

LA INSPECCIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA.

Eva Gamero Ruiz

**Inspectora de la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio,
Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía.
Consejería de Obras Públicas y Vivienda.**

“La certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, hace siempre más impresión que el temor de otro terrible si va unido a la esperanza de la impunidad”. C. BECCARIA

I.- LA ACTUACIÓN INSPECTORA URBANÍSTICA MUNICIPAL Y AUTONÓMICA EN ANDALUCÍA. LOS PLANES DE INSPECCIÓN URBANÍSTICA

I.I.-LA INSPECCIÓN COMO ORGANIZACIÓN

I.II.-LA INSPECCIÓN COMO FUNCIÓN

II.- NOVEDADES DEL REGLAMENTO DE DISCIPLINA URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA RESPECTO AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR URBANÍSTICO.

II.I.- RESPONSABLES DE LA INFRACCIÓN

II.II.- APLICACIÓN Y GRADUACIÓN DE SANCIONES

II.III.- RELACIONES CON OTROS PROCEDIMIENTOS

I.- LA ACTUACIÓN INSPECTORA MUNICIPAL Y AUTONÓMICA.

El devenir de la realidad urbanística en España, y en particular en Andalucía, ha puesto en el centro del debate la necesidad de contar con una Inspección urbanística lo suficientemente bien formada y ágil para, no sólo reprimir, sino sobre todo, prevenir, incluso por la vía pedagógica, la comisión de infracciones urbanísticas. Por tanto, una buena inspección es uno de los pilares básicos de una política urbanística pegada al terreno y capaz de satisfacer la actual demanda social.

Podemos hablar de la Inspección urbanística como ORGANIZACIÓN y como FUNCIÓN:

I.I.- En cuanto a la ORGANIZACIÓN de esta función inspectora, lo más destacable es su articulación en los dos grandes niveles de la vida administrativa infraestatal, esto es, se trata de una potestad atribuida tanto a la Administración Local, en cuanto Administración encargada de forma general y ordinaria de la disciplina urbanística en Andalucía (art. 92 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y artículo 9 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía) , como a la propia Administración Autónoma, en la medida en que sea necesaria para el buen funcionamiento de las competencias que, como Administración de tutela, le corresponde a la Comunidad Autónoma (art. 56 LO 2/2007, de 19 de Marzo). En efecto, la inspección urbanística es competencia tanto de los órganos autonómicos como de la Administración Local, en la esfera de sus respectivas competencias (STC 61/2007)

No pueden confundirse ambas, de forma que incluso llegar a ser posible que la Inspección autonómica tenga que actuarse con el objeto, precisamente, de comprobar hasta qué punto la Administración local ha ejercido correctamente sus potestades inspectoras. En todo caso, el art. 30 del Decreto 60/2010, de 16 de Marzo, que aprueba el Reglamento de Disciplina Andalucía, en adelante, RDUA establece:

1. La inspección urbanística es una potestad dirigida a comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y de uso del suelo, del vuelo y del subsuelo, se ajustan a la ordenación territorial y urbanística y, en particular, a lo dispuesto en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre y en el presente Reglamento.

2. Los municipios y la Consejería con competencias en materia de urbanismo deberán desarrollar dichas funciones inspectoras en el ámbito de sus respectivas competencias, en el marco de su planificación y programación a través de los correspondientes Planes Municipales y Autonómicos de Inspección Urbanística y de la cooperación y colaboración interadministrativas. La organización y funciones de la Inspección de la Administración autonómica se regularán por lo previsto en su normativa específica.

3.-Las Diputaciones Provinciales podrán asistir a los municipios en el ejercicio de la inspección urbanística en relación con las infracciones urbanísticas cometidas en su ámbito territorial, en el marco de sus competencias, y de conformidad con lo previsto en la en la legislación de régimen local.

La normativa específica a la que se remite este Reglamento al referirse a la Inspección autonómica andaluza, está integrada por las siguientes disposiciones:

- Decreto 190/2005, de 6 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 202/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Transportes. Crea la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda.
- Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. (n adelante, LOUA). Crea el Cuerpo Superior de Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda (A.1 6000) Hasta la fecha se han realizado dos convocatorias para el acceso a este Cuerpo: la primera, convocada el 6 de noviembre 2007 (25 inspectores) y la segunda, el 17 de noviembre 2008 (11 inspectores).
- Decreto 225/2006, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. (BOJA número 11, de 16 de enero de 2007).

Por su parte, y respecto de la organización de la Inspección local en Andalucía, el RDU, que dedica el Capítulo IV del Título I, artículos 30 a 35, inmediatamente anterior a la regulación del procedimiento de restablecimiento de legalidad y el sancionador , se limita a establecer una regulación general , referida a la naturaleza , funciones y fines de la inspección, dejando a salvo la potestad de autoorganización de cada Ayuntamiento para diseñar el propio servicio de Inspección en atención a las particularidades de cada municipio, como tributo al principio de diferenciación (art. 5 Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía).

No quiere esto decir que ambas Administraciones inspectoras funcionen como entes “insulares”, alejadas unas de otras, es más creo que uno de los grandes temas del futuro está llamado a ser, precisamente, el de la articulación de las relaciones de cooperación en este ámbito, ya que la experiencia cotidiana nos enseña, por un lado, que cuando una deficiente inspección local permite adquirir a las infracciones urbanísticas carácter masivo, la incidencia en una escala superior, la de la ordenación del territorio, es prácticamente

automática, y del otro que los Ayuntamientos, sin el concurso de la Administración autonómica, están condenados a ser barcos sin deriva.

De hecho, ya hemos señalado como el art. 30.2 RDUA hace una invocación expresa a los principios de cooperación y colaboración interadministrativas en el ejercicio de las potestades de inspección urbanística, siempre dentro del ámbito de sus respectivas competencias, y en el marco de su planificación y programación a través de los correspondientes Planes de Inspección Urbanística.

En todo caso, no hay inconveniente en aceptar que la inspección es un reflejo de la competencia sustantiva, o dicho de otro modo, la potestad de inspección llega hasta donde lo hace la capacidad de actuación de cada Administración. Significa esto que cada Administración debe ejercitar sus potestades en materia de disciplina urbanística, y por ende, de inspección, en el ámbito de sus competencias respectivas, y lo cierto es que la competencia de la Administración Local en materia de disciplina urbanística ha sido reforzada tras el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 92 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), en la Ley 29/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en cuanto su art. 9.1 dispone expresamente: *Los municipios andaluces tienen las siguientes competencias propias:*

1. Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, que incluye:

- a) Elaboración, tramitación y aprobación inicial y provisional de los instrumentos de planeamiento general.*
- b) Elaboración, tramitación y aprobación definitiva del planeamiento de desarrollo, así como de las innovaciones de la ordenación urbanística que no afecten a la ordenación estructural.*
- c) Aprobación de los proyectos de actuación para actuaciones en suelo no urbanizable.*
- d) Otorgamiento de las licencias urbanísticas y declaraciones de innecesariedad.*
- e) Inspección de la ejecución de los actos sujetos a intervención preventiva.*
- f) Elaboración y aprobación de los planes municipales de inspección urbanística.*
- g) Protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado.*
- h) Procedimiento sancionador derivado de las infracciones urbanísticas.*

Por el contrario, la Administración autonómica ostenta competencias en disciplina urbanística, necesariamente de forma subsidiaria, en las materias de interés supramunicipal, que enumeran los artículos 188 y 185.2 de la LOUA, esto es, para actuaciones sin licencia o título habilitante, cuando:

- a) Supongan una actividad de ejecución realizada sin el instrumento de planeamiento preciso para su legitimación.*
- b) Tengan por objeto una parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.*
- c) Comporten de manera manifiesta y grave una de las afecciones previstas en el artículo 185.2 B) de esta Ley, esto es, los que afecten a:*
 - a) Terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral.*
 - b) Bienes o espacios catalogados.*
 - c) Parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente.*
 - d) Las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o de los Planes de Ordenación Intermunicipal, en los términos que se determinen reglamentariamente.*

Y esta subsidiariedad de la intervención autonómica se manifiesta, no sólo en una

reducción de las competencias desde el punto de vista material, sino también desde el punto de vista procedimental, ya que ---- y esto es decisivo ---- , en este campo la Junta de Andalucía ostenta potestades subsidiaria y por subrogación, de modo que está condenada a intervenir, en defecto de los Ayuntamientos, cuando estos no lo hagan , de modo que será necesario el previo requerimiento de actuación al Municipio y la constancia de su inactividad para que la Comunidad Autónoma pueda efectivamente adoptar medidas de suspensión de obras, y tramitar procedimientos de restablecimiento de la legalidad y/o sancionadores(Artículos 181, 188, 195 de la LOUA , y artículos 43.1 y 65.1 del RDUA).

Esta primera aproximación debe completarse salvaguardando la competencia de la Comunidad Autónoma, en relación con actuaciones amparadas en título, para impugnar los actos expesos o presuntos de la Administración Local que estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho, constituyendo una infracción urbanística grave o muy grave (artículos 190 LOUA y 58 del RDUA). En particular, el artículo 58.3 del RDUA establece que *sin perjuicio de lo establecido en la legislación de régimen local, la Consejería con competencia en materia de urbanismo podrá instar de las Corporaciones Locales la declaración de nulidad de las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves, así como impugnar la desestimación expresa o presunta de las solicitudes que hubiere instado, en los términos y plazos previstos por la legislación de procedimiento administrativo común y de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Una cuestión que han suscitado los Ayuntamientos de forma reiterada ante la Dirección General de Inspección es la carencia de medios para ejercer adecuadamente estas potestades, y en particular, tras la publicación del RDUA entienden que las importantes potestades y funciones atribuidas a los Inspectores parecen estar pensadas más para los Inspectores autonómicos, que forman un Cuerpo Especial del Grupo A de la Junta de Andalucía, que para los Inspectores municipales, en cuanto normalmente, en pequeños municipios, la inspección se encomienda a Policías Locales. En todo caso, hay que tener en cuenta que el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 9.2), como ya hacía la Ley de Bases de Régimen Local reserva a funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas; y evidentemente las facultades inspectoras son una manifestación del *imperium* de las Administraciones públicas en su trato con los particulares, de lo que se deriva la necesidad de que sean funcionarios de la Administración local los que desempeñen este tipo de funciones. Si bien quedan en el aire posibilidades abiertas de colaboración entre los Entes locales con menos recursos, por un lado, y las Diputaciones provinciales, por otro, en los términos de la Ley Bases del Régimen Local y la Ley de Autonomía Local de Andalucía. En particular, el artículo 12.1 a) de la citada Ley de Autonomía Local establece que la provincia prestará al municipio la asistencia técnica para la elaboración y disciplina del planeamiento urbanístico y de instrumentos de gestión urbanística., y el artículo 14. 2 b) de esta misma Ley establece que en la forma y casos en que lo determine una norma provincial, la provincia prestará obligatoriamente, a petición del municipio los servicios municipales en materia de disciplina urbanística y ambiental

Así, y considerando el volumen de construcción ilegal en nuestra Comunidad, lo cierto es que acometer de forma plena el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística --- que implica, como veremos: la detección de la infracción, averiguación del responsable,

apertura y tramitación de procedimientos sancionador y de restablecimiento de la legalidad urbanística, y posterior ejecución de la resolución que puede ordenar el restablecimiento de la realidad física alterada, esto es la demolición, junto con la imposición de la multa y su recaudación --- es una tarea ardua, que va más allá de la extensión de un acta de infracción, y esto, tratándose de pequeños municipios como los diseminados por toda la geografía andaluza, que en ocasiones no cuentan siquiera con un instrumento de planeamiento general, y en el marco de una notable crisis de las Haciendas locales resulta difícil, cuando no improbable. Y ello sin perjuicio de lo impopular de estas medidas, en cuanto que la sensación de impunidad que ha campado por nuestras conciencias hasta hace no muchos años respecto a la amenaza de demoler, junto con la propia concepción de la facultad de edificar como contenido natural y propio del derecho de propiedad, hace que esta tarea sea en ocasiones un trabajo de Hércules...

Es sabido que la denuncia es uno de las más típicas formas de iniciación del procedimiento de inspección. Asimismo, y por ello precisamente, autoridades y funcionarios municipales, y por supuesto, Inspectores de urbanismo, están sujetos a un deber cualificado de denunciar las infracciones de que tengan conocimiento por razón de su cargo. Prueba de ello, el legislador penal se ha sentido en la obligación de incriminar o elevar el silencio a la categoría de ilícito penal, creando en el art. 320.1 Código Penal, tras la Reforma del año 2010, un nuevo tipo de prevaricación omisiva respecto a *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia,.. con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.*

Entendemos que las propias circunstancias organizativas que rodean el trabajo de la inspección deben ser tenidas en cuenta como elementos a fin de obtener una interpretación que no extienda más allá de lo razonable el ámbito de lo penalmente relevante. Y que atienda, tanto a la realidad de la división del trabajo como a las distintas modalidades de actuación de una inspección ágil y madura.

Por tanto, hay que considerar que quien acomete un Plan de Inspección Urbanística y comienza elaborando un inventario de construcciones existentes en suelo no urbanizable para conocer la realidad de su término municipal está actuando y no incumple su deber inspector por el hecho de no dar traslado concreto y puntual de cada una de las posibles infracciones que pudieran estar en él reflejadas. Lo contrario sería tanto como exigir una multiplicación de los esfuerzos por encima de las posibilidades reales de la actuación inspectora, que precisamente tiene que recurrir a este tipo de expedientes en aras de una racionalización de sus esfuerzos que le llevan incluso a renunciar a perseguir infracciones que quedan fuera del ámbito de su programación.

Bastaría, a nuestro juicio, a lo sumo un traslado genérico al Ministerio Fiscal del inventario una vez concluido, si se le significa al Ministerio Público que por las necesidades de programación y economía de esfuerzos:

- no todas las infracciones reflejadas van a ser perseguidas, al menos inmediatamente
- ni todas ellas pueden ser objeto de la misma atención ni represiva ni restauradora.

Somos conscientes de que probablemente por tratarse muchas veces de manifestaciones masivas de ilicitudes urbanísticas, también el Ministerio Público estará abocado a una racionalización de los esfuerzos y tareas mediante una aplicación tácita, no

suficientemente confesada, del principio de oportunidad. Si bien existe una orientación jurisprudencial favorable a la imputación de responsabilidad por lesiones derivadas de una vigilancia inexistente,

Lo cierto es que la inspección omnisciente es un imposible. En esta línea, el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de marzo de 1993 (RJ 1993\2037) declara que *la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace de todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico*. En consecuencia, solo declara la responsabilidad de la Administración si se han infringido “elementales normas de cuidado y diligencia”.

De ahí la importancia de la programación y planificación, en los términos que comentaremos a continuación, a propósito de las funciones inspectoras.

I.II.- Desde el punto de vista de la FUNCIÓN INSPECTORA, como toda función pública se compone de una serie de prerrogativas, que tienen como correlato un conjunto de deberes y obligaciones. Es la propia Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, la que se encarga, en su art. 179, de indicar expresamente los fines de esta función inspectora:

- a) *Velar por el cumplimiento de la ordenación urbanística.*
- b) *Vigilar, investigar y controlar la actuación de todos los implicados en la actividad de ejecución y de edificación y uso del suelo, regulada en esta Ley, e informar y asesorar a los mismos sobre los aspectos legales relativos a la actividad inspeccionada.*
- c) *Denunciar cuantas anomalías observe en la aplicación o desarrollo de los instrumentos de la ordenación urbanística.*
- d) *Informar a las Administraciones y autoridades competentes sobre la adopción de las medidas cautelares y definitivas que juzgue convenientes para el cumplimiento de la ordenación urbanística.*
- e) *Colaborar con las Administraciones competentes, así como hacer cumplir efectivamente las medidas cautelares y definitivas que, para el cumplimiento de la ordenación urbanística, aquéllas hayan acordado*
- f) *Desempeñar cuantas otras funciones asesoras, inspectoras y de control le sean encomendadas, y aquéllas que le sean asignadas reglamentariamente.*

De forma que, con las facultades que a continuación enumeraremos, la Inspección persigue unas funciones con las siguientes características:

- Inspectoras propriadamente dichas, de vigilancia del cumplimiento de la ordenación territorial y urbanística.
- Informativas y asesoras, aclarando dudas sobre la actividad objeto de su tarea.
- De denuncia de las anomalías observadas en la aplicación de la normativa.
- De información y propuesta en orden a la adopción de medidas, cautelares o definitivas a adoptar por la Administración competente.
- De colaboración con los órganos de la Administración con competencia en la materia.
- De desempeño de las funciones que se les encomienden legal o reglamentariamente.

Es preciso recordar que los actos de inspección son actos instrumentales, preparatorios de posteriores decisiones administrativas: bien para acometer un procedimiento de protección de la legalidad, medidas sancionadoras o de revisión de actos nulos.

En cualquier caso, lo cierto es que la propia LOUA confiere a los Inspectores – autonómicos o locales- plena autonomía y les reconoce el carácter de agente de autoridad, lo que implica que en todo caso han de tener la condición de funcionario, y actuarán provistos de la correspondiente credencial.

Sus facultades- enumeradas en el art. 179 LOUA y 32 RDU, y para los inspectores autonómicos en 22 del Decreto 225/2006, pueden resumirse en las siguientes:

- Requerir y examinar toda clase de documentos relativos a la actuación urbanística.
- Entrar en el lugar objeto de la inspección y permanecer en él, previo consentimiento de su titular o resolución judicial cuando constituya domicilio.
- Comprobar la adecuación de los actos inspeccionados a la ordenación urbanística aplicable.
- Obtener la información precisa para el cumplimiento de su función.
- Recibir la colaboración precisa tanto de Administraciones Públicas como de particulares, hasta el punto de que la negativa a facilitar información o prestar colaboración se puede entender obstaculización a la actuación inspectora, objeto de tipificación como infracción urbanística (arts. 226 LOUA y 100 RDU)

Como ya anticipábamos, el ejercicio de la función inspectora se desarrolla, (art. 179.2 LOUA y 30.2 RDU) tanto por los municipios como por la Consejería con competencias en materia de urbanismo en el ámbito de sus respectivas competencias, en el marco de su planificación y de la cooperación y colaboración interadministrativas, por lo que hemos de hacer referencia a la figura, hasta cierto punto novedosa, de los Planes de Inspección Urbanística.

Sobre el valor jurídico de estos Planes de Inspección, creemos que no hay inconveniente en trasladar a este terreno lo dicho por el Tribunal Supremo sobre la validez jurídica de los planes de inspección tributarios. Así, la STC 110/1984, de 26 noviembre, RTC 1984\110 parece admitir la discrecionalidad de la Administración a la hora de escoger el sujeto pasivo de la comprobación, alegando:

- por una parte, que el conjunto de datos previos que constan al órgano administrativo y que hacen prácticamente imposible que existan idénticas circunstancias y por tanto que se vulnere el principio de igualdad,
- y por otra parte, que no constituye motivo de discriminación ser tratado conforme a la ley

De forma que el instrumento que mejor combina la eficacia de la supervisión con el respeto a la igualdad y la seguridad de los administrados es el Plan de inspección. En cuanto a la planificación y programación de la Inspección desde la Dirección General de Inspección de la Junta de Andalucía, ya el art.15 del Reglamento de Organización y funciones de la Inspección Autonómica (Decreto 225/2006) establece que la Inspección planificará y programará su actuación según objetivos generales o particulares, en atención a su ámbito competencial material y territorial, y distingue entre la planificación general (art. 16), y el desarrollo de esta planificación general, mediante la programación de las correspondientes órdenes de servicio, que, en atención a la eficacia de la actuación inspectora, no serán objeto de publicación, y deberán atender a alguno o varios de los siguientes criterios (art. 17) :

- Trascendencia o repercusión jurídica, social y económica de los asuntos objeto de la actuación.
- Efecto de prevención general y especial que se pretenda obtener.

-Consideración territorial de las actuaciones a desarrollar.

-Beneficio económico perseguido por las infracciones.

En este ámbito autonómico, se han elaborado y ejecutado hasta la fecha dos Planes Generales de Inspección:

- Plan General de Inspección para el bienio 2007-2008, aprobado por Orden de 24 de Julio de 2007 (Boja nº 153, de 3 de agosto 2007, página 54)
- Plan General de Inspección para el cuatrienio 2009-2012, aprobado por Orden de 11 de noviembre de 2008 (Boja nº 246, de 12 de diciembre 2008, página 75)

A su vez, los Planes autonómicos de Inspección Urbanística se han desarrollado en cuatro programas:

- Programa Vivienda Protegida: Análisis del grado de cumplimiento de la reserva de suelo prevista por el Planeamiento Urbanístico para vivienda.
- Programa Suelo No Urbanizable: Protección del suelo no urbanizable de especial protección, control de los procesos de formación de núcleos y control de los procesos de parcelación urbanística en suelo no urbanizable.
- Programa Ciudad Histórica: Defensa de la ciudad histórica preservando sus características patrimoniales.
- Programa Equipamientos: Grado de cumplimiento de la reserva del Planeamiento Urbanístico destinada a equipamientos, dotaciones, servicios públicos, espacios libres, plazas y/o jardines.

Hemos apuntado que la Administraciones autonómica y local no son entes insulares, sino que existe en este momento una estrecha colaboración y cooperación entre ambas, en cuanto la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía está prestando asistencia material y jurídica a los Municipios en la elaboración de sus propios Planes de Inspección Urbanística. No quiero dejar de pasar esta oportunidad para destacar el esfuerzo que desde esta Dirección General se está haciendo, colaborando activamente para que los Ayuntamientos comiencen la planificación de su actuación inspectora conociendo efectivamente la realidad a planificar, en particular llevando a cabo la elaboración de un inventario de todas las construcciones existentes en suelo no urbanizable, con la finalidad de registrar o reflejar cuales son los ámbitos del municipio más sensibles y necesitados de intervención inmediata, de forma que la actuación no se guíe exclusivamente por las denuncias- que en ocasiones pueden tener una finalidad engañosa- sino por la actuación objetivada y programada.

En este sentido, la labor de difusión que realiza la Dirección General de Inspección para logra la asunción del Plan de Inspección Municipal para el ejercicio de sus competencias en materia de disciplina urbanística por parte de los municipios pasa por:

- Tutela de los Inventarios de construcciones existentes en suelo no urbanizable, realizados por los Ayuntamientos.

- Visitas, reuniones y contactos con los representantes municipales.
- Diagnóstico y propuestas sobre la situación del Suelo No Urbanizable: Recomendaciones al planeamiento urbanístico en redacción, tales como que la norma contemple las medidas correctoras del impacto ambiental y paisajístico para las construcciones recogidas en el Inventario realizado que sean susceptibles de reconducción a la legalidad o las medidas para evitar que en las zonas conflictivas se continúen sustituyendo las edificaciones tradicionales por viviendas sin vinculación al aprovechamiento agrario, así como la necesaria constancia y particularización en el instrumento de planeamiento de las construcciones que queden en situación de fuera de ordenación o asimiladas...

En definitiva, se trata de incorporar los resultados del Plan de Inspección en el futuro planeamiento, con la circunstancia de que la mayoría de los municipios andaluces que se encuentran en fase de renovación de su planeamiento general.

Por otra parte, en el actual panorama del urbanismo andaluz cobra especial importancia otra de las misiones de la Inspección Urbanística, la consistente en cooperar con la Administración de Justicia en la elaboración de informes. De hecho, los Órganos Judiciales y el Ministerio Fiscal, han visto en el Cuerpo de Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda un auxilio cualificado cuya aportación al proceso puede ser:

-Indirecta: a través de las actas de inspección y documentación que, con valor preconstituido, está llamado a reflejar una situación urbanística particular- y habrá de recordarse, conforme al art. 180.3 LOUA, que *las actas de la inspección gozan de presunción de veracidad en cuanto a los hechos contenidos en las mismas.*

-Directa: En los casos en que recaiga en un miembro del Cuerpo de Inspectores la condición de perito designado judicialmente.

Debiendo ser los Jueces y Tribunales los que aprecien hasta que punto puede verse comprometida la imparcialidad de la función informante en los casos en que esté integrada orgánicamente en una Administración con competencias urbanísticas propias en aquellos procesos en los que esa misma Administración, eventualmente, pueda ser traída al proceso como parte interesada.

Otra medida de colaboración con la Administración de Justicia se centra en el control del cumplimiento de las medidas, provisionales y definitivas, acordadas por los Tribunales en materia de ordenación urbanística. Así, hemos de hacer referencia tanto:

-Al control de las medidas cautelares de suspensión que pueden acordarse tanto en procesos contencioso administrativos de impugnación de licencias urbanísticas, como en procesos penales por delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo (artículos 319 y 320 del Código Penal). En este sentido, recibido el Auto de medidas cautelares en la Dirección General de Inspección, se procede a su notificación al Ayuntamiento, a fin de que se controle el cumplimiento de la obligación de precinto y suspensión, con

recordatorio de las consecuencias de su incumplimiento (artículos 181 LOUA Y 42 RDUa).

-Como a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que ordenen la demolición de las obras, acordadas por los tribunales penales ex art. 319.3 Código Penal, en el caso de que el penado no haya cumplido la obligación impuesta. Esta cuestión no está suficientemente regulada en nuestra opinión. Hemos de entender que la ejecución material de lo establecido en la ejecutoria penal corresponde, en primera instancia, a los propios penados, y en su caso, de forma subsidiaria y a cargo de los penados, a las Administraciones Públicas a las que la ley encomienda la salvaguarda de los bienes jurídicos implicados - en el caso que nos ocupa, la correcta aplicación de la normativa urbanística- atendiendo a criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

Y la competencia en esta materia, en nuestra Comunidad Autónoma, como ya hemos señalado, corresponde en primera instancia a los Ayuntamientos, según se dispone en el artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía en relación con los artículos 25.2.d de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, 9.1 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y artículos 171, 190, 181 y siguientes y 195.1.a), todos ellos de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Por tanto, los primeros obligados al cumplimiento serían los penados, y subsidiariamente, la Administración municipal, por la naturaleza del interés público tutelado y la intensidad de su intervención. La intervención de la Administración autonómica en estas funciones de comisario *ad hoc* de la jurisdicción penal sería doblemente subsidiaria: en defecto de cumplimiento por el penado, y por la Administración municipal. Se echa en falta que por la instancia correspondiente se determinase el alcance y extensión del deber de cooperación que incumbe a la Administración autonómica en relación con la ejecución material de sentencias penales condenatorias por comisión de delitos contra la ordenación del territorio que lleven aparejada la demolición de obras e instalaciones, en la presunción de que tal deber, genéricamente constitucionalizado en el artículo 118 de la Carta Magna, no puede ser tan indiscriminado y elástico que vincule a la Junta de Andalucía incluso allí donde los intereses urbanísticos en juego son ajenos a su esfera de competencia, tal y como la misma resulta delimitada constitucional, legal y estatutariamente, pues de sostener lo contrario se incurriría en la paradoja de obligar a esta Administración a actuar --e incluso, a responder por no hacerlo -- extramuros del marco de las atribuciones que le son propias, invirtiendo, por tanto, las reglas generales de operatividad de los Entes Públicos, para quienes su haz de competencias representa a la par tanto una autorización como un límite para actuar, que no puede ser traspasado gratuitamente.

II.- PROCEDIMIENTO SANCIONADOR URBANÍSTICO. NOVEDADES DEL REGLAMENTO DE DISCIPLINA URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA.

Como ya reconoce nuestra LOUA (artículos 168 y 192) y reproduce el RDUa (artículos 4 y 61); la comisión de una infracción urbanística dará lugar a la adopción de las medidas siguientes:

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

b) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria

administrativas o penal.

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

Y ello sin perjuicio de que también pueda dar lugar a la instrucción de un procedimiento penal, o incluso civil (artículos 42 y 49 de la Ley de Suelo Estatal)

Y nos aproximamos al procedimiento sancionador urbanístico destacando la nueva regulación reglamentaria autonómica, si bien, al contrario que sucede con la regulación de las licencias y con el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, es en la parte dedicada a las Infracciones Urbanísticas, (Título II del Reglamento, artículos 60 a 100), es donde menos novedades destacables encontramos. Lo que no deja de tener cierta lógica, considerando los principios de legalidad y tipicidad (art. 25 CE) en materia de infracciones y sanciones, como reconocen la propia Exposición de Motivos y la Disposición final segunda del RDU, optando el legislador por un texto omnicompreensivo y sistemático que evite la necesidad de consultar la Ley de modo constante, por lo que algunos de los preceptos reglamentarios, los enumerados en dicha Disposición, son reproducción literal de los contenidos en la LOUA.

A continuación abordaremos el estudio de la incidencia del RDU en el régimen propiamente dicho de las infracciones y sanciones, y lo haremos siguiendo la metodología que entendemos juicio más didáctica, esto es, la que atiende a cada uno de los elementos personales, y objetivos de la infracción, insistiendo que, lógicamente, la tipificación directa de ilícitos queda al margen de las posibilidades del RDU y finalmente abordaremos la relación de este procedimiento sancionador con el procedimiento penal, y con el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística.

II.1.- RESPONSABLES DE LA INFRACCIÓN

En este punto, la novedad del Reglamento más llamativa es la que incorpora el artículo 63, al establecer la responsabilidad de las Juntas de Compensación, asociaciones de propietarios en el sistema de cooperación, Entidades urbanísticas de conservación y otras Entidades urbanísticas colaboradoras, a las que se niega la exoneración subjetiva aplicable “in genere” a las Administraciones Públicas, aun sin perjuicio de las responsabilidades en que hayan podido incurrir las personas físicas que actúen por ellas y de la exigencia de indemnización de daños y perjuicios, a nuestro entender, no sin fundamento, ya que basta con repasar los Manuales sobre Derecho Urbanístico al uso para observar que, p. ej., se explica la figura de las Juntas de Compensación como un ejemplo típico de autoadministración, de agentes desconcentrados que actúan por delegación determinadas funciones administrativas, pero sin alcanzarles por ello el calificativo de genuinas Administraciones.

Puesto que una recta aplicación de las normas sobre notificación de los actos administrativos a los interesados imponía la solución establecida ahora en el artículo 3 del RDU, no es propiamente una novedad sustantiva la previsión de que la Administración actuante notifique al Colegio Profesional correspondiente la resolución firme de los procedimientos en los que resulte responsable de la comisión de infracciones urbanísticas alguno de sus colegiados, sin perjuicio de la debida comunicación de los hechos, en su caso, al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad

penal que pueda proceder.

Y por supuesto, resulta impecable, y en la línea de la mejor tradición tributaria, la previsión--- art. 63.5 --- de que la derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los demás responsables solidarios, si los hubiere, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse, pues justamente en eso consiste la responsabilidad subsidiaria, que no deja de ser una suerte de fianza legal no solidaria que en este caso la LOUA prevé a fin de asegurar la obligación de pago de las multas y del beneficio ilícito obtenido impuesta a las personas jurídicas.

Nos interesa prestar un momento atención a un problema creado en torno al régimen de las parcelaciones, figura erigida en una de las auténticas bestias negras de la LOUA, y por ende, del RDUA.

Me refiero a la posibilidad de que, sin quererlo , el RDUA haya llevado a cabo una extensión subjetiva del tipo de las parcelaciones ilegales, partiendo de que el artículo 193 LOUA establece son responsables los propietarios, promotores, constructores, según se definen en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, urbanizadores y cuantas otras personas tengan atribuidas facultades decisorias sobre la ejecución o desarrollo de los actos.

Efectivamente, el Reglamento aprovechando que su artículo 8 a) enumera entre los actos sujetos a licencia, las parcelaciones urbanísticas, salvo que estén contenidas en proyectos de reparcelación aprobados o sean objeto de declaración de innecesariedad de la licencia, ha entendido que *igualmente , tendrán la consideración de actos reveladores de posible parcelación urbanística, la transmisión intervivos de cuotas proindiviso de fincas clasificadas como suelo no urbanizable, cuando a cada uno de los titulares corresponda teóricamente una parte de superficie inferior a la mayor de las fijadas en la ordenación urbanística y territorial vigente, como parcela mínima edificable o divisible, según el resultado de aplicar a la total superficie del inmueble objeto de alteración, el porcentaje que represente cada cuota indivisa enajenada ,añadiendo que el mismo régimen se aplicará a las transmisiones de acciones, participaciones u otros derechos societarios que produzcan el mismo resultado, así como a las divisiones horizontales. En estos actos reveladores de parcelación urbanística, se requerirá la correspondiente licencia urbanística o declaración de innecesariedad, debiendo esta última condicionarse resolutoriamente al cumplimiento de las previsiones fijadas en el instrumento de planeamiento urbanístico, o en su caso, aquellas que garanticen la no inducción a la formación de nuevos asentamientos.*

Esta previsión reglamentaria desarrolla el artículo 66.2 de la LOUA. Y en este artículo legal, aplicable tras la reforma de la Ley 13/2005 a cualquier clase de suelo, se describen una serie de negocios- que no son *numerus clausus*-, de los que podría deducirse la correspondencia del derecho de cada titular con el uso individual de una parte del inmueble(interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario). En el caso de que se trate de asignación de cuotas pro indiviso que asignen este uso individualizado, se tratará de una desnaturalización del régimen de comunidad romana: bajo la apariencia de la comunidad pro indiviso, la configuración real del negocio se aparta del régimen establecido en el art. 394 CC. Y ello ocurrirá cuando del tipo negocial elegido y de las circunstancias que lo rodean, el operador jurídico (Notarios y

Registradores de la Propiedad en el ejercicio de sus funciones de autorización y calificación) deduzca que hay indicios de que va a existir ese uso individualizado anticipatorio de una reparcelación “desordenada” y en todo caso nula de pleno derecho cuando se trate de suelo no urbanizable (art. 68.2 LOUA) . Añade el precepto (art. 66.2 LOUA) que la simple voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso no podrá excluir tal aplicación, pues cuando efectivamente el negocio conlleve el uso individualizado, la voluntad particular manifestada no deroga lo establecido en la Ley, y ello pues, no es ley dispositiva, y de conformidad con el art. 6.3 del CC *la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.*

Por tanto, en los casos en los que se hayan detectado estos actos reveladores de un individualizado de una parte del inmueble, y por tanto de la posible ilicitud de la causa de negocio elegido por los otorgantes -1276 CC--, y en función de lo dispuesto por la propia LOUA para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de que se trate, se deberá exigir la acreditación de la existencia de la preceptiva licencia urbanística o la declaración de su innecesariedad. Creo que el rigor en la autorización e inscripción de instrumentos públicos que puedan contener actos de parcelación que resulta de la norma urbanística no es mayor que el exigido a los fedatarios públicos, por ejemplo, en la regulación del blanqueo de capitales que obliga a los Notarios a apreciar el sentido jurídico de determinados actos dispositivos, no sólo por lo que resulte del título correspondiente, sino de una pluralidad de instrumentos ajenos pero conexos con aquel. Quizá esta apreciación conjunta es la que permitirá en muchas ocasiones al Notario o Registrador cerciorarse de si de una pluralidad de actos negociales se infiere o resulta la atribución a sus destinatarios de facultades de uso exclusivo e individualizado sobre parte de un inmueble proscritas por la legislación urbanística.

Lo que no implica necesariamente que en todos y cada uno de los negocios descritos a título ejemplificativo en el art. 66.2 conlleven de forma automática e inevitablemente la presunción de existencia de acto revelador de uso individualizado de una parte del inmueble con obligación de pedir licencia o declaración de innecesariedad para autorizar o inscribir escrituras públicas.

Ahora bien la tenencia de licencia o declaración de innecesariedad no supone que el peligro de asignación de uso individualizado quede definitivamente conjurado, en cuanto que la existencia de acto administrativo autorizante no es el Jordán purificador de la parcelación desordenada o prohibida. De la misma manera que la inscripción registral de los actos no convalida los actos y negocios nulos, por cuanto el título se inscribe porque es válido, y no es válido porque se inscriba (art. 33 de la Ley Hipotecaria), la declaración de innecesariedad no convalida las parcelaciones que sean nulas...Por ello, el RDUa ha establecido en su art. 28.3, en el marco de la coordinación y colaboración con el Registro de la Propiedad, la comunicación por los Registradores de la Propiedad a la Consejería competente en materia de urbanismo de las solicitudes de inscripción registral de parcelaciones con licencia o declaración de innecesariedad cuando estimaran que, no obstante la existencia de tales actos administrativos, los negocios pretendidos pudieran ser contrarios a la ordenación urbanística y territorial.

De esta forma queda cerrado el círculo en cuanto: la duda fundada del notario-registrador determina que se acredite la existencia de título administrativo autorizatorio, y si , persiste tal duda a pesar de la existencia de título, la comunicación a la autoridad administrativa permite la reacción por ésta para adoptar las medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de la legalidad urbanística, en su caso a través de la impugnación jurisdiccional o petición de revisión de oficio del acto autorizatorio.

Llegados a este punto, poco misterio supone lo establecido en el art. 8 a) del RDUa, que

comienza reproduciendo el art. 66.2 de la LOUA, ya comentado. A continuación añade una presunción que no es sino complemento o especificación de la presunción legal.

Esta presunción reglamentaria se introduce finalmente en el RDU respondiendo a la conveniencia de fijar, en determinados supuestos, un criterio objetivo que permita a los Notarios y Registradores de la Propiedad fundamentar la exigencia de la acreditación de la licencia de parcelación o declaración de innecesariedad, pese a que nada figure en la escritura sobre el derecho de uso exclusivo de una porción de terreno, ni siquiera el pacto expreso de exclusión del uso individualizado o sobre la entrega de la posesión material.

En síntesis: en este punto, el nuevo Reglamento de Disciplina Urbanística ni atempera el supuesto rigor del texto del art 66 de la LOUA tras la redacción dada en el año 2005, ni establece un control más férreo que el legalmente exigido, en cuanto únicamente complementa, detalla y pormenoriza la presunciones generales de acto revelador del uso individualizado del art. 66.2 LOUA, estableciendo una presunción complementaria y específica en los casos de transmisiones intervivos de suelo no urbanizable de derechos que se correspondan con una superficie de determinadas dimensiones.

A mi juicio, ni el Reglamento de Disciplina Urbanística ni la interpretación del art. 66.2 LOUA que se propone provocan distorsión alguna en el ejercicio de las funciones de autorización y calificación que competen respectivamente a Notarios y Registradores de la Propiedad, a quienes siempre les corresponde una función cuasi judicial en la aplicación del Derecho Privado.

En cualquier caso, el posible “ultra vires” de la norma reglamentaria, y por supuesto, en correlación, la tentación de incluir a los autores de actos de este tipo en el catálogo de autores del tipo de parcelación ilegal puede y debe salvarse recordando encarecidamente a quien esté obligado a aplicar el Reglamento comprenda que, como mucho, viene a establecer una presunción iuris tantum de parcelación y no olvide que la ratio de la normas sobre interdicción de la parcelaciones en suelo no urbanizable es la evitación de núcleos de asentamiento humano, y que la apreciación de este hecho no puede ser nunca discrecional, por tratarse como máximo de un concepto ciertamente indeterminado que no admite en su aplicación al caso más que una solución unitaria, que lo niegue o afirme.

Finalmente, bajo una aparente y sencilla regla sobre el carácter independiente de las multas, el artículo 70 del RDU, en consonancia con el artículo 200 LOUA--- *Las multas que se impongan a los distintos responsables de una misma infracción urbanística tienen entre sí carácter independiente* ----, establece que si los títulos de responsabilidad concurren en una misma persona, se impondrá una sola multa, haciendo aplicación de una regla propia del Derecho Penal Común: la concurrencia en un solo autor de diversos títulos de imputación referidos a una misma infracción (por ej, inductor primero a la par que ejecutor material sobrevenido) sólo da lugar a una única imputación, por aplicación del principio de consunción, o para otros, del de subsidiariedad. En la práctica, quien es la vez promotor y propietario involucrado en una parcelación ilegal se convierte en destinatario de una única sanción.

II.II.- APLICACIÓN Y GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES.

II.II.I.- CONCURSO DE INFRACCIONES

En primer lugar, se refleja en el art. 71 RDU la voluntad de resolver la cierta indefinición de la LOUA al abordar lo que utilizando categorías propias del Derecho Penal Común,

podríamos denominar infracción urbanística continuada, que tiene lugar cuando se realice una pluralidad de acciones u omisiones, cada una de ellas constitutiva de un mismo tipo de infracción urbanística, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. La LOUA se conforma con disponer que no se aplique lo dispuesto en los apartados anteriores respecto del concurso real de infracciones urbanísticas: a cada infracción, la correspondiente sanción, creando una especie de vacío legal ciertamente curioso.

Pues bien, el RDUa establece en estos casos la solución de parificar la infracción continuada homogénea (que no deja de ser una modalidad especial del concurso real) con el que podría calificarse como concurso medial o ideal de infracciones urbanísticas concurrentes, que tiene lugar cuando una de ellas haya sido medio imprescindible para cometer la otra, o cuando de la comisión de una derive necesariamente la de otras, y que según la LOUA, obliga a que se imponga la sanción más grave de las que correspondan a las diversas infracciones urbanísticas y dentro de los márgenes establecidos expresamente para ella. De este modo, ha abandonado el criterio de imponer automáticamente la sanción más grave en su mitad superior, por encontrarse disconforme con el mismo el Consejo Consultivo de Andalucía.

El que el RDUa establezca, por tanto, que se imponga la sanción más grave de las que correspondan a las diversas infracciones urbanísticas y dentro de los márgenes establecidos expresamente para ella no nos parece una solución extralimitante, o el intento de una norma reglamentaria de suplir indebidamente la inoperatividad del legislador.

No es así porque es la Ley, al derogar para este tipo de supuestos el rigor del concurso real de infracciones (acumulación de sanciones, moderadas en su extensión) la que establece un marco mínimo para la punición de la infracción continuada, que el RDUa respeta, ya que, efectivamente, no sigue el criterio de la exasperación, y en lugar de acumular las sanciones correspondientes a cada una de las infracciones, establece una solución que, en todo caso, es válida conforme a criterios de proporcionalidad. Y lógicamente, la infracción continuada heterogénea, por exclusión, no es impune, sino que se regirá, aunque no lo diga el RDUa, por las normas propias del concurso real de infracciones, esto es, sancionándose por la acumulación de sanciones.

II.II.II.- GRADUACIÓN DE SANCIONES

Tampoco, y por la razones expuestas, me parece alarmante el artículo 74 del RDUa, relativo a la graduación por concurrencia de agravantes y atenuantes, aparentemente aparatoso, pero que no es sino traducción pormenorizada de los criterios de ponderación previstos en el artículo 203 de la LOUA, sin que haya motivos para pensar que el reglamentador haya excedido los márgenes del principio de proporcionalidad, que es el que obliga a graduar en función de la ponderación de la incidencia de las circunstancias en la valoración global de la infracción--- que es lo que quiere la LOUA

De este modo se llega a criterios muy próximos a los propios del Código Penal, y así, por ejemplo si concurre sólo una circunstancia atenuante, la sanción se impondrá en su mitad inferior y cuando sean varias, en la cuantía mínima de dicha mitad; si concurren tanto circunstancias atenuantes como agravantes, el órgano sancionador las valorará conjuntamente, imponiendo la sanción dentro de los límites máximo y mínimo que correspondan según la gravedad de la infracción; y si concurre sólo una circunstancia agravante, la sanción se impondrá en su mitad superior y cuando sean varias o una muy

cualificada, podrá alcanzar la cuantía máxima de dicha mitad.

II.II.III.- EXCLUSION DEL BENEFICIO ECONÓMICO Y DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LAS OBRAS EJECUTADAS

Ambas cuestiones son susceptibles de abordarse conjuntamente pues a fin de cuentas mediante estas reglas se concreta la sanción a imponer. El RDU opera en este punto por remisión a reglas técnicas, sin embargo las imprecisiones que puedan existir lo lógico es que se salven mediante interpretaciones “pro reo”.

Así por ejemplo, bajo el principio legalmente consagrado de que en ningún caso podrán las infracciones urbanísticas reportar a sus responsables un beneficio económico, se establece que cuando se haya producido la reposición de la realidad física alterada por el responsable, el beneficio se calculará sobre la base del valor de uso o alquiler a precios de mercado, fijado de conformidad con la normativa de valoración inmobiliaria.

El artículo 81, aplicable de forma supletoria respecto a lo dispuesto para las infracciones específicas, dispone que el valor de las obras ejecutadas se calculará en función del valor en venta de lo realizado, y habrá ocasiones en que por precio de venta deba recurrirse al estimado conforme al producto inmobiliario de que se trate, existiendo en la normativa diversos métodos. En su caso, la base para el cálculo de las multas consistentes en un porcentaje del valor de la obra o instalación realizada estará integrada por el coste de los materiales o de la instalación y el de su ejecución o implantación, excluidos el beneficio empresarial, honorarios profesionales y tributos, exclusión se entiende siempre que se tenga en cuenta que las infracciones no pueden reportar a sus responsables un beneficio económico.

El artículo 67 cifra el porcentaje de las multas destinado a sufragar el coste del servicio administrativo de Inspección, el quince por ciento de la sanción impuesta, o el que cada dos años se determine por la Consejería competente en materia de urbanismo a la vista de los datos y antecedentes que puedan proporcionar las Administraciones implicadas sobre la evolución del coste del servicio.

II.II.IV.- PRESCRIPCIÓN DE SANCIONES

En esta materia, la ley se limita a expresar, primero, que el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas comenzará a computarse desde el día en que la infracción se haya cometido o, en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento, y segundo, que en los supuestos de actos constitutivos de una infracción urbanística que se realicen al amparo de aprobación, licencia preceptiva u orden de ejecución, el plazo de prescripción empezará a computarse desde el momento de la anulación del título administrativo que los ampare.

Por su parte, el RDU dispone que:

- En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma (por cierto, ofreciendo un concepto de infracción urbanística continuada matizado en relación con aquel de que hablaba el art. 71, que exige, por tanto, complementarse con este)
- Aborda el inicio del cómputo de la prescripción de infracciones amparadas en títulos anulables en los términos ya expuestos arriba. Cuando el inicio del procedimiento

sancionador esté condicionado a la previa anulación del título administrativo que lo ampare conforme al artículo 198 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, el cómputo del plazo de prescripción de la infracción se interrumpirá desde el inicio del procedimiento de anulación hasta el día en se produzca la firmeza de la resolución por la que se anule dicho título administrativo

Pudiera pensarse que el establecimiento de un “dies a quo” propio de las infracciones continuadas que no está en la Ley es un supuesto de extralimitación reglamentaria. No lo entendemos así, puesto que el cómputo en la forma descrita pertenece a la naturaleza de las cosas, en este caso de la infracción, y cabe incluso en la fórmula del art. 210 LOUA : en función de su naturaleza especial, la comisión de la infracción continuada se renueva por cada acto ,y con cada uno de estos se sigue “cometiendo “ a los efectos del citado artículo.

II.III.- RELACIONES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR URBANÍSTICO CON OTROS PROCEDIMIENTOS

II.III.I.- PROCEDIMIENTO PENAL

Los párrafos 5 y 6 del artículo 65 del RDUa se refieren a la relación entre el procedimiento sancionador urbanístico y procedimiento penal, singularmente por delitos sobre la ordenación del territorio, regulados por los artículos 319 y 320 del Código Penal, disponiendo literalmente:

5. En los casos de indicios de delito o falta en el hecho que haya motivado el inicio del procedimiento sancionador, la Administración competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, o de la Autoridad Judicial, suspendiendo la instrucción del procedimiento hasta la adopción de la resolución por el Ministerio Fiscal de acuerdo con sus normas estatutarias o hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial.

Igual suspensión del procedimiento sancionador procederá desde que el órgano administrativo tenga conocimiento de la sustanciación de actuaciones penales por el mismo hecho.

6. La sustanciación del proceso penal no impedirá el mantenimiento de las medidas cautelares ya adoptadas, la adopción y ejecución de las medidas de protección de la legalidad ni tampoco de las medidas que se puedan acordar para garantizar la restauración de la realidad física alterada o del orden jurídico vulnerado, o que tiendan a impedir nuevos riesgos para las personas o daños en los intereses urbanísticos. De las medidas que se adopten se dará traslado al órgano judicial competente.

Este artículo desarrolla lo previsto, tanto en el art. 195 LOUA, como en la propia Ley de Suelo Estatal, RDL 2/2008, que dispone en su artículo 42 que *cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter 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 los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél 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 comisión de la infracción.*

Entendemos que una interpretación teleológica de los preceptos citados, atendiendo a su índole y finalidad, y una interpretación “acorde” con la jurisprudencia constitucional sobre el tema, supone entender que la sanción penal excluirá a la sanción administrativa cuando repriman al mismo sujeto, por igual hecho e idéntico fundamento o idéntico bien jurídico protegido.

En principio no habrá lugar a plantearse la virtual incidencia del *ne bis idem* derivado de un fallo penal condenatorio simplemente porque de seguir al pie de la letra el artículo 195 Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, no cabe, no ya imponer una sanción urbanística, sino tan siquiera tramitar el procedimiento pertinente cuando hay razones para el enjuiciamiento penal de los mismos hechos.

Sin embargo, en la realidad, no es inimaginable que la Administración imponga una sanción sin apreciar que a su juicio existe materia con relevancia penal e incluso desconociendo la existencia de proceso penal alguno. En estos casos, recobra toda su fuerza la vigencia de principio *ne bis in idem*, en el sentido de que

a) Desde luego, desde la corrección su doctrina pasajera, el Tribunal Constitucional establece la doctrina de que la ejecución de la sanción administrativa no agota la posibilidad de una sanción penal.

b) A la inversa, y este es el supuesto que nos concierne directamente, la sentencia penal condenatoria - dictada en el curso del procedimiento sancionador urbanístico que hipotéticamente debería haberse suspendido- impide la ejecución de la sanción administrativa, siempre, naturalmente, que entre la sanción que deviene inejecutable y la infracción penal median los elementos determinantes del *ne bis in idem*: identidad de persona doblemente responsable e identidad del bien jurídico protegido.

Naturalmente, no provocan la no ejecución de la sanción urbanística, la existencia de sanciones impuestas en la legislación sectorial (aguas, costas, ect.), precisamente porque esta sectorialidad se basa en una duplicidad de bienes jurídicos tutelados que impide que prospere la alegación del *ne bis in idem*, y en estos casos el art. 65.3 del RDUa dispone que *cuando, en cualquier fase de los procedimientos que se instruyan como consecuencia de una infracción urbanística, los órganos competentes aprecien que hay indicios de la existencia de otra infracción administrativa para cuyo conocimiento no sean competentes, lo comunicarán al órgano que consideren competente.*

Y aunque parezca mentira tener que recordarlo, se ha visto obligado a hacerlo el Tribunal Supremo, el principio *non bis in idem* no se viola por la concurrencia de dicha sanción y el pago de la tasa directamente relacionada con la actividad urbanística objeto de sanción, por la distinta naturaleza de una y otra, fiscal ésta y urbanística aquélla.

En todo caso, el ámbito de aplicación del principio *non bis in idem* coincide en esencia con el del concurso de normas, mientras que en caso de concurso de infracciones no resulta aplicable. En este punto, hemos de considerar la tendencia a la tipificación penal de conductas ya tipificadas como ilícitos administrativos, y buen ejemplo de ello es el de los delitos urbanísticos que no son sino reproducción de algunas de las infracciones urbanísticas descritas en la propia LOUA, y ocurre que la tipificación penal de tales conductas no ha implicado su exclusión de la lista de infracciones administrativas, de manera que son al mismo tiempo delito e infracción urbanística, con los problemas que ello arrastra, como afirma Alejandro Nieto, *Régimen sancionador de las Administraciones Públicas. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador.* En Cuadernos de Derecho Local, núm 14. Fundación Democracia y

Gobierno Local. Junio, 2007 página 9, al recordar las diferencias sustanciales entre el Derecho Penal y el Derecho sancionador urbanístico:

- Diferente alcance de los principios de legalidad y reserva de ley, en la admisión del complemento indirecto del reglamento en el Derecho Administrativo Sancionador.
- En cuanto a la culpabilidad, en el Derecho Administrativo Sancionador se viene impuesto la variante de la mera inobservancia, y se ha empezado a resquebrajar la presunción de inocencia, y a propósito de la teoría elaborada en torno a la prohibición de *bis in idem*, se avanza una distinción a efectos sancionadores entre “hecho” y “acción”.

En opinión del profesor Nieto (op. citada), el Derecho Penal es un Derecho represor, los jueces retribuyen con una pena al delincuente, mientras que el fin último del Derecho Administrativo Sancionador es la prevención de infracciones. No compartimos esta opinión del prestigioso profesor, al menos respecto a la imposición de penas privativas de libertad, respecto de las que el artículo 25.2 de nuestra Constitución “*estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”, esto es, hacia la prevención especial, haciéndose eco del sistema funcionalista en la teoría jurídica del delito, de unidad sistemática entre Política criminal y Derecho Penal, fundamentalmente dirigido a impedir la reincidencia.

Hecha esta salvedad, compartimos plenamente la reflexión del profesor Nieto acerca de que en la actualidad la clave del sistema administrativo sancionador no se encuentra en el daño, sino en el riesgo y en la evolución apreciada en el Derecho Administrativo Sancionador moderno, de la defensa de los derechos individuales a la de los intereses públicos y generales.

Pero en definitiva, lo cierto es que la coordinación de las dos vías penal-administrativa no está lograda en estos supuestos de doble tipificación. La vía penal es la preferente. Y una vez que el juez ha resuelto surgen nuevos problemas, pues en determinadas condiciones puede volver la competencia a la Administración, como veremos al referirnos a las medidas de restablecimiento de la realidad física alterada, y tendremos que enfrentarnos con posibles cuestiones procedimentales del *non bis in idem* y con la vinculación de los hechos probados.

Dada la naturaleza de los delitos urbanísticos como leyes en blanco, surgen inevitablemente las cuestiones prejudiciales (3 y 4 LECRIM), de forma que, si es devolutiva y existe un previo acto administrativo de autorización impugnado, puede eternizarse la cuestión en el proceso contencioso administrativo, y si no es devolutiva, la resuelve un juez penal que no tiene que ser competente técnicamente para ello.

En todo caso, la plena compatibilidad entre la sanción penal con otras consecuencias no sancionadoras, en particular con las medidas de restauración de la legalidad urbanística a que se refiere el art. 65.6 del RDUJA deriva de la propia legislación de régimen jurídico de las administraciones públicas, que sienta a este respecto la norma general de que las responsabilidades administrativas derivadas de un procedimiento sancionador “serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario” (art. 130.2 LRJAPPAC). Y esto vale en particular respecto de la medida estrella y extrema consistente en la orden de demolición de obras y edificaciones ilegales, que no puede reputarse como sanción administrativa, y que concurrirá con la multa o sanción penal que proceda, sin que por ello se vulnere el *non bis in idem*. Acerca de esta distinción que reviste singular importancia en el régimen de disciplina urbanística, existe una copiosa y reiterada jurisprudencia (Sentencias del

Tribunal Supremo de 28 abril 2000 (R. 4953), 19 mayo 2000(R4359), 20 junio 2001 (R 6104), 19 febrero 2002 (R.1363), 4 noviembre 2002 (R 9913), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 noviembre 1996 (R.2524)1 marzo 2001 (R 518), 23 abril 2001 (R.233944)

Más aún, las medidas de protección y reintegración del orden infringido-a diferencia de las potestades puramente punitivas, penales o administrativas, regidas por el principio estricto de personalidad de la pena, culpabilidad o responsabilidad personal- pueden exigirse y actuarse por la Administración frente a terceros ajenos a la vulneración de la ordenación urbanística, quienes, por haber sucedido por cualquier concepto en la titularidad de los inmuebles afectados por la actuación ilegal, quedan también subrogados *ex lege* en las responsabilidades correspondientes (art. 38 RDU) , y ello pues, en nuestro derecho positivo, la transmisión de los deberes y cargas urbanísticas opera por ministerio de ley, al margen, aunque a consecuencia y por motivo de la transmisión del dominio del inmueble.

La demolición puede darse en cualquier caso, si bien la solución mantenida por el Tribunal Supremo, al ser una medida potestativa para los jueces, es la adopción de los principios de proporcionalidad y congruencia (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 octubre 1989, RJ 1989\7492, 5 mayo 1995 RJ 1995\3786 y 26 septiembre 1995 RJ 1995\6824). En el ámbito penal, la mayoría de la doctrina penal estima que la adopción de la medida de demolición no es una consecuencia derivada del delito. Antes al contrario, se adopta con la finalidad de restaurar el orden jurídico vulnerado por la realización de la construcción no autorizada o de la edificación no autorizable. Ello significa que sólo podrá ser adoptado en los supuestos en que efectivamente se ha constatado que se ha vulnerado el orden urbanístico. En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 febrero y 14 abril de 2004, (JUR 2004\102944 y ARP 2004\353) después de condenar por un delito urbanístico señalaban que no era proporcional que se acordara la demolición de lo indebidamente construido, sin perjuicio de que así lo pudiera acordar la administración municipal competente en el expediente que tenía abierto a tal efecto.

Lo anterior también se debe concluir necesariamente de la lectura del art. 339 Código Penal, correspondiente a las disposiciones comunes a los delitos contra la ordenación del territorio y contra los recursos naturales, ya que se dice que estas medidas cautelares lo serán para “ *la protección de los bienes tutelados en este Título*”.

De forma que podemos distinguir en este punto, en cuanto a las relaciones entre la jurisdicción penal y el procedimiento administrativo de restauración de la legalidad, dos situaciones:

1.- El juez penal ordena la demolición de lo indebidamente construido ex art. 319 CP: La sentencia penal es título prevalente, y a partir de aquí la Administración podrá actuar comisarialmente, y en auxilio judicial. La existencia de una sentencia firme, y por tanto, con efectos de cosa juzgada – y eficacia “*erga omnes*”, hace primar *la ejecución del título judicial sobre cualquier otro tipo de actividad administrativa de inspección o restablecimiento de la legalidad, que concierne directa y principalmente al Tribunal*.

2.- A la inversa, un proceso judicial terminado con Sentencia Firme que no se pronuncie sobre la demolición deja absolutamente intacta la facultad restitutoria de la Administración. Y ello sin perjuicio de reproducir la efectividad del principio expresado en el artículo 137.2 de la Ley 30/1992, sobre la vinculación para la Administración de los hechos declarados probados por las resoluciones penales firmes.

La coordinación entre los órdenes administrativo y penal, que en esencia es el trasfondo de la figura del *no bis in idem* puede alcanzar un mayor grado de complejidad si se tiene en cuenta que las Sentencias firmes, si bien son títulos ejecutorios y en principio

vinculantes para el resto de poderes públicos, pueden quedar sin efecto, pero no por decisión graciosa del órgano judicial ni por la resistencia de la administración o de los particulares a cumplirla, sino en virtud de una apreciación sobre la imposibilidad de cumplirla por motivos fácticos o legales, estos últimos comprensivos de los supuestos de modificación o alteración de la legalidad cuya restauración se pretendió precisamente a través del pertinente proceso penal. Sin necesidad de entrar en el detalle de la rica gama de situaciones que pueden producirse a la luz del artículo 18 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dejaremos apuntado que esta norma dispone que: *1. Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes. 2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el juez o tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.*

Otra cuestión que puede plantearse con frecuencia en la práctica de la disciplina urbanística es el de la compatibilidad entre la adopción de medidas administrativas de revisión de oficio o impugnación en vía contencioso administrativa de una licencia urbanística cuyo contenido constituye o habilita de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la ley (art. 190 LOUA), con la tramitación de un proceso penal por el delito de prevaricación urbanística contra la persona que otorgó la licencia en cuestión. Respecto a las vías penal y administrativa de revisión, se entiende que existe compatibilidad en la medida en que no hay solapamiento entre la conducta tipificada penalmente y las infracciones de la legislación urbanística que provocan la revisión de oficio de las licencias, siendo diferente el bien jurídico protegido en uno y otro caso.

Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero [RTC 1981\2](#) el principio «*non bis in idem*» conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado

De un lado, por sí sola, la comisión de una infracción no tiene por qué suponer la vulneración de la legalidad urbanística, dado que dicha legalidad abarca un espectro más amplio que el que puede derivarse del dictado a sabiendas de una resolución injusta, puesto que se contempla dicha resolución no de modo imanente, sino trascendente. Desde el momento en que el procedimiento de restauración se dirige a eliminar los efectos y consecuencias jurídicas que se derivan de la licencia enjuiciada en sede penal. Entendemos que la compatibilidad entre procedimiento penal y administrativo se ve reforzada por la inexistencia de identidad subjetiva en uno y otro proceso, ya que mientras uno parece circunscribirse a depurar la conducta criminal de una autoridad pública, ineludiblemente el procedimiento de revisión de oficio, y en su caso, las actuaciones de restauración de legalidad urbanística deben extenderse a un círculo más amplio de interesados, con independencia de que los mismos queden a resguardo del procedimiento penal

Y finalmente, debemos tener en cuenta que el delito de prevaricación exige un ánimo específico , una conducta intensamente dolosa que capte el injusto de la actuación administrativa; por tanto, el objeto del proceso penal se extiende , necesariamente a la especial culpabilidad del funcionario público , mientras que el procedimiento administrativo puede sustanciarse con independencia de cualquier indagación sobre la culpabilidad de los funcionarios públicos, porque se dirige contra el acto y no contra el funcionario, como ya hemos analizado.

II.III.II.- PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

No podía faltar la relación del procedimiento sancionador con el otro gran protagonista de la disciplina urbanística: nos referimos al procedimiento de protección de la legalidad urbanística. Cualquier jurista familiarizado con esta materia conoce por experiencia propia que el entrelazamiento de ambos es una de las cuestiones prácticas más arduas de la disciplina urbanística ; y cualquier jurista que no esté especialmente entrenado en ella se pregunta por qué razón, en lugar de consagrar un sistema que permite la coexistencia en paralelo de los dos procedimientos o incluso la anteposición o posposición de uno respecto del otro, dando lugar a problemas que la Ley sólo se atreve a conjurar mediante un tímida llamada a la coordinación --- art.186 LOUA----, no se ha seguido el ejemplo de otras legislaciones sectoriales, como la tributaria, donde la imposición de la sanción es siempre subsiguiente al acto de determinación de la deuda

Sobre las relaciones entre el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y el procedimiento sancionador, contábamos con dos declaraciones de rango legal , expresadas en los artículos 186 y 187 de la LOUA :

La primera, relativa a su instrucción y resolución de forma independiente, aunque -- repetimos -- coordinada

La segunda, en tributo a la esperada coordinación, la de que *“Si en el momento de formularse la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador aún no hubiera recaído resolución en el de la legalización, se deberá hacer constar expresamente la pendencia de la adopción de las medidas procedentes para el pleno restablecimiento del orden jurídico infringido y, por tanto, en su caso, para la reposición a su estado originario de la realidad física alterada.”*

Y ahora, contamos con una tercera, reflejada en un artículo que brilla con luz propia: nos referimos al 57 RDU , que bajo el epígrafe *“Inicio de procedimiento de protección de la legalidad urbanística y prescripción de la infracción”* dispone que *“El inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística no interrumpe el plazo de prescripción de las eventuales infracciones urbanísticas que se hubieran podido cometer a efectos del procedimiento sancionador que pudiese iniciarse por las mismas”*.

Este artículo dice lo que , en puridad , quedaban casi obligados a decir los autores del RDU , ante el sorprendente silencio del texto legal, aunque es claro que esta falta de pronunciamiento de la LOUA sobre tan trascendente cuestión no priva a la norma reglamentaria de buscar una solución que parece la más justa , en cuanto acorde con la

naturaleza de las cosas, en este caso, con la naturaleza de dos procedimientos que actúan potestades claramente diferenciadas y por ello orientadas al servicio de fines públicos igualmente diversos, siendo esta divergencia la que explica que las actuaciones de legalización no impidan que prosiga consumándose el tiempo de prescripción de la sanción ganado hasta ese momento.

Este precepto, llamado a tener gran incidencia práctica, se complementa con el artículo 36 RDU que, en la misma línea, regula las actuaciones previas como aquellas que antes de iniciar un procedimiento de protección de la legalidad urbanística podrán realizarse para aclarar los hechos y determinar los presuntos responsables, estableciendo que las mismas no interrumpirán el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas que se hayan podido cometer.

Precisamente, por esto, se explica que el artículo 84 RDU a propósito de la interrupción de la sanción por actos amparados en títulos anulables (licencia, aprobación, orden de ejecución), y en desarrollo del artículo 198 y 211 de la LOUA establezca que *“ Cuando el inicio del procedimiento sancionador esté condicionado a la previa anulación del título administrativo que lo ampare conforme al artículo 198 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, el cómputo del plazo de prescripción de la infracción se interrumpirá desde el inicio del procedimiento de anulación hasta el día en se produzca la firmeza de la resolución por la que se anule dicho título administrativo”* , ya que aunque el procedimiento de anulación (p. ej. revisión de oficio) no participa, desde luego, de la naturaleza del sancionador, en este caso es la Ley --- art. 211 --- la que establece una excepción al principio de no interferencia de los procedimientos en la prescripción del objeto de los de distinta naturaleza.

De otra parte, la relación entre el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística y el procedimiento sancionador se pone de manifiesto en otras ocasiones a las que el texto reglamentario presta especial atención. Así sucede por ejemplo.

1) En relación con el procedimiento de legalización, esbozado en el artículo 182.3 de la LOUA , y desarrollado en el artículo 48 del RDU, de las actuaciones realizadas sin licencia o contraviniendo sus condiciones, y que como Uds. saben, puede terminar convalidando una situación, si la licencia fuese otorgada o se declarase que las actuaciones realizadas se ajustan al título habilitante.

El entrecruzamiento se traduce en primer lugar a propósito de la posibilidad de legalización prevista en el apartado 4 del artículo 48, RDU en los casos de legalización de actuaciones aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística. La decisión reglamentaria de no permitir que puedan ser beneficiarios de esta posibilidad los responsables de la infracción que hayan sido sancionados por infracción urbanística grave o muy grave, impuesta por resolución firme ha sido objeto de discusión doctrinal. Aquí algunos han dudado, yo creo que sin motivo, si la sanción impeditiva debe serlo por los hechos que dan lugar a la legalización, pero es claro, a mi juicio, que no es así, -primero, por respeto a la LOUA, cuyo artículo 208 .2 se ocupa, precisamente, de los hechos constitutivos de infracción que pudieran ser legalizados;

-segundo, ya en el ámbito del Reglamento, porque esta interpretación no se sostiene ni , teleológicamente (pues en otro caso, quedaría abrogada o reducida a la mínima expresión la legalización), ni en su propia literalidad (puesto que el RDU , acto seguido , dispone que la indemnización sustitutoria abonable por el beneficiario de la legalización

será independiente de las sanciones por infracciones urbanísticas que, en su caso procedan, y es claro que el Reglamento pudiendo distinguir, ni distingue ni discrimina entre las diversos tipos de infracciones que deban imponerse al legalizado.

Por tanto, el precepto contiene un castigo al reincidente o multirreincidente por hechos pasados y distintos de los que ameritan la legalización, es cierto que dudoso desde un punto de vista filosófico (puesto que la legalización , para mantener su pureza, tendría que ceñirse al desvalor de la conducta legalizable, con independencia de las circunstancias subjetivas del infractor –acreedor de la legalización), pero inspirado en el deseo de no premiar a los transgresores continuos de la legalidad

Ello , claro está, siempre que el beneficiario de la legalización y el responsable de la infracción coincidan , lo que no tiene por qué suceder fatalmente , lo que es una de las paradojas que produce la coexistencia de los procedimientos de restablecimiento de la legalidad y de ejercicio de la potestad sancionadora, cuyos reflejos van más allá de lo puramente procedimentales. En este sentido, y como ya hemos señalado, el Reglamento recuerda expresamente (art. 38) el carácter real de las medidas de protección de la legalidad urbanística, estableciendo una serie de presunciones de titularidad (art. 39.5) inspiradas en la legislación expropiatoria, a fin de determinar la persona contra la que se dirige el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística.

2) En relación con el llamado procedimiento de cumplimiento por equivalencia, se regula en el artículo 51 RDU, que permite al órgano competente para su ejecución, si concurren causas de imposibilidad material o legal de ejecutar la resolución que decreta la reposición de la realidad física alterada en sus propios términos, adoptar las medidas necesarias que aseguren en lo posible la efectividad del restablecimiento del orden jurídico perturbado, sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado.

Pues bien, también en este caso , la indemnización por equivalencia en la parte en que el acuerdo de reposición de la realidad física alterada no pueda ser objeto de cumplimiento pleno, deberá abonarse con independencia de las sanciones por infracciones urbanísticas que, en su caso, procedan, sin que pueda reportar a las personas infractoras de la legalidad urbanística la posibilidad de beneficiarse de la reducción de la sanción que contempla el artículo 208.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, y debo decir que aquí , por mucho esfuerzo que se haga en contrario, no se aprecia riesgo de extralimitación reglamentaria , sino al contrario, ya que el cumplimiento por equivalencia es un *aliud* respecto de la pura y simple legalización, por tanto , lo lógico es que el artículo 208 de la LOUA (que no distingue a efectos de otorgar la reducción de la sanción en los casos de legalización) no determine ni condiciones su contenido; en otras palabras, aunque el RDU no hubiese declarado expresamente que el cumplidor no puede beneficiarse de la reducción de la sanción, éste no podría haberlo hecho, puesto que no encontraría amparo en una norma expresa que justificase la reducción de lo debido por infringir la legalidad urbanística

3) En tercer lugar, el RDU ha establecido, “pro reo”, una más estrecha coordinación entre el procedimiento sancionador y el de restauración de la legalidad , hasta el punto de que ahora la buena disposición del obligado en virtud de este último en uno se premia en el otro, de modo que el artículo 50.4 prevé , en desarrollo del artículo 183.4 de la LOUA , en unos términos que dejan poca duda sobre la primacía que para sus autores merece la ejecución de la resolución ordenante de la restauración de la legalidad sobre el puro y llano hecho de sancionar que , *“Si los obligados repusieren la realidad física o*

jurídica alterada por sí mismos a su estado anterior en los términos dispuestos por la correspondiente resolución, tendrán derecho a la reducción en un cincuenta por ciento de la multa que deba imponerse o se haya impuesto en el procedimiento sancionador o a la devolución del cincuenta por ciento del importe correspondiente de la que ya hubieran satisfecho, así como, en su caso, a la minoración o extinción de las sanciones accesorias a que se refiere el artículo 209 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

El artículo 59 detalla todo lo referente a la reducción de las sanciones por reposición voluntaria de la realidad física alterada, aclarando que se circunscribirá a la correspondiente infracción por la actuación ilegal causante de la alteración de la realidad física que ha sido repuesta por la persona responsable de dicha alteración, sin alcanzar a otras infracciones concurrentes tales como la obstrucción a la función inspectora o la inobservancia de la medida cautelar.

Para la aplicación de este beneficio se comprobará el cumplimiento de las medidas que a tal fin se haya ordenado en la resolución del procedimiento de restauración de la realidad física alterada y del mismo modo, la sanción se reducirá en un cincuenta por ciento de su cuantía, a solicitud de sujeto infractor, cuando se cumplan acumuladamente los siguientes requisitos:

a) Que el infractor muestre por escrito su conformidad con la sanción y abone el importe de la multa en el plazo máximo de un mes, contado a partir de la notificación de la sanción.

b) Que el infractor se comprometa a restaurar el orden infringido a su situación inicial en los plazos que le señale la Administración y garantice este compromiso mediante aval del cien por cien del importe de las obras o actuaciones necesarias. La cancelación de garantía se acordará por la Administración cuando el obligado hubiera dado cumplimiento a las medidas que a tal fin se haya ordenado en la resolución del procedimiento de restauración de la realidad física alterada. A la inversa, el incumplimiento dará lugar a la ejecución de la garantía, sin perjuicio de las responsabilidades que en otro orden pudieran derivarse

Como el RDUa apuesta notablemente por ellas como solución compulsoria, debe estarse alerta y no confundir las sanciones que pueden imponerse por infracciones urbanísticas con las multas coercitivas con las que se pretende, por ejemplo, promover la pronta legalización de las obras, si fuera procedente, o que se ajusten a las condiciones señaladas en la licencia u orden de ejecución, y que se permiten, hasta un total de doce, con una periodicidad mínima de un mes y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento del valor de la obra realizada y, en todo caso, como mínimo de 600 euros. Una vez impuesta la duodécima multa coercitiva sin haber instado la legalización, o realizado el ajuste en los términos previstos en la licencia o en la orden de ejecución, se ordenará la reposición de la realidad física alterada a costa del interesado y si la reposición tiene lugar con la cooperación activa del obligado a la misma -- supuesto examinado hace un momento, entiendo que las multas coercitivas, en todo caso, no son susceptibles de restitución o reducción, pues su razón de ser es distinta de la que anima las sanciones, ya que no miran a la restauración del orden transgredido, sino al pronto cumplimiento en forma de deberes urbanísticos, por ello es perfectamente entendible que el RDUa no mencione la posibilidad de beneficiarse de la reducción reservada a las sanciones.

4) Finalmente, debemos señalar que no es propiamente un procedimiento sancionador,

aunque debe contarse con su existencia, el llamado procedimiento de resarcimiento, que tiene por finalidad, como su nombre indica, procurar la indemnidad de los intereses y bienes públicos. En los casos en que, como consecuencia de actos constitutivos de infracción urbanística, se causen daños y perjuicios a los bienes o intereses públicos, y éstos no sean objeto del procedimiento sancionador, debe instruirse un procedimiento para el resarcimiento de dichos daños o perjuicios de resarcimiento, que ha de ajustarse a la tramitación establecida en la legislación aplicable en materia de procedimiento administrativo común y en la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas.

5) No podemos omitir la referencia a otra de las novedades reglamentarias, que también guarda relación con la suerte de los procedimientos sancionadores suscitados o que puedan suscitarse.

Me refiero al intento del RDU de extender, por asimilación, el régimen de fuera de ordenación previsto en la Disposición Adicional Primera de la LOUA a los actos de uso del suelo, y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo citado en el artículo 185.1 de la Ley 7/2002. En idéntica situación quedarán, en la medida que contravengan la legalidad urbanística, las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones en los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada.

Hemos visto que el cumplimiento por equivalencia no supone la condonación de las sanciones por infracción urbanística cometidas, pero desconocemos, al menos recurriendo a la expresa literalidad del precepto, cuál es el destino de las sanciones impuestas por infracciones respecto de los cuales no cabe ya ejercitar poderes de restauración. Pues bien, a nuestro juicio, la solución es muy sencilla: la remisión de una sanción, que a fin de cuentas es un ingreso de Derecho Público, sólo cabe donde media el reconocimiento normativo expreso, mejor de una norma con rango de ley que reglamentaria. Fuera de estos casos, no puede forzarse la interpretación de la norma para amparar una condonación de la sanción por entender que las sanciones deben correr la misma suerte que las ordenes de reposición, por la vía de entender que la convalidación de la situación antijurídica, por transcurso del plazo de restauración, arrastra todo el desvalor de la conducta, entre otras razones, porque la situación de fuera de ordenación no pasa de ser, en este caso, una simple tolerancia a un estado de cosas, entendida siempre sin perjuicio de la ordenación que pueda acordar la Administración local en el ejercicio de su potestad de planeamiento, que no precisa de la remisión de las sanciones, debido a sus objetivos limitados.