

El delito de construcción ilegal y el papel de la Administración local para su prevención y sanción*

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ
Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de Barcelona

1. Introducción
2. Las modalidades del delito de construcción ilegal
3. La relevancia de la protección de la legalidad urbanística de la Administración ante los delitos de construcción ilegal

Resumen

En el presente trabajo se efectúa un repaso de la configuración de los diversos tipos penales relativos a la realización de construcciones ilegales en el artículo 319 del Código Penal, con el propósito de poner de manifiesto los mecanismos a disposición de las Administraciones Locales con el fin de evitar su comisión o, en su caso, la consolidación de la situación fáctica contraria a Derecho, a los que en no pocas ocasiones deja de recurrirse de manera sumamente criticable.

Palabras clave: Gobiernos locales; protección de la legalidad urbanística; delitos urbanísticos; policía administrativa.

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada, en junio de 2022, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2023, organizado por la Diputación de Barcelona, la Fundación Democracia y Gobierno Local, y la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

The crime of illegal construction and the role of local governments in its prevention and punishment

Abstract

The article addresses the scope of several criminal conducts related to illegal constructions that are recognized in article 319 of the Criminal Code. The article highlights the mechanisms available to local governments to prevent its commission or the consolidation of the unlawful factual situation, which on many occasions are not properly used.

Keywords: local governments; protection of urban legality; urban crimes; administrative police.

1

Introducción

Después de más de quince años en la investigación de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, es fácil llegar a la conclusión de que en la gran mayoría de asuntos que ha conocido la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía, consistentes en la comisión de las modalidades del delito de construcción ilegal previstas en el art. 319, núms. 1 y 2, del Código Penal, fácilmente podrían haberse evitado su inicio, su progresión o finalización y su posterior uso ilegal, si la Administración local hubiera actuado antes conforme a las disposiciones que se prevén, entre otras normas, tanto en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (en adelante TRLU), como en el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística del Decreto 64/2014, de 13 de mayo (en adelante RPLU), destinados a la protección de la legalidad urbanística.

Aquí nos referiremos en muchas ocasiones al delito de construcción ilegal y sus modalidades, dado que las acciones típicas previstas en el precepto arriba mencionado, consistentes en realizar obras de urbanización, de construcción o de edificación, podemos reconducirlas a efectos expositivos bajo el término genérico de construcciones.

En ocasiones la inactividad administrativa ante la infracción urbanística es tan descarada y flagrante que suele comportar que la investigación penal, que habría tenido por único objeto la realización por parte de un

particular de una construcción ilegal prevista en el precepto antes mencionado, amplíe ese objeto para determinar si los responsables técnicos o políticos del correspondiente consistorio han podido contribuir con su inacción a la comisión de la infracción penal, en atención a su posición de garantes de la legalidad. Todo ello aparte de que dichos funcionarios o autoridades, a través de ese comportamiento pasivo y doloso ante la infracción urbanística, pueden haber cometido alguno de los delitos previstos en el art. 320 del Código Penal.

A través de este trabajo se quiere realizar un repaso de las figuras de construcción ilegal delictivas previstas en el art. 319 del Código Penal, y posteriormente se valorará de qué modo la Administración puede contribuir a impedir la comisión, la progresión o la consolidación de la transformación ilegal del suelo constitutiva de infracción penal, recordando ya aquí que la función de protección de la legalidad urbanística es una función pública de ejercicio preceptivo para la Administración, especialmente la local, que es la que se encuentra mucho más cerca de la acción delictiva y está en mejores condiciones de conocerla.

Debe decirse que en este trabajo se pretende conocer las infracciones penales previstas en el art. 319 antes referido y los instrumentos de que disponen las autoridades y los funcionarios para evitarlas, herramientas que están al alcance de estos a la hora de llevar a cabo el ejercicio de esa protección de la legalidad urbanística ante todas las infracciones que recaen sobre cualquier tipo de suelo y no solo los referidos expresamente en las dos modalidades del citado precepto (suelo no urbanizable de especial protección, el ordinario, viales, dominio público...). Esto último tiene gran interés en relación con el delito de prevaricación urbanística por tolerancia previsto en el art. 320 del Código Penal, porque silenciar de forma intencionada infracciones urbanísticas o no hacer las inspecciones de carácter obligatorio en este ámbito es delictivo cuando afecte a cualquier tipo de suelo, y, por tanto, la no observancia de esas herramientas legales de protección de la legalidad por parte de la autoridad o del funcionario será determinante para la comisión de esa modalidad de prevaricación.

2

Las modalidades del delito de construcción ilegal

El Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, introdujo como una de sus muchas novedades los delitos relativos a la ordenación del te-

ritorio, situándolos dentro del mismo Título que los delitos dedicados a la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. Con la introducción de estos nuevos preceptos penales, el legislador pretendía reforzar el principio constitucional rector de la explotación racional de los recursos naturales y la consecuente ordenación racional del territorio, bienes jurídicos previstos en los arts. 45 y 47 de la Constitución Española y que son objeto de protección con el art. 319 del Código Penal¹.

Antes de su inclusión en el referido texto legal, esas conductas, cuando eran realizadas por particulares, quedaban impunes por atípicas, y, si eran realizadas mediante autorización ilegal previa dictada por autoridad o funcionario, en algunos casos se podía sancionar al responsable público otorgante por la vía genérica del delito de prevaricación si la resolución administrativa habilitante era manifiestamente arbitraria, y siempre y cuando quien la dictaba lo hacía con conocimiento de esa ilegalidad. La única forma de perseguir esas acciones era a través de la potestad administrativa de protección de la legalidad urbanística.

La nueva regulación supuso, pues, un evidente refuerzo de esa función administrativa, dado que las conductas delictivas de los particulares también se encuentran tipificadas como infracciones administrativas en la propia normativa urbanística o en la sectorial. Esta dualidad de la responsabilidad del infractor, prevista tanto en la vertiente penal como en la administrativa, determina en la práctica unos efectos que habrá que comentar en este trabajo.

El nuevo régimen del Código Penal de 1995 introdujo también los referidos delitos sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal y que solo pueden ser cometidos por autoridades o funcionarios públicos, como una especie de toque de atención hacia estos para evitar informes o

1. En cuanto a los bienes jurídicos que se pretende proteger con ese precepto, destaca la STS 691/2019, de 11 de marzo, que dispone:

“Esta Sala ya dijo en la STS de 18 de enero de 1994, y recordaba también en las SSTS 935/03, de 26 de junio o 529/2012, de 21 de junio, entre otras, que “La disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al *hábitat* de cada uno, que sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan. Generalizado el incumplimiento, es difícil saber a dónde se puede llegar”.

actos administrativos favorables a la alteración del suelo manifiestamente contrarios a la normativa urbanística.

La reforma de ese texto legal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modificó los arts. 319 y 320 y les dio la redacción hoy vigente, y supuso, entre otras cosas, una ampliación de las conductas delictivas, un aumento de sus penas, y la introducción de la comisión de las modalidades de construcción ilegal por parte de las personas jurídicas.

A efectos expositivos dividiremos las acciones a comentar en las que recaen sobre lugares de especial protección y las que afectan al suelo no urbanizable ordinario. Ya podemos avanzar que los elementos necesarios para la comisión del delito son idénticos en ambos casos, dado que los requisitos exigidos para ser autor y la acción a realizar coinciden en las dos figuras previstas en los números 1 y 2 del art. 319 del Código Penal. La diferencia de ambas figuras delictivas está en los bienes afectados, puesto que cuando la acción recaiga sobre los suelos de especial protección referidos en el núm. 1 la pena es más elevada que la prevista en el núm. 2 del precepto, donde el mismo comportamiento afecta a suelo no urbanizable que no presenta los valores previstos en ese apartado.

La redacción de estas modalidades es la siguiente:

Construcción en un sitio de especial protección.

El art. 319.1 castiga con penas de un año y seis meses a cuatro años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses (excepto si el beneficio obtenido por la acción fuese superior a la cantidad resultante, porque entonces la multa será del tanto al triplo del referido beneficio) e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio por un plazo de uno a cuatro “a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables 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”.

Construcción en suelo no urbanizable.

