Según se ha pronunciado el TC, en varias SS, 76/1990, 127/90, 118/92, 111/93, 102/94, 24/96, y 128/98, cuyos argumentos esenciales recogemos seguidamente: La Constitución ni impone ni prohíbe que

Sobre la incidencia de la problemática de las leyes penales en blanco hay que tener en cuenta que debemos acudir a la legislación urbanística, a la Ley 6/98, al TR92, y otras leyes y Reglamentos Estatales, más la “maraña” normativa que en el conjunto de las CC. AA. nos encontramos sobre esta materia.

Para ello nos remitimos a lo ya tratado en los Epígrafes anteriores cuando analizábamos la dispersión normativa que la legislación urbanística ha experimentado, también en materia de sanciones, en los términos ya expresados; situación harto compleja que dimana, fundamentalmente, del pronunciamiento que el TC hiciera en su famosa S 61/97, cuando delimita los contornos de la competencia autonómica derivada del art. 148.1.3º de nuestra Constitución, y el reducido papel que al legislador estatal, también por la vía de la supletoriedad, le queda sobre esta cuestión. La STC 164/2001, de 11 de julio, afirma la inconstitucionalidad de una serie³³ de arts de la Ley 6/98, y ratifica el resto de la ley, si bien sobre algunos preceptos en la medida que se interpreten en armonía con determinados fundamentos jurídicos de la misma.

Proteger eficazmente la ordenación del territorio, procurando la correcta aplicación de la legalidad urbanística, a través de la dualidad de sanciones que sobre ella gravita es lo que se pretende con el panorama punitivo que actualmente tenemos. Se intenta poner freno a la escalada de abusos a los intereses generales que se venían produciendo y que la vertiente sancionadora, estrictamente administrativa, ha sido incapaz de solucionar en solitario.

Seguidamente desglosaremos los distintos supuestos o conductas urbanísticas merecedoras de reproche penal. Empezaremos por las *Construcciones no autorizadas en suelos especiales*, de manera que se castiga 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

el complemento extrapenal de una ley punitiva en blanco haya de estar previsto por una disposición que tenga el rango de ley orgánica. Se trata de una decisión que normalmente, salvo que venga impuesta por la Constitución en virtud de otros motivos, queda en manos del legislador. No existe una reserva de ley orgánica para el complemento de las leyes penales en blanco. La reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos administrativos.

Wienos polémica ha arrastrado, por otro lado, la técnica de los delitos de peligro, que consiste en un adelantamiento de las barreras de protección, antes de que se produzca el resultado dañoso que se pretende evitar.

³³ Concretamente sus arts 16.1, 38 y Disp. Final; imponiendo una interpretación conforme a sus fundamentos respecto a los arts 9, 11, 14, 17 y 18 de la misma ley.

legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. La pena impuesta es considerable³⁴.

La acción castigada es la de construir, es decir, aplicando variadísimas técnicas o materiales de construcción, levantar un edificio de nueva planta, palacio, casa, puente, etc; se trata de una conducta de hacer, que no requiere la producción de un daño o peligro. La construcción, debe ser no autorizada, aunque lo fuere de forma provisional. Y ello debe llevarse a cabo en suelos destinados a viales, zonas verdes, y demás usos antes citados. La adscripción de las distintas clases de suelos a tales destinos se realiza a través de las distintas figuras de planeamiento, de distinto carácter y ámbito, que tras su aprobación por los Municipios y Comunidades, en cada caso, se han dado. Y en algunos casos, de especial Protección, nos encontraremos con que los terrenos protegidos disfrutan de Planes más específicos, y Catálogos Públicos, que refuerzan su publicidad y virtualidad.

Se comete de forma dolosa, si bien cabe el dolo eventual; y no la imprudencia, desde el sistema cerrado introducido en el CP vigente. La consumación del delito no requiere la producción de ningún daño o peligro como resultado.

La exigencia de construcción no autorizada, del ahora tratado art. 319.1 del CP, es más exigente que la de no autorizable del núm. 2, alcanzando aquella una protección más amplia, ya que en este último caso sólo comprende el suelo no urbanizable.

Sólo pueden ser sujeto activo del delito los promotores, constructores o técnicos directores, agentes habituales en la actividad empresarial de urbanización y realización de obras; teniendo en cuenta el art. 31 del CP en los casos de duda.

Siguiendo el art. 319.2 del CP se castiga a los mismos agentes de la construcción, que lleven a cabo una *edificación no autorizable* en el *suelo no urbanizable*. Por tanto, deben darse esas dos condiciones. Advirtiendo que el término *edificación* puede entenderse, jurídicamente hablando, en un sentido más restringido que el anterior de *construcción*; si bien desde la órbita de los agentes urbanizadores, no tan ligados a la obra pública (puentes, carreteras, puertos, etc), cabe su similitud o sinonimia. La pena es menor en este caso³⁵.

³⁴ 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. Teniendo en cuenta que en este caso, según el art. 33.3 del CP la pena es MENOS GRAVE.

³⁵ 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.

Intentando aplicar esas dos condiciones, entramos en un terreno que en muchos casos puede llegar a ser ciertamente pantanoso, a la hora de subsumir el caso concreto con la norma tan elásticamente definida, toda vez que, desde la prejudicialidad que aplicara el Juez Penal, debería resolver calificaciones jurídicas de suelo que pueden llegar, en su estudio y aprobación, a litigios ventilados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo que condicionaría la existencia misma de la acción punible. Por ejemplo, al tratar algunas construcciones y edificaciones en suelo inicialmente no urbanizable, que podrían calificarse en algunos casos de *autorizables*, y de dudosa calificación de no autorizable.

Por *no autorizable* entendemos la edificación en suelo que, de ninguna forma, debiera obtener Licencia válida por la administración competente. No pudiendo ser legalizada la edificación con posterioridad. Esto suscita el problema de que en un futuro pueda modificarse la situación del suelo mediante la oportuna recalificación del terreno que situara bajo el manto protector de estar ajustada a planeamiento la edificación objeto de sanción. Al igual que antes, la acción debe consistir en realizar una edificación en suelo calificado de una cierta manera y con determinadas condiciones, no cabe la omisión. En este caso tampoco se requiere la producción de resultado de daño o peligro alguno, sí que se edifique en suelo no urbanizable³⁶.

Los casos dudosos en que finalmente resulte que la edificación es autorizable, o en suelo finalmente urbano o urbanizable, haría las conductas ventiladas atípicas, provocando inseguridad en los agentes implicados que, en algún caso podría ocurrir, edificaran convencidos de estar cumpliendo la legalidad urbanística.

El círculo restringido de los autores de estos delitos, los agentes de la construcción, *los promotores, constructores o técnicos directores*, hacen especial el delito. Los técnicos directores han de estar habilitados por el correspondiente título que les faculte para la función que vayan a realizar. En el art. 319.2 del CP sólo cabe, igualmente, la forma dolosa, y la modalidad de dolo eventual.

³⁶ En los términos que la LS98, en su art. 9, define el mismo; legislación común para todo el Estado español. Que puede estar sometido a algún régimen de especial protección, o que se considere necesaria, por determinados valores, su preservación. También es suelo no urbanizable el que no tenga la condición de urbano en los municipios sin planeamiento, sólo delimitados; donde todo el suelo es urbano si reúne la condición de solar, o no urbanizable, ante esas circunstancias.

Cabría aceptar el error de tipo, vencible según los casos, sobre la cuestión de que la construcción sea o no autorizable, e incluso en la localización de los terrenos³⁷.

Por su parte, recordemos aquí, el art. 319.3 del CP se refiere a que en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente³⁸, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Por otra parte, “cambiando de tercio”, entrando en la prevaricación específica que introduce el art. 320 del CP, señala que la autoridad o funcionario público³⁹ que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con pena Menos Grave⁴⁰. E igual pena se impondrá a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. Se trata, por tanto, de un supuesto concreto y agravado de prevaricación, tratándose de un delito especial. La injusticia comprende el ser contrario a Derecho, al margen de otras consideraciones morales o filosóficas.

Se protege el buen funcionamiento de la Administración pública, y la correcta ordenación del territorio. No cabría en este caso el dolo eventual por la condición exigida del tipo, de actuar *a sabiendas de su injusticia*. La consumación de la conducta punible conlleva la emisión del informe favorable, resolución o voto; es un delito de actividad.

³⁷ Los Planes, en cualquier caso, son públicos, pudiendo en todo momento ser consultados en el Ayuntamiento del término a que se refieran aquellos; según el art. 133 del TR92, vigente.

³⁸ Con la salvedad de las Providencias de Jueces y Tribunales, que no son al caso, y menos en materia penal respecto a dicho pronunciamiento, los Autos y Sentencias deben estar siempre motivados en su redacción (Fundamentos o Razonamientos Jurídicos); así lo establece la Constitución en su art. 120.3, y desarrolla la LOPJ y leyes procesales.

³⁹ A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24 del CP).

⁴⁰ Prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, y además la establecida en el artículo 404 del CP, o sea, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Ya hemos visto los mecanismos de protección de la legalidad urbanística, que no se agotan, como pudiera parecer a primera vista, en el orden administrativo⁴¹; hemos estudiado la novedad que introduce el CP vigente al contemplar los Delitos contra la *Ordenación del Territorio*; y hemos constatado la concurrencia de Normas Civiles y la competencia del juez Civil en muchos casos, orientados a satisfacer la tutela judicial efectiva del último escalón del urbanismo, los *consumidores y usuarios* de las edificaciones. Esas normas establecen la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación y las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción.

Y no podemos dejar pasar por alto otro instrumento de protección del urbanismo, la Acción Pública, contemplada en el art. 304 del TR92, con vigencia plena, que admite la posibilidad de ejercitar dicha acción durante la ejecución de las obras y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística; de esta forma los interesados en ejercitar la acción pública disponen de tiempo suficiente, desde que se visualicen las obras ya terminadas, para tomar conciencia de su significación y trascendencia y preparar la impugnación de los actos que las amparan.

Esta acción pública ha sido normalmente utilizada por los Colegios Profesionales de Arquitectos, que durante algún tiempo se convirtieron en serios defensores de la legalidad urbanística, si admitimos que entre sus fines y funciones se encuentra, además de procurar satisfacer sus aspiraciones corporativas, el velar por los intereses generales de la comunidad sobre esta materia. Pero, esta acción, en manos de los particulares, está expuesta al uso inconfesable o abusivo que ellos pudieran hacer para dirimir con su ejercicio diferencias con sus convecinos ajenas al fin del restablecimiento de la legalidad urbanística.

⁴¹ Como pudiera parecer de una rígida lectura del art. 303 del TR92, que es de aplicación plena, al tratar las *Competencias de la jurisdicción contenciosa*, en estos términos: Tendrán carácter jurídico-administrativo todas las cuestiones que se susciten con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las Administraciones Públicas y los propietarios, individuales o asociados o empresas urbanizables, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar.

Ya hemos constatado que algunos de esos actos pueden llegar a tener trascendencia penal, y por la *vis atractiva* de este orden jurisdiccional, ser vistos previamente en dicha instancia.

Este mecanismo fue introducido por la Ley del Suelo de 1956, y ampliado por el TR76, provocando su mala utilización que el TS se pronunciara, en su Sentencia de 22 de enero de 1980, reiterada por otras posteriores, señalando que es contrario al principio de *buena fe* la busca exclusiva de daño para un tercero más que el beneficio propio o el de la comunidad⁴². Otras SS del TS, como la de 29 de octubre de 1986, invoca el principio de prohibición de *abuso del derecho*, recogido igualmente en el art. 7 del Código Civil, para cerrar el paso a estas conductas radicalmente inmorales⁴³; y en otras trata los fines espurios que pueden mover a los denunciantes, como la búsqueda de un daño para un tercero (en la de 22 de enero de 1980)⁴⁴, o un mero ejercicio de picaresca (en la de 21 de septiembre de 1988)⁴⁵.

Con el TR92 la protección de la legalidad urbanística se desdoblaba en dos grandes apartados, según las obras se realizaran, bien sin licencia o contra sus determinaciones, o al amparo de licencias graves y manifiestamente ilegales; y, por otra parte, regulaba las facultades de suspensión y revisión otorgadas a las autoridades supramunicipales.

Este panorama se ha abierto radicalmente con la dispersión que supone la variada regulación que hacen las legislaciones autonómicas, según hemos tenido ocasión de poner de relieve con algunos ejemplos de diferencias sobre las infracciones urbanísticas, las sanciones o los plazos.

Sobre el tema de las facultades de suspensión y revisión otorgadas por la legislación preconstitucional a órganos estatales, en caso de pasividad de los municipios (arts. 186 y 224 del TR76), debemos destacar la revolución que

⁴² *La actuación del recurrente no se ha guiado por la buena fe que en el ejercicio de todo derecho exige el art. 7.1 del Código Civil, pues es claro que ha pretendido el uso de una facultad pública, como es la del artículo 223 de la Ley del Régimen del Suelo y que por la autoridad municipal se usara de sus atribuciones para satisfacer sus pasiones en contra del denunciado.*

⁴³ El ejercicio desviado y torcido de la acción pública, negando por ello el TS legitimación para recurrir a una Asociación de Constructores porque *la concreción de los límites a partir de los cuales se produce el exceso en el ejercicio de la acción pública urbanística ha de hacerse en cada caso por el juzgador mediante la aplicación al supuesto enjuiciado de los elementos conceptuales ofrecidos por el art. 7.2 del Código Civil.*

⁴⁴ *En la que se declara que el ejercicio de la acción pública de la Ley del Suelo, buscando exclusivamente el daño de un tercero y no el beneficio propio o de la colectividad, constituye un abuso de derecho, determinante de la desestimación del recurso.*

⁴⁵ *En ella se reacciona contra la existencia de una auténtica picaresca, como es la de obtener una compensación por el desistimiento, o algo peor, como es el ejercicio abusivo de la acción, procurando el daño de un tercero.*

supuso las tempranas SS del TC de 2 de febrero y 29 de abril de 1981, que dotaron con notable, y exagerada para muchos, autonomía a los entes locales, provocando la Ley 40/81, de 28 de octubre, que emancipa casi totalmente a las Corporaciones Locales de las tutelas que las CC. AA. y el mismo Estado pudieran ejercer sobre ellas; materia sobre la que abundó la Ley de Bases del Régimen Local, 7/85, de 2 de abril. Y respecto a su ulterior evolución, en el ejercicio vedado de esas tutelas, varias SS del TS se han *encontrado* con posturas contrarias del TC, hasta que la Sentencia de éste, de 3 de septiembre de 1990, reconduce la controversia a unos muy reducidos márgenes⁴⁶.

Se ha dudado que desde el Derecho penal se proteja más eficazmente los intereses generales que concurren en torno a la urbanización. El aparente, en unos casos flagrante, fracaso del Derecho Administrativo en esa labor, ha suscitado voces críticas, poco proclives a las novedades penales sobre el urbanismo; que defienden la mejora del sistema punitivo administrativo, temiéndose que esa huida hacia el Derecho penal⁴⁷, en definitiva, sólo vaya a producir escasos resultados en función de las expectativas abiertas, a cambio de hacer mucho más complejo y problemático el sistema sancionador urbanístico.

El CP acude a las técnicas de la *norma penal en blanco* y de los *delitos de peligro*, que han sido criticadas por la posible vulneración en su configuración, debate en el que no hemos entrado, de los principios de *mínima intervención* y *ultima ratio* en la regulación novedosa de estos delitos. Lo que se ha puesto en tela de juicio es la necesidad, legitimidad y la utilidad del *ius puniendi* del Estado para servir a la persecución de esas conductas, antes sólo sancionables en la esfera administrativa.

Ya hemos destacado la importancia del sector de la construcción en la sociedad actual; ello viene dado por el peso que el mismo representa en el conjunto de la

⁴⁶ Salvo el supuesto excepcional a favor del Delegado del Gobierno del art. 67 de la Ley 7/85, la facultad de suspender los actos y acuerdos de las CC.LL. se atribuye en exclusiva a los tribunales en todos los sectores del Ordenamiento Jurídico, incluido el urbanístico.

⁴⁷ Parafraseando a R. Parada Vázquez, que desde sus ya lejanas publicaciones en Libros y Artículos, y en sus Manuales de Derecho Administrativo, algunos en la 14ª Edición, ha criticado la huida del Derecho Administrativo que ha/n emprendido la/s Administraciones hacia campos del Derecho Privado, más dóciles a motivaciones e intereses no siempre confesables, que liberan a las autoridades administrativas del corsé, "molesto" en algunos casos, de dar explicaciones a las exigencias y mandatos del Derecho Presupuestario y Administrativo en general. Obviamente, la huida hacia el Derecho Penal lo es hacia una rama del Derecho Público que no es, en principio, tan grata como la anteriormente narrada; obviamente las consecuencias sobre los encausados pueden ser mucho más desagradables, todo dependerá del alcance real con el que pueda manifestarse.

economía nacional, no sólo de forma aislada, lo cual supone en algunas CC. AA, holgadamente más del 10 % de su PIB regional, sino también por la repercusión que su dinamismo supone sobre muchas ramas del sector industrial y terciario respecto de los cuales supone un auténtico motor de desarrollo. Ese conjunto de beneficios que aporta el fenómeno del urbanismo a la sociedad magnifica igualmente, con mayor contraste si cabe, las actuaciones que no se ajustan a la legalidad vigente, muchas de las cuales no merecen por la sociedad mayor repercusión que las ya perseguidas por las sanciones estrictamente administrativas. Pero lo cierto es que otras son de mayor entidad, sirvan de ejemplo las construcciones en zonas no autorizadas, en zonas verdes, que incumplen flagrantemente los Planes y Ordenanzas, que atentan de forma alarmante ante determinados valores paisajísticos, arqueológicos, etc; ante las cuales nuestra sociedad no permanece impasible y recurre al mayor grado de punición. Esas motivaciones, la correcta ordenación del territorio que exige nuestra avanzada sociedad, dado el elevado grado de urbanización que presentan algunas de nuestras ciudades y sus contornos, han inspirado al legislador del CP vigente, tomando conciencia sobre la importancia de esos bienes jurídicos, urbanísticos en nuestro caso, a lo que se une la necesidad de preservar más firmemente nuestro patrimonio histórico artístico inmobiliario. Con ello se da cumplida respuesta al art. 45.3 de nuestra Constitución, que faculta al legislador a establecer sanciones incluso penales cuando se ponen en peligro esos bienes, que reducen la calidad de vida de la colectividad y deterioran, en definitiva, el medio ambiente, desde una concepción amplia del mismo. Haciendo un sano ejercicio de la operatividad jurídica que debe presentar ese precepto, a pesar de su situación en un Capítulo “descafeinado” dentro del reconocimiento de derechos que hace nuestra Norma Fundamental en su Título I, y sirve a estimular y construir, en este caso no sólo con sentido literal, una mejor convivencia entre los *españolitos* que ya hace casi 25 años, un cuarto de siglo, nos dimos ese marco de entendimiento que, con sus defectos y muchas virtudes, representa nuestra Carta Magna.