El art. 319.2 del Código Penal sanciona con penas de uno a tres años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses (excepto si el beneficio obtenido por la acción fuese superior a la cantidad resultante, porque entonces la multa será del tanto al triplo del referido beneficio) e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio por un plazo de uno a cuatro años “a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras

de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable”.

Como se ha indicado, la acción en ambas modalidades es la misma, y la diferencia se encuentra tan solo en el suelo afectado, aspecto este que trataremos más adelante. Por tanto, haremos referencia a los elementos comunes y a los diferenciadores de las dos modalidades referidas.

Elementos comunes:

En cuanto a los elementos que son comunes destacamos:

a) Autores.

Los autores solo podrán ser los “promotores, constructores o técnicos directores” que lleven a cabo los actos de transformación sobre el suelo. Promotor debemos entender que es quien pone los medios económicos para hacer realidad la obra, equiparándose a quien decide que la construcción se lleve a cabo y es el máximo responsable de su existencia. Constructores debe entenderse que son quienes materialmente efectúan la construcción, con aportación de su fuerza de trabajo y, en ocasiones, también de los materiales necesarios para realizar la obra. Los técnicos directores son los profesionales que intervienen en la dirección técnica de las construcciones, tarea normalmente asumida por arquitectos e ingenieros superiores, aunque muchas veces participan otros, como los aparejadores e ingenieros técnicos, a los que la legislación atribuye tareas propias y diferenciadas de las anteriores.

Obviamente no será necesario que en todos los casos en que se cometa alguno de los supuestos delictivos previstos en el art. 319 del Código Penal aparezcan las tres figuras de sujetos activos antes referidas. En la mayoría de los casos la investigación se centra sobre la persona del promotor, que será la persona que haya puesto en marcha los medios materiales necesarios para realizar la transformación del suelo donde se ejecute el delito, y en ocasiones lo habrá hecho por sus propios medios u otros no identificados, lo que determinará la ausencia de personas físicas o jurídicas investigadas en calidad de constructores o técnicos directores.

Inicialmente se consideró en algunas sentencias, que fueron muy controvertidas, que el promotor debía tener la condición de profesional de la actividad impulsora de las transformaciones ilegales del suelo previstas en ese precepto. Sin embargo, esta postura fue rechazada reiteradamente por la mayoría de los órganos judiciales y finalmente por el Tribunal Supremo, de modo que será promotor cualquier persona física o jurídica que lleve a cabo los actos previstos en el precepto, en concor-

dancia con las definiciones que de las figuras de promotor y constructor efectúa la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación².

La mencionada reforma de 2010 incluyó la novedad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión de este delito, disponiendo en el art. 319.4 del Código Penal:

“En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

La responsabilidad penal de la persona jurídica provendrá de la comisión de la infracción penal sobre la ordenación del territorio por parte de alguna persona física que la represente o que sea miembro de los órganos de dirección de la referida entidad, o por persona que se encuentre bajo las órdenes de estos, siempre y cuando la acción haya supuesto un beneficio directo o indirecto para esa persona jurídica, conforme exige el art. 31 bis del Código Penal.

Según este precepto, la existencia previa al comportamiento delictivo de un modelo de gestión y organización para la prevención de esa infracción penal (*compliance*), eficaz y debidamente implementado en la sociedad desde la que se realiza esa acción, será determinante a efectos de una posible exoneración o atenuación de su responsabilidad penal. Por tanto, será relevante que todas las personas jurídicas dedicadas a la promoción inmobiliaria, la construcción o la arquitectura dispongan de esos modelos de prevención y control para evitar la comisión de estas infracciones penales, que están muy directamente relacionadas con su actividad profesional y que en ningún caso pueden desconocer.

En este apartado de la autoría de los delitos sobre la ordenación del territorio antes referidos, es importante destacar que, como se explicará más

2. La STS 816/2014, de 24 de noviembre, dispone sobre esta cuestión relativa al supuesto requisito de la profesionalidad de quien promueve los actos delictivos:

“Ello significa, según la referida sentencia 1250/2001, que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores sólo la mera capacitación profesional. Por lo cual, debe entenderse que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación”.

adelante, las herramientas de protección de la legalidad urbanística que la legislación pone en manos de las autoridades y los funcionarios públicos suponen otorgar a estos una especial función de garantes ante la presencia de esas infracciones penales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del Código Penal, que regula la responsabilidad penal por comisión por omisión. Si se tiene en cuenta que la función pública de tutela es preceptiva, y por tanto debe ejercitarse en todo caso, la autoridad o el funcionario que es consciente de la realización de los actos delictivos de urbanización, de construcción o de edificación, y no pone en marcha las actuaciones administrativas destinadas a su finalización, podrá ser considerado también autor de la infracción del art. 319 del Código Penal por comisión por omisión. Está claro que la mejor ayuda que podrá tener el particular que realiza esas transformaciones del suelo delictivas será que la Administración que conoce su acción no haga nada para detenerla pudiéndolo hacer, a pesar de ser su obligación. Es precisamente por ello por lo que será interesante hacer referencia a los instrumentos que la legislación urbanística prevé para evitar la consumación de los delitos urbanísticos que aquí se comentan.

Sin embargo, esa omisión podrá comportar también la comisión del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o al funcionario que, sabiendo su injusticia, silencie la infracción de las normas urbanísticas o haya omitido las inspecciones de carácter obligatorio.

b) Acciones: realizar obras de urbanización, de construcción o de edificación que no sean autorizables.

La acción delictiva consiste en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación siempre que no sean susceptibles de ser autorizadas; es decir, no deben ser susceptibles de ser legalizadas.

Ahora bien, no toda transformación del suelo y que no pueda tener amparo en la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio debe ser equiparada a esa acción, dado que el derecho sancionador no permite la interpretación extensiva. Deberá consistir, pues, en la realización de obras que supongan una alteración de cierta relevancia sobre el suelo y que tengan un carácter de cierta permanencia, susceptibles de ser consideradas de urbanización, construcción o edificación.

Es por ello que cuando se trata de actos constructivos realizados con materiales sencillos y muy fácilmente desmontables, normalmente de autoconstrucción, y con poca vocación de permanecer en ese lugar, se considera que no tienen la suficiente trascendencia para afectar al bien jurídico protegido por el art. 319 del Código Penal. En cambio, cuando se utilizan en la acción cemento o materiales sólidos típicos para perdurar, estaremos ante los actos

previstos en el referido precepto (edificaciones de obra, soleras de hormigón, vallas ancladas con cemento en el suelo, casas de madera sobre tierra hormigonada...). La misma consideración delictiva deben tener los movimientos de tierra que cambian la fisonomía de un terreno si estos, por sus características y funciones, constituyen obras de urbanización o construcciones³.

3. Sobre esta cuestión del alcance de las construcciones delictivas es interesante la sentencia de la AP de Sevilla 402/2018, de 18 de julio, que incluye un repertorio muy expresivo con distintos casos objeto de enjuiciamiento considerados delito de construcción ilegal:

“Así, teniendo presente que el Tribunal Supremo considera estas construcciones de pequeño tamaño como integradoras del tipo (STS 270/2017, de 18 de abril), SAP Sevilla (Sección Primera) n° 524/2012 de 03 de octubre, consideró que integraba el tipo una casa de madera sobre plataforma de hormigón.

Igualmente, conforme a SAP Sevilla (Sección Tercera) n° 274/2009 de 19 de mayo, la realización de movimientos de tierra para aplanar el terreno y levantar una casa de madera prefabricada asentada en el terreno sobre una plataforma de hormigón que la hace fija y estable, dándole vocación de permanencia, que es el elemento más revelador, permite afirmar que estamos ante una edificación integrativa del tipo.

Asimismo, SAP Sevilla (Sección Tercera) n° 176/2016 de 18 de abril, la construcción sobre suelo no edificable de una cuadra integrada por cinco boxes de caballos y un porche, todo ello sobre una plataforma de hormigón sin interesar autorización alguno a los organismos pertinentes es constitutiva del tipo del art. 319 del Código penal.

Igualmente, SAP Sevilla (Sección Tercera) n° 439/2011 de 07 de septiembre, consideró que la instalación de una cabaña prefabricada de madera de veinticinco metros cuadrados sobre plancha de hormigón, tenía una evidente vocación de permanencia y era integrativa del tipo penal. Asimismo, SAP Sevilla (Sección Tercera) n° 198/2015 de 16 de abril, adopta idéntico criterio en supuesto igual.

También la SAP Sevilla (Sección Primera) n° 666/2014 de 15 de diciembre consideró que una construcción de veintidós metros cuadrados cimentada sobre plataforma de hormigón, lo que no es ni irrelevante ni insignificante, constituía el delito por el que acusa el Fiscal.

Igualmente, en SAP Sevilla (Sección Séptima) n° 325/2013 de 17 de septiembre se declaraba que por edificio había que entender, con el Diccionario de la Real Academia Española, una construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos, cosa con la que encaja la construcción, concepto aún más amplio, descrito en los hechos probados de la sentencia impugnada. Y, desde luego, es inevitable integrar en el concepto más amplio de construcción la plataforma o torta de hormigón sobre la que se asentaba la misma y que no era susceptible de ser retirada. La sentencia comentada enfatiza que lo importante es la vocación de permanencia, que es lo que de por sí atenta esencialmente contra la naturaleza del suelo sobre el que se construyó, suelo no urbanizable, según las normas urbanísticas municipales. Es más, ni siquiera es necesaria losa o plataforma de hormigón para sujeción al suelo de la cabaña, pues basta la existencia de un sistema de anclaje de fija adhesión al suelo y no empece esa catalogación que el módulo o cabaña sea también desmontable, por desanclaje de la plataforma o zancas por las que se fija al suelo, pues también han resultado desinstalables, piedra a piedra, grandes inmuebles cuya condición de edificio nadie discutiría.

En consecuencia, el módulo prefabricado sobre las zancas metálicas es plenamente paragonable con los inmuebles descritos en las sentencias de esta Audiencia Provincial que hemos ido glosando.

Por otro lado STS 586/2017, de 20 de julio, considera edificación ‘dos construcciones apoyadas sobre pilares de hierro fijados al suelo y soldados sobre la base de la vivienda, las cuales cuentan con canalizaciones fijas para el abastecimiento de agua potable y la evacuación de aguas residuales’, caso prácticamente igual al que es objeto de la sentencia que revisamos en apelación.

Igualmente, SAP Granada (Sección 1ª) n° 76/2010 de 16 de febrero, consideró edificación una nave levantada sobre pilares de hierro;

Al respecto debe acudir al art. 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación para aquilatar el concepto de edificación o edificio tratándose de un concepto legal y en el que entran edificaciones como la que es objeto de autos que, conforme a lo que reconoció el propio acusado, que admitió residir ocasionalmente en la parcela.

Igualmente, son de resaltar las STS 1182/2006, de 29 de noviembre o 54/2012, de 7 de febrero, que dan un concepto de ‘construcción’ a los fines del art. 319 del Código Penal, válido tanto para

Pueden servir de referencia en esta labor interpretativa sobre el alcance de la acción típica las definiciones otorgadas por el *Diccionario de la lengua española* de la RAE a los términos urbanizar, construir o edificar. Así, se considera en el texto que urbanizar es convertir un terreno en poblado o prepararlo para este fin, abriendo calles y dotándolas de luz, pavimento y otros servicios municipales. Construir se define como fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública. Y edificar se considera en el diccionario como hacer un edificio o mandar construirlo.

El concepto de construcción es mucho más amplio que el de edificación, y por tanto comprende obras muy diversas, como por ejemplo embalses, pozos, carreteras, puentes, canales, piscinas, o también rótulos de publicidad que estén fijados al suelo con cimientos. La edificación es una construcción destinada a habitación o usos similares.

Las obras de urbanización deben suponer una alteración relevante del suelo con ánimo de permanencia, y la realización de infraestructuras vinculadas a usos propios del suelo urbano, tales como la circulación de vehículos o la instalación de servicios desvinculados del suelo afectado. De esta forma, actuaciones sobre el suelo no urbanizable contrarias a su naturaleza rústica, como la apertura de pistas, su asfaltado o la pavimentación de terrenos de esa clase, pueden encuadrarse dentro de las obras de urbanización siempre y cuando no sean admisibles por la normativa urbanística o de ordenación territorial de aplicación.

A diferencia del caso de la regulación anterior, no está actualmente descrita la conducta como una infracción formal, ya que la infracción no es realizar los actos de urbanización, construcción o edificación sin haber obtenido la preceptiva licencia, sino que esa transformación del suelo típica iniciada, en curso o finalizada no debe ser susceptible de ser autorizada conforme al régimen jurídico urbanístico y sobre la ordenación del territorio vigente en el tiempo de la realización de la acción.

El aspecto sobre el carácter no autorizable de las obras de urbanización, construcción o edificación no debe ser controvertido ni dudoso, dado que es

la redacción actual del precepto como la vigente con anterioridad. Consideran estas resoluciones y sus concordantes que 'debe calificarse como *construcción*, todo cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada'; que es de nuevo aplicable al caso de autos y debiendo recordarse que el artículo 319.2 contempla tanto obras de urbanización, como construcciones y como edificaciones y es indudable, de las meras fotografías aportadas a autos, que la parcela tiene un aspecto opuesto a la naturaleza no urbanizable del terreno con los cerramientos, obras de desagüe, pilares metálicos para cimentar la casa y suministro de agua y electricidad, no es sólo la casa, que demuestran la existencia de obras incompatibles con la naturaleza no urbanizable del terreno".

necesario que los actos sean contrarios al planeamiento urbanístico o a la legislación urbanística, de forma que no podrían haberse autorizado. Por ello, desde la Sección de Medio Ambiente, en la investigación de estas infracciones se considera interesante incorporar un informe técnico/jurídico sobre el carácter ilegalizable de las acciones investigadas penalmente, a efectos de decidir sobre el ejercicio de la acción penal o la acusación. Normalmente estos dictámenes son emitidos por técnicos municipales, como por ejemplo el secretario o el arquitecto, o por inspectores del Servicio de Protección de la Legalidad Urbanística de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Generalitat. La existencia de estos informes, emitidos por funcionarios públicos objetivos, no impedirá que en el acto del juicio oral las defensas de los acusados por estas infracciones acostumbren a proponer a técnicos particulares como peritos, que tratan de poner en duda el carácter no legalizable de las actuaciones objeto de enjuiciamiento, aprovechando que los jueces del ámbito penal no están demasiado acostumbrados a la práctica y a los conceptos urbanísticos.

Reiteramos que será autorizable o no la acción de edificar, construir o urbanizar siempre en atención al régimen urbanístico vigente al tiempo de realizar aquella, que vendrá determinado por la clasificación y calificación de los terrenos afectados por los actos típicos, sin que sea aceptable el argumento de considerar que deberá ser susceptible de legalización la construcción si conforme a simples expectativas o especulaciones, tales como futuras modificaciones del planeamiento municipal, podría llegar a ser legal algún día⁴. No puede pasarse por alto que la construcción llevada a cabo en contra de la normativa urbanística vigente en suelo no urbanizable difícilmente podrá ser respetada al ser otorgada a ese suelo una nueva clasificación que permita su transformación a urbano. Si aquella obra pasa a situarse en suelo urbanizable por una modificación del planeamiento, este cambio supondrá la aprobación de instrumentos de planeamiento (plan parcial) y de gestión (proyecto de reparcelación) posteriores, donde aquella construcción ilegal según el planeamiento anterior quedará normalmente abocada a su desaparición, y, como mínimo, no puede suponer un condicionamiento

4. La sentencia del TS 73/2018, de 13 de enero, en relación con la posibilidad de legalización en el futuro de la construcción ilegal, dispone:

"La expresión *no autorizable* no alude a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto o lejano, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación nos lleva al absurdo: por vía de hipótesis y en abstracto toda calificación es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística. Ese elemento del tipo se refiere a la ilegalidad material de la edificación cuando se realiza, por no ajustarse a la ordenación. No basta que se haya levantado sin licencia; es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, lo que excluiría su autorización (*no autorizable*)".

al libre desarrollo del sector por parte del planificador, teniendo en cuenta que se trata del ejercicio de una función pública. Por tanto, estas argumentaciones sobre futuros planeamientos sanadores de las obras ahora ilegales no se pueden acoger.

El Código Penal no sanciona los usos incompatibles como delito, sino las transformaciones del suelo que sean consideradas obras de urbanización, construcciones o edificaciones. No obstante, no puede pasarse por alto que, a efectos de la consideración como autorizables de las referidas conductas, será muy importante comprobar cuál es la finalidad o el uso real que pretenden los autores, dado que este aspecto será determinante en muchas ocasiones en la valoración de los hechos como susceptibles de autorización o no, de conformidad con la normativa urbanística de aplicación.

Así, por ejemplo, puede ser autorizable una edificación para un uso ganadero en suelo no urbanizable común si se dan determinadas circunstancias, pero no tendrá en modo alguno la misma consideración si la edificación se construye con el fin de darle un uso industrial o recreativo en esa misma clase de suelo, dado que va en contra de la propia naturaleza y finalidad de los terrenos que lo conforman. Por tanto, el uso real pretendido con los actos que transforman los terrenos es un aspecto importante para valorar la legalidad de la acción. De ahí que los autores de estas infracciones penales en muchas ocasiones quieran ocultar la verdadera finalidad de sus actos simulando que la construcción estaba asociada a un supuesto uso que podría hacer autorizables las obras. En este sentido no son extrañas alegaciones como que la piscina es realmente una balsa para el riego, o que la casa unifamiliar evidente para cualquiera que la vea es un simple almacén agrícola o una cuadra para caballos.

La determinación del carácter autorizable o no de la acción no puede quedar diferida en el proceso penal a la finalización de un procedimiento contencioso-administrativo que pueda existir en paralelo al proceso penal sobre esa misma cuestión. La jurisdicción penal deberá resolver la cuestión íntimamente ligada a ese delito, sin que pueda plantear una cuestión prejudicial en favor de la jurisdicción contenciosa, conforme dispone el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mientras se realicen las obras típicas se estará realizando el delito, y una vez estas estén completamente terminadas, entonces se habrá finalizado la acción delictiva, cuestión esta de gran importancia, dado que es a partir de este momento cuando entrará en juego el inicio del cómputo de los plazos de la prescripción de la infracción penal, que, en este delito y en atención a las penas previstas, es de cinco años. A efectos de la determinación de la finalización de los actos delictivos en materia urbanística, aparte de las actas

e informes fotográficos que pueden levantar los agentes de la autoridad y los técnicos, tienen gran interés en los procedimientos penales los ortofotomapas que expide el Instituto Cartográfico y Geológico de Cataluña y que exponen a todo color el estado y la evolución de un determinado terreno a lo largo del tiempo, gracias a las fotografías aéreas que suelen realizarse anualmente sobre el territorio.

Es posible la tentativa en este delito (art. 16 del Código Penal), dado que la forma en que se realiza la descripción de las acciones lo permite. De esta forma, cuando se inician los actos propios de construcción delictivos ya puede decirse que ha comenzado la acción típica, por lo que es posible hablar de tentativa o frustración del delito según el grado de ejecución alcanzado por el autor. En este sentido, la actuación administrativa de protección de la legalidad urbanística puede alcanzar este efecto de evitar la definitiva consumación del delito.

En la práctica es habitual que el proceso constructor delictivo no se limite a una sola acción, como realizar una edificación, sino que se manifieste a través de un conjunto o complejo constructivo con obras no autorizables diversas, que se realicen de manera simultánea o sucesiva en un plano preconcebido o aprovechando la misma ocasión. En estos casos no hablaremos de un solo delito sobre la ordenación del territorio, sino de un delito continuado, figura prevista en el art. 74 del Código Penal. De esta forma puede llegar a ser posible evitar que la prescripción pueda impedir la persecución penal de las construcciones más antiguas del complejo.

En ocasiones la persona investigada por alguna de estas modalidades de construcción ilegal aprovecha el incumplimiento o desorden urbanístico imperante en su municipio para alegar que se ha infringido en su contra el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la Constitución, porque hay otros infractores que no son perseguidos; o bien se alega que el entorno ya está afectado por otras construcciones, y por tanto no se afecta ya al bien jurídico protegido, o que no se puede perseguir la acción conforme al principio de la intervención mínima del derecho penal. Estas argumentaciones no podrán prosperar en ningún momento, dado que el hecho de que haya otros infractores no puede suponer una excusa para no poder dirigir la causa en su contra, y además ese principio antes referido va dirigido al legislador y no al juez, que debe aplicar el tipo penal conforme a su redacción⁵.

5. La STS 691/2019, de 11 de marzo, se expresa en este sentido, considerando que el principio de intervención mínima se dirige al legislador, no al juez, y que la degradación del entorno en que se encuentra la construcción ilegal no puede suponer que no se haya producido la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el art. 319 del Código Penal.

El art. 340 del Código Penal, que contempla una disposición común a todos los delitos contra el medio ambiente y sobre la ordenación del territorio, dispone que si el culpable de los hechos hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a la respectivamente prevista para ese delito. Este precepto es de aplicación siempre y cuando el promotor, constructor o técnico director hayan restaurado la realidad física alterada antes del juicio oral, lo cual puede haberse efectuado por los mismos en el marco del procedimiento administrativo incoado a estos efectos por la Administración, conforme al TRLU y al RPLU. Ahora bien, esta restauración la tendrán que efectuar aquellos y no la Administración por la vía subsidiaria y forzosa que está prevista en dichos textos, porque en este caso no se podrá considerar que estemos ante una actuación propiamente voluntaria, que es lo que justifica la rebaja de pena prevista en aquel precepto.

c) El dolo.

La acción delictiva antes descrita solo podrá realizarse de forma dolosa por el promotor, constructor o técnico director, dado que no se prevé expresamente la comisión del delito por negligencia grave.

No será necesario que quien cometa la acción conozca perfectamente la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio que infringe con su actuación transformadora del suelo, dado que basta con la existencia del dolo eventual en el autor, en el sentido de que bastará con que el autor acepte que con ese comportamiento está infringiendo la normativa de aplicación.

En muchas ocasiones suele alegarse por las defensas que el autor, cuando no es un profesional, ha realizado la acción por un error invencible de prohibición del art. 14.3 del Código Penal, al creer que era lícito realizar la construcción. No obstante, esta vía de defensa es normalmente rechazada por los órganos judiciales penales, especialmente cuando se realizan los actos previstos en las modalidades delictivas sin pedir previamente la preceptiva licencia o con exceso o abuso de la otorgada, conforme a la regla básica y de sentido común, al alcance de cualquier persona en la cultura de hoy en día, consistente en que antes de realizar cualquier alteración del suelo es necesario obtener la preceptiva licencia municipal de obras. Incluso, no cuesta nada ir al ayuntamiento a preguntar cuáles son los requisitos para poder realizar las obras. Estas máximas de expe-

riencia deberían impedir la aplicación del error de prohibición como invencible⁶.

Cuestión distinta será aquella en que el particular realice la construcción gracias a la obtención de una licencia que sea contraria a derecho, donde difícilmente se podrá hablar de dolo, al tener un título habilitante. Esto siempre y cuando no exista ningún delito antecedente motivador de la autorización, cometido por el particular beneficiario de la licencia de obras (tráfico de influencias, cohecho...).

Elementos diferenciadores de las dos modalidades del delito de construcción ilegal:

a) Suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, o suelos especialmente protegidos por determinados valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos o culturales, o que por estas razones se consideren de especial protección.

Como se ha indicado, la figura más grave deberá recaer sobre alguno de los lugares indicados en el art. 319.1 del Código Penal, que tienen una relevante presencia en la legislación urbanística y en el planeamiento urbanístico por el interés general y la función social que cumplen, razones estas que hacen que el Código Penal les otorgue una protección superior a la del resto de suelos que no son susceptibles de urbanización.

Así, se refiere a suelos destinados a viales y zonas verdes, que deberán estar debidamente detallados en el correspondiente plan de ordenación o instrumento derivado, y deben entenderse incluidos también los terrenos que tienen esa finalidad y que todavía no han sido cedidos por los propietarios a la Administración. También puede afectar la acción a los bienes de dominio público, cuya función y propiedad es diversa. Debe considerarse que la construcción en la zona de servidumbre legalmente establecida para proteger estos bienes equivale a la construcción sobre ellos con aplicación de esta figura penal. Por último se hace referencia a la construcción en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Por tanto, el sue-

6. Sobre la cuestión relativa al elemento subjetivo en estas modalidades, la STS 830/2017, de 18 de diciembre, dispone:

"Por lo tanto, consta que el Tribunal *a quo* ha acreditado de modo contundente el proceder doloso seguido por el acusado. Se ha indicado con anterioridad que esa Sala ha declarado que 'existe la obligación de cerciorarse de la legalidad de la obra a realizar', y quien no solicita licencia antes de comenzar unas obras de una cierta entidad realizadas en una zona suficientemente conocida, pone de manifiesto de modo evidente que sabe que esas obras no pueden ser autorizadas".

lo no urbanizable considerado por el planeamiento municipal como de especial protección por esos concretos valores deberá incluirse entre aquellos, junto con los terrenos protegidos por esas mismas razones por otras figuras, tales como catálogos o espacios naturales protegidos conforme a la Ley de Espacios Naturales 12/1985, de 13 de junio, del Parlamento de Cataluña, o al Decreto 328/1992, de 14 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de espacios de interés natural.

En este sentido los distintos planes territoriales aprobados por el Gobierno de la Generalitat tienen también una gran importancia, dado que determinan los terrenos que deben ser considerados como suelos de protección especial, cuando por sus valores naturales o de conectividad ecológica el referido plan considera que deben integrar una red permanente y continua de espacios abiertos que debe garantizar la biodiversidad y vertebrar el conjunto de espacios abiertos del territorio con sus distintos caracteres y funciones. Incluso terrenos que son considerados como suelos de protección territorial en aquellos planes podrían estar incluidos dentro de esta modalidad del art. 319.1 del Código Penal, si esa inclusión viene determinada por los valores previstos en este precepto. La consideración como suelos de protección especial o territorial conlleva unas limitaciones a las posibilidades de realizar determinadas actuaciones o alteraciones en estos terrenos conforme a aquellos instrumentos urbanísticos, superiores a las previstas en el suelo no urbanizable ordinario o que no tiene ese carácter de protección especial o territorial.

El art. 338 del Código Penal, que prevé una regla común a todos los delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente, dispone que cuando las infracciones afecten a un espacio natural protegido se tendrá que imponer la pena superior en grado a las respectivamente previstas. Por tanto, cuando el delito de construcción ilegal afecte a un espacio natural protegido, porque los hechos se realicen dentro de este, el Tribunal Supremo⁷ ha considerado que nos encontraremos al mismo tiempo con el delito del art. 319.1 del Código Penal, dado el carácter de especial protección ambiental de los terrenos, y un

7. Esta solución se recoge, entre otras, en la STS 216/2020, de 22 de mayo, que dispone en relación con esta cuestión:

“Los hechos pueden ser castigados con arreglo a los arts. 319.2 y 338; o con arreglo al art. 319.1. Ambas calificaciones tienen el mismo grado de especialidad (se agrava por el valor ecológico). En un caso, cuando el mismo ha sido reconocido exclusivamente a nivel de planeamiento urbanístico; en el otro, cuando ese reconocimiento es más general. Al ser inaplicable el principio de especialidad (art. 8.1) habrá que acudir a los criterios subsidiarios para solventar esta concurrencia de normas, lo que nos sitúa en el marco del principio de alternatividad. Ha de prevalecer la calificación que pivota sobre los arts. 319.2 y 338 por ser más grave. Así evitarnos el *bis in idem* que llevó a la Audiencia a eludir la aplicación del art. 338; pero, al mismo tiempo, no arrinconamos ese precepto de forma impropcedente haciéndolo inoperante en el ámbito urbanístico”.

delito del art. 319.2 con la aplicación del art. 338 del Código Penal, a resolver conforme al art. 8.3 del Código Penal, que resuelve los concursos de normas. Por consiguiente, deberá sancionarse con la infracción más penada, que será la del art. 319.2, con aplicación también del art. 338 del Código Penal.

b) Suelo no urbanizable.

El suelo no urbanizable es aquel que define el art. 32 del TRLU, al que se aplica el régimen previsto en los arts. 47 a 51 de ese texto, en los arts. 46 a 62 de su Reglamento (Decreto 305/2006, de 18 de julio) y en los arts. 46 y siguientes del RPLU. De estos preceptos se desprende una restricción muy importante de las posibilidades de edificación en esa clase de suelo, y, en los casos concretos en que es posible, se exige la previa tramitación de un procedimiento para la aprobación de un proyecto de actuación específica de interés público en suelo no urbanizable o de un plan especial urbanístico que tendrán que amparar las transformaciones, con intervención de la Administración municipal y la autonómica, para comprobar estas si la edificación que se propone se ajusta a alguno de los supuestos legales de actos de construcción permitidos en esa clase de suelo y previstos en el art. 47 del TRLU, que se fundamentan en actuaciones que tienen un marcado interés público. Así, encontramos actuaciones como la reconstrucción o rehabilitación de masías y casas rurales a conservar, las edificaciones que deben ser destinadas a actividades o equipamientos de interés general en el medio rural, las propias de una actividad agrícola, ganadera o de explotación de los recursos naturales, las destinadas a alojamiento o vivienda de trabajadores en actividades rústicas, las estaciones de prestación de servicios de la red viaria, las edificaciones destinadas al turismo rural o al *camping*, o las viviendas estrechamente vinculadas a una explotación económica de carácter rústico.

Aunque se hace referencia a que debe ser suelo no urbanizable, dado que mientras no se desarrolle el suelo urbanizable los terrenos que forman parte del mismo deberán mantener el régimen urbanístico del no urbanizable conforme a la normativa urbanística, el Tribunal Supremo ha llegado a aplicar el art. 319.2 del Código Penal a actos de construcción ilegal desarrollados en esta clase de suelo que está reservado para su futuro desarrollo urbano⁸.

c) El derribo de la obra ilícita.

Esta es una posibilidad que prevé, en caso de condena por los anteriores delitos, el art. 319.3 del Código Penal, cuando establece lo siguien-

⁸. Esta protección penal de un suelo urbanizable aún no delimitado a través del art. 319.2 del Código Penal se reconoce expresamente en la STS 241/2022, de 16 de marzo.

te: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

No debe declararse necesariamente esta medida de restauración de la legalidad en caso de condena, sino que el órgano judicial que dicte la sentencia deberá valorar y decidir si la misma es o no procedente, motivándolo expresamente. Pese a este carácter potestativo según el precepto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente que no es aceptable que el autor de una infracción penal pueda gozar de los efectos derivados de esta, por lo que ha establecido una interpretación que viene a considerar el derribo como la consecuencia lógica y necesaria en caso de condena, y que si, excepcionalmente, el órgano judicial no lo acuerda, deberá ser por razones muy justificadas que deberá exponer en la sentencia⁹.

Durante la fase de instrucción del procedimiento relativo a estos delitos será de gran relevancia que el juez instructor dicte la resolución correspondiente requiriendo a los presuntos autores la paralización de la obra en caso de que esta no esté del todo finalizada, y, además, que acuerde que el registrador de la propiedad haga la correspondiente anotación preventiva de ese procedimiento penal en el Registro, con el fin de evitar que terceros de buena fe puedan dificultar después la demolición.

Como veremos a continuación, esta tarea del derribo en caso de condena penal puede ser más fácil de llevar a cabo en fase de ejecución de la sentencia, o incluso puede llegar a no ser necesaria si la Administración competente ha cumplido antes con su obligación de protección de la legalidad urbanística en su vertiente de restauración de la realidad física alterada, que nunca puede quedar parada por la existencia del proceso penal.

9. Son muy representativas de esta consideración de acordar la demolición y restauración como regla en caso de condena por estos delitos las STS 691/2019, de 11 de marzo, y 73/2018, de 13 de enero.

3

La relevancia de la protección de la legalidad urbanística de la Administración ante los delitos de construcción ilegal

Conforme al TRLU y el RPLU la potestad de ejercicio de protección de la legalidad urbanística es una función pública que debe ser ejercida de forma preceptiva por la Administración local. Esta es la que hay que suponer que está más cerca de la infracción y la puede conocer con más facilidad (arts. 200, núm. 3, TRLU, y 104, núms. 1 y 3, RPLU).

No obstante, se prevé la posibilidad de que otras Administraciones públicas puedan desarrollar dicha actuación de forma subsidiaria. Así, aunque el ejercicio de dicha función se considera preceptivo y preferente para la Administración municipal, el departamento competente en materia de urbanismo de la Generalitat puede ejercer esa potestad respecto de las infracciones graves o muy graves, en caso de inacción del Ayuntamiento correspondiente a donde se han cometido los hechos, y una vez ha sido requerido al efecto (arts. 106.1 y 107 RPLU). Cuando se trata de suelo no urbanizable y en este se detectan infracciones graves o muy graves, ese departamento puede incoar el procedimiento de protección de la legalidad sin necesidad de requerimiento previo al municipio (art. 106.2), aunque deberá comunicarle el inicio y el final del correspondiente expediente. En estos supuestos se podría deducir fácilmente una omisión por parte de la Administración municipal en el ejercicio de sus funciones que son preceptivas, omisión que en ocasiones podría ser debida a una carencia de medios, por lo que la normativa administrativa ya prevé fórmulas de colaboración institucional. No obstante, en ocasiones la inacción se debe a una falta de voluntad política de perseguir dichas infracciones.

La competencia municipal para promover la protección de la legalidad urbanística es del alcalde o del concejal a quien aquel haya hecho la delegación formal correspondiente, conforme a la legislación sobre régimen local. Si el expediente tiene por objeto la restauración de la realidad física, corresponde su resolución al alcalde (art. 108.a] RPLU), y si tiene por objeto la sanción, corresponderá la resolución al alcalde en caso de infracciones leves y graves, y al pleno municipal en caso de infracciones muy graves (art. 109.1.a] RPLU).

Toda omisión o acción que suponga una vulneración de las determinaciones del TRLU, del planeamiento urbanístico o de las ordenanzas municipales, debe motivar necesariamente el ejercicio de la protección de la legalidad urbanística. Esto implicará que se tendrá que iniciar o instruir un procedimiento administrativo, o varios, para:

- restaurar la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado,

- la imposición de sanciones, y
- la determinación de los daños y perjuicios causados (art. 199 TRLU).

Se podrá realizar, pues, un solo procedimiento que abarque los distintos objetos, o expedientes específicos para cada uno de ellos.

Una vez iniciados, el procedimiento tiene una duración de seis meses desde su incoación, y deberá procederse a declarar su caducidad si transcurrido ese plazo no ha finalizado, lo que obligará a iniciar uno nuevo, sin perjuicio de la posibilidad de su suspensión conforme a las disposiciones generales sobre procedimiento administrativo y las previsiones específicas previstas en el RPLU (arts. 202 TRLU y 115 RPLU).

La incoación del expediente motivado por la omisión o acción constitutiva de infracción urbanística vendrá precedida de una comprobación previa de los hechos transgresores, a través de las inspecciones que puedan realizar las autoridades o los funcionarios públicos municipales o de la Generalitat (art. 202 TRLU). La tarea de inspección urbanística está regulada en el RPLU (arts. 98 a 103), donde se prevé que es preceptiva la inspección para el ejercicio de la función de protección, con la necesidad de que los agentes y funcionarios constaten los hechos en las actas, que deberán tener un contenido específico y detallado, sin perjuicio de la posibilidad de poner de manifiesto las infracciones a través de informes técnicos, otorgando la presunción de certeza al contenido de los documentos.

En la práctica, los agentes del Cuerpo de Agentes Rurales juegan un papel muy relevante en la detección de las infracciones en el suelo no urbanizable de especial protección y ordinario, dado que están habilitados y preparados para llevar a cabo esta tarea con eficacia¹⁰. Una vez detectan

10. El amparo legal de su actuación lo podemos encontrar en estas disposiciones:

– Ley del Cuerpo de Agentes Rurales de Cataluña (Ley 17/2003, de 4 de julio).

Art. 5.1.g): “En aplicación de la vigente legislación sobre medio ambiente y en el marco de las atribuciones del departamento competente en la materia, corresponde al Cuerpo de Agentes Rurales efectuar la vigilancia, inspección y colaboración en la gestión en las siguientes materias: [...] Cualquier otra actividad que pueda encomendárseles por reglamento en el ámbito del seguimiento y cumplimiento de la legislación sobre medio ambiente”.

– Decreto 266/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Cuerpo de Agentes Rurales.

Art. 7.c): “Funciones de vigilancia, inspección y colaboración en la gestión [...] Dentro del ámbito material de los espacios naturales protegidos y de la biodiversidad: [...] las actuaciones urbanísticas, y los impactos ambientales”.

Art. 18.c): “Dentro del ámbito material de los espacios naturales protegidos y de la biodiversidad, [...] funciones especializadas [...]; [...] La colaboración en la vigilancia, el control y la inspección de las actuaciones urbanísticas cuando afecten a suelo no urbanizable o especies catalogadas”.

– En el año 2014 se firmó el Protocolo de colaboración entre el Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Natural y el Departamento de Territorio y Sostenibilidad, por el que se regula la colaboración del Cuerpo de Agentes Rurales en materia de protección de la legalidad urbanística en suelo no urbanizable, que aún está vigente. En este Protocolo se configura el Cuerpo de Agentes Rurales como instrumento

irregularidades las comunican a los responsables municipales y también al Servicio de protección de la legalidad urbanística de la Generalitat para que estos, según sus competencias, actúen para iniciar la tramitación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, además de que si los agentes consideran que los hechos pueden ser constitutivos de delito urbanístico lo comunican también en la sección de medio ambiente y urbanismo de la correspondiente Fiscalía Provincial.

Se prevé la posibilidad de que ante una presunta infracción urbanística se puedan iniciar actuaciones previas para averiguar los hechos y los posibles responsables a efectos de decidir la incoación del correspondiente procedimiento (art. 111 RPLU). Una vez efectuadas las comprobaciones habrá que iniciar el procedimiento de protección, dado que este se iniciará de oficio, por petición razonada de otros órganos o por denuncia (art. 112.1).

El decreto o decisión de inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística debe ser dictado de forma que pueda ser eficaz y pueda cumplir con las finalidades previstas en la ley, y suele venir precedido de informes técnicos y jurídicos donde se realiza la propuesta de su resolución al responsable político que debe dictarla.

No debe ser ese decreto un simple trámite burocrático, sino que debe contener las herramientas indispensables para conseguir la restauración de la realidad física o el orden jurídico infringido, la sanción y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios que la acción u omisión ilegal haya podido causar.

Por ello, en el acuerdo de iniciación (art. 112 RPLU):

- Se deberá nombrar a una persona como instructora del procedimiento y que será quien lo impulsará de oficio, y también a otra como secretaria, que dará fe.
- La resolución de inicio se comunicará a las personas interesadas para que formulen alegaciones, presenten documentos o justificaciones en el plazo de quince días. Este procedimiento deberá dirigirse contra las personas que hayan realizado la acción u omisión motivadora, y cuando el objeto del expediente sea la restauración de la realidad física y el orden jurídico vulnerado, también contra los titulares de las fincas donde se hayan cometido las infracciones.

eficaz para detectar y perseguir las actuaciones urbanísticas ilegales en suelo no urbanizable, más allá de las que únicamente afecten a los espacios naturales protegidos.

De acuerdo con este Protocolo, se desarrolla un Procedimiento Normalizado de Trabajo en el ámbito del urbanismo, como norma básica que debe enmarcar la actuación operativa de todos los miembros del cuerpo.

No será extraño encontrar incoaciones de procedimientos de protección de la legalidad urbanística en que no se designa a una persona concreta encargada de su impulso y nombrada como instructora, lo que ya pondrá de manifiesto el poco interés de que la función pública salga adelante. Estaremos ante una simple apariencia de que algo se está haciendo.

Si el objeto del inicio del procedimiento es restaurar la realidad física alterada y se constata que la actuación realizada es manifiestamente ilegalizable, se comunicará motivadamente a la persona o personas interesadas y se resolverá también la suspensión provisional e inmediata de las obras que se encuentren en curso de ejecución.

Si se considera que los actos no son manifiestamente ilegalizables, en la decisión de incoación se requerirá a los interesados que soliciten el título habilitante en el plazo de dos meses. Esto podrá suponer una petición posterior del interesado infractor que deberá ser analizada, que comportará el otorgamiento o no de la licencia pertinente dependiendo de si se cumplen los requisitos exigidos por la normativa urbanística, y que motivará la suspensión del procedimiento de protección desde ese requerimiento hasta la resolución que otorgue o deniegue el título habilitante (arts. 115 y 116 RPLU).

Ya hemos indicado que, si las acciones u omisiones son claramente ilegalizables, la medida de suspensión provisional de las obras en curso deberá adoptarse necesariamente con la incoación del procedimiento de protección que tenga por objeto la restauración de la realidad física, medida que es potestativa cuando se trate de actos susceptibles de ser autorizados posteriormente. Aparte de esta medida cautelar hay otras que se pueden adoptar con esa incoación y que pueden tener mucha eficacia, como el precinto o la retirada de la maquinaria y materiales empleados en las obras, la suspensión de los suministros o su contratación, o la prohibición de la primera utilización y ocupación de los edificios y construcciones y la suspensión del otorgamiento de licencias de primera utilización y ocupación parciales. Estas medidas serán ejecutivas desde el momento de su adopción y notificación a las personas interesadas, por lo que la Administración debería ordenar la ejecución forzosa de las mismas (art. 117).

La decisión inicial de medida cautelar de suspensión provisional de las obras antes citada deberá ser ratificada, modificada o revocada en el plazo de quince días desde su notificación a los interesados. Si no se ratifica o modifica, esa medida quedará inmediatamente ineficaz, sin perjuicio de poder dictar una nueva en el procedimiento (art. 118 RPLU).

De acuerdo con la legislación aplicable en materia de inscripción de actos en el Registro de la Propiedad, la resolución de iniciación del procedi-

miento de protección de la legalidad urbanística es inscribible en el citado Registro. Se debe promover obligatoriamente esta inscripción cuando la resolución de iniciación haga referencia a actos que comporten la creación de nuevas fincas registrales, ya sean de parcelación, reparcelación, obra nueva o constitución de un régimen de propiedad horizontal. En caso de que se haya inscrito la resolución de iniciación, se comunicará al Registro de la Propiedad la resolución firme en vía administrativa que ponga fin al procedimiento, al efecto pertinente de conformidad con su legislación reguladora. Por tanto, se trata de una medida cautelar que también es preceptiva, que tiene gran importancia a efectos de evitar posibles terceros de buena fe y que viene a suponer una especie de limitación o carga para el titular de la finca, aunque también en muchas ocasiones se echa de menos en muchos expedientes de protección de la legalidad (art. 113 RPLU).

El procedimiento destinado a la restauración de la realidad deberá concluir resolviendo el derribo de las obras ilegales y la restitución de los terrenos, así como impedir definitivamente los usos que las transformaciones hubieran podido suponer si se constata que las actuaciones son ilegalizables, o si ha transcurrido el plazo de dos meses otorgado al interesado para solicitar el título habilitante y no lo ha hecho o no ha ajustado su actuación al título habilitante. Es importante remarcar que no se limita la restitución al derribo, sino también a impedir los usos de esa acción contraria a la normativa urbanística.

La decisión de conclusión dará al interesado el plazo de un mes para la realización del derribo. Transcurrido este período, si la persona requerida no lo ha llevado a cabo, la Administración podrá realizar la acción por la vía de la ejecución forzosa y a cargo de la persona obligada, con posibilidad de imponerle multas coercitivas (arts. 206 TRLU, y 119 y 128 RPLU).

Si en el curso del referido expediente la persona interesada ha obtenido el título habilitante o ha efectuado la comunicación previa exigida para la acción u omisión urbanística, o bien ha ajustado las obras o actuaciones al título habilitante obtenido, por tratarse de los referidos actos legalizables, entonces el expediente deberá ser objeto de sobreseimiento. No obstante, este sobreseimiento solo afectará al procedimiento que tenga por objeto la restauración o a la parte del expediente que tenga este objeto, porque la decisión no implicará el archivo de la vertiente sancionadora (art. 119.1 RPLU).

Puede ocurrir que las obras o actuaciones estén amparadas en una licencia contraria a la normativa urbanística. En este caso dicho título deberá ser revisado de acuerdo con el procedimiento previsto a estos efectos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP). Será en los casos

en que la licencia presente una causa de nulidad de pleno derecho (arts. 47 LPACAP y 210 TRLU) cuando el alcalde deberá iniciar el procedimiento de revisión, con audiencia de las personas interesadas y previo informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat que deberá ser aceptado por la Administración que otorgó aquel título. En el curso de la tramitación de ese expediente, si las obras se encuentran en curso se tendrán que suspender cautelarmente. Una vez declarada la nulidad de la licencia deberá restaurarse la realidad física alterada, con el derribo pertinente (art. 208 TRLU). En estos casos de nulidad es evidente que se ha dictado una licencia de obras contraria a derecho, por lo que dicha decisión administrativa ilícita puede ser un indicio de la comisión de un delito sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal por la autoridad o el funcionario público que, sabiendo su injusticia, ha informado a favor de su otorgamiento, o que con ese conocimiento la ha dictado.

Si la licencia no era nula de pleno derecho, sino anulable (art. 48 LPACAP), en este caso deberá realizarse la revisión, con la obtención de la declaración de lesividad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, con audiencia de los interesados y siempre que no hayan transcurrido cuatro años desde el dictado de la resolución viciada. Si se declara la lesividad, se podrá proceder después a la restitución de la realidad física, como ocurría con la revisión por nulidad.

En estos casos de revisión no puede pasarse por alto que quien ha sufragado las obras o actuaciones ha actuado con la confianza de que tenía un título legal, y, por tanto, debe suponerse que ha actuado de buena fe. Por tanto, la Administración que otorgó el título declarado después nulo deberá indemnizarle por los daños y perjuicios causados conforme a la LPACAP, siempre y cuando no exista dolo, culpa o negligencia por parte del beneficiario de la licencia.

Es importante remarcar que la acción pública para la restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico alterado prescribe a los seis años de haberse producido la vulneración de la legalidad urbanística, la finalización de las actuaciones de las actividades ilícitas o el cese de los actos ilícitos. Si dichas actuaciones estaban amparadas en un título ilícito, la acción de restauración prescribirá a los seis años de haberse producido la declaración de nulidad o anulabilidad, ya sea en vía administrativa o por sentencia judicial firme.

Por otra parte, las órdenes de ejecución y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización de daños y perjuicios prescribirán a los seis años.

A pesar de todo lo anterior, debe decirse que la acción para la restauración de la realidad física nunca prescribe en relación con las infracciones de la legalidad urbanística que se producen en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto en el art. 32.a) TRLU, es decir, porque presenta un régimen de protección especial aplicado por la legislación sectorial o el planeamiento territorial que exige esta clasificación por la necesidad o la conveniencia de evitar su transformación a efectos de proteger su interés conector, natural, agrario, paisajístico, forestal o de otro tipo; cuando lo determinan los planes directores; o cuando se trata de terrenos que deben estar sujetos a las servidumbres y limitaciones para la protección del dominio público (art. 207 TRLU).

Esta imprescriptibilidad de la acción de la restauración de la realidad física en estos suelos, que también se extiende a la potestad sancionadora por las infracciones urbanísticas cometidas en los mismos (art. 227.4 TRLU), no puede justificar nunca una relajación o discrecionalidad en el ejercicio de esa función de protección de la legalidad urbanística que es siempre preceptiva. En cuanto se conozca el acto u omisión contraria a la normativa debe procederse a la restauración y a la sanción, porque lo contrario será mantener una situación de ilegalidad que, además, afecta a terrenos respecto de los cuales existe un interés superior para su preservación.

Como ya hemos indicado, la potestad sancionadora urbanística se podrá tramitar en un mismo expediente donde se proceda a la restauración de la legalidad y a la indemnización de los posibles daños y perjuicios, pero también se puede optar por tramitar el expediente sancionador de forma independiente. Sea cual sea la opción escogida por la Administración actuante, lo que está claro es que, una vez constatada la acción u omisión contraria al planeamiento y a la ley, este procedimiento sancionador es obligatorio para aquella incoarlo.

Las infracciones urbanísticas se clasifican en muy graves, graves y leves, y puede advertirse que las modalidades de construcción ilegal delictivas del art. 319 del Código Penal antes comentado se incorporan dentro de aquellas, y, a grandes rasgos, puede decirse que las acciones típicas del art. 319.1 se encuentran tipificadas en el art. 213.a) del TRLU como infracción muy grave y que las del art. 319.2 se encuentran en el art. 214.b) como infracción grave.

El procedimiento sancionador deberá dirigirse contra las personas físicas o jurídicas que sean responsables, aunque solo sea por simple inobservancia. Las personas que tendrán que responder por las infracciones serán las que promuevan, proyecten, dirijan o ejecuten materialmente, sean o no

propietarias del suelo o de las obras afectados. Por tanto, encontramos aquí una correspondencia con los sujetos pasivos del art. 319 comentado, que hace referencia a promotores, constructores y técnicos directores, de modo que estos también tendrán que responder de las infracciones urbanísticas cometidas.

La responsabilidad de las personas infractoras será individual. Las multas que se impongan a las personas responsables de una misma infracción urbanística serán independientes entre sí, salvo que el cumplimiento de las obligaciones legales corresponda a varias personas conjuntamente, supuesto en el que estas personas responden solidariamente de la infracción que cometan y de la multa que les corresponda (art. 135 RPLU).

Se prevé la posibilidad de que los actos tipificados como infracciones muy graves o graves que sean legalizables se conviertan en infracciones urbanísticas leves si, antes de dictarse la resolución en el procedimiento sancionador, los infractores han pedido y conseguido el título habilitante. Por esta razón, el procedimiento sancionador quedará en suspenso si se acredita ante el instructor que se ha presentado la petición de legalización, y hasta que se resuelva aquella pretensión (art. 216 TRLU). Esta es la razón que en muchas ocasiones se esgrime para justificar la no incoación de procedimientos sancionadores y abrir tan solo el destinado a la restauración de la realidad física. Como puede verse, la razón solo podría estar justificada para los actos susceptibles de ser autorizados, dado que si son claramente no legalizables no tiene sentido aquella argumentación y el expediente sancionador debería seguir adelante sin mayores obstáculos. Por otra parte, como se ha indicado, nada impide abrir el procedimiento sancionador y, si se pide por el infractor la legalización ante el órgano competente, está prevista expresamente la referida vía de la suspensión de ese procedimiento mientras se suscita aquella cuestión.

Iniciado el expediente sancionador, deberá realizarse el pertinente pliego de cargos con un contenido mínimo tasado, una vez se ha determinado la existencia de una posible infracción urbanística imputable a personas determinadas, y el mismo deberá ser notificado a dichas personas para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones o presenten los documentos y justificaciones pertinentes (art. 145 RPLU).

Posteriormente, la persona instructora formulará la propuesta de resolución sancionadora, haciendo constar los hechos imputados, la infracción cometida, su tipificación, las personas responsables, el órgano competente para resolver y la multa a imponer. Además, si se tramita el procedimiento con el objeto de la restauración de la realidad física o la indemnización de

daños y perjuicios, también propondrá el instructor las medidas pertinentes en ese sentido.

El instructor deberá proponer el archivo del procedimiento si los hechos no son constitutivos de infracción, esta ha prescrito, la persona responsable ha extinguido su responsabilidad o no se puede conocer quién es (art. 146 RPLU).

La propuesta de resolución será comunicada al presunto infractor a efectos de que pueda realizar alegaciones o aportar pruebas en el plazo de diez días (art. 147 RPLU). El procedimiento finalizará con la imposición de la multa pertinente, a no ser que proceda su archivo por las razones antes referidas.

Se prevé una reducción considerable de las multas en caso de que el infractor efectúe la restauración de la realidad física y abone la indemnización de forma voluntaria antes de que la resolución sancionadora sea firme en vía administrativa, reducción que puede llegar hasta el 80 por ciento del importe, mientras que será del 60 por ciento si los actos restauradores o reparadores se realizan por el infractor después de la firmeza y antes de que la Administración ordene la ejecución de la sanción (art. 142 RPLU).

Si en la tramitación del procedimiento sancionador se considera que los hechos pueden ser constitutivos de ilícito penal, el órgano competente para incoarlo debe comunicarlos a la autoridad judicial y al fiscal. La persona instructora debe suspender el procedimiento sancionador cuando tenga conocimiento de que se está tramitando un proceso judicial penal por los mismos hechos. El procedimiento sancionador debe permanecer suspendido hasta que la resolución judicial penal firme que se dicte se comunique a la Administración que instruye el procedimiento suspendido.

La suspensión del procedimiento sancionador de acuerdo con el apartado 2 no conlleva la suspensión del procedimiento de protección de la legalidad urbanística vulnerada respecto de las medidas de restauración de la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado que haya que adoptar en relación con los mismos hechos, no afecta a las medidas provisionales que puedan haberse adoptado, ni impide adoptar motivadamente otras nuevas (art. 148 RPLU).

Respecto a estas reglas relativas a la conexión entre la infracción penal y la administrativa urbanística, hay que decir que no tiene demasiada lógica la previsión de que los hechos presuntamente delictivos se comuniquen por el órgano administrativo competente para incoar el procedimiento tanto al juez como al fiscal, dado que si aquel abre un procedimiento judicial entonces este no podrá abrir diligencias de investigación sobre los mismos hechos, por impedirlo la normativa procesal y el Estatuto Orgánico del Mi-

nisterio Fiscal. En la práctica las contadas comunicaciones de los consisto-rios suelen dirigirse solo a la sección de medio ambiente y urbanismo de la correspondiente Fiscalía Provincial, lo que es acertado en atención a la especialización en la investigación de aquellas infracciones por parte de sus integrantes, los cuales, a través de las referidas diligencias de investigación, determinarán si los hechos son constitutivos de delito, y ejercerán la correspondiente acción penal contra los responsables por la comisión de alguna de las modalidades del art. 319 del Código Penal, comunicándolo al órgano administrativo que facilitó aquella información. En caso de considerar que los hechos no son delictivos, el Ministerio Fiscal lo hará saber también a ese órgano comunicador, para que continúe con el procedimiento sancionador.

También de aquellas reglas cabe remarcar que solo podrá suspenderse el procedimiento sancionador si se inicia un procedimiento judicial penal. Esto significa que la comunicación al fiscal y la iniciación por él de las citadas diligencias de investigación para averiguar los hechos no supone nunca la existencia de un procedimiento penal. Por tanto, el procedimiento administrativo sancionador urbanístico deberá continuar a pesar de dicha actuación de la Fiscalía. Esto es importante tenerlo en cuenta, porque muchas veces los ayuntamientos comunican los hechos presuntamente criminales al fiscal e inmediatamente suspenden ese expediente sancionador, lo que es contrario a las disposiciones mencionadas del RPLU.

Mucha importancia tiene que, mientras el inicio del procedimiento judicial penal supondrá la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, este mismo efecto no se producirá en relación con la potestad de restauración de la realidad física y el orden jurídico vulnerado, dado que esta tarea habrá de seguir su curso con independencia de ese proceso.

En caso de que la Administración acabe imponiendo la multa correspondiente por una infracción urbanística sobre hechos que después son considerados delito por el órgano judicial, a efectos de no infringir el principio *non bis in idem* se considera que el importe de la multa abonada a la Administración deberá descontarse de la multa impuesta después por la jurisdicción penal¹¹.

La resolución que ponga punto y final al procedimiento penal sobre presuntas transgresiones urbanísticas objeto del procedimiento sancionador suspendido vinculará a este, de modo que la declaración de hechos que la resolución judicial haga deberá ser respetada por la Administración en ese expediente administrativo.

11. Así lo contemplan las STC 2/2003, de 16 de enero, 48/2007, de 12 de marzo, y 91/2008, de 21 de julio.

Está claro que el cumplimiento de las anteriores disposiciones reduciría notablemente la posibilidad de comisión de las modalidades de delitos de construcción ilegal antes mencionados, o, al menos, impediría su total consumación con finalización de las obras de urbanización, construcciones y edificaciones y su uso ilícito, como suele ocurrir en la práctica.

Algunos aspectos se pueden poner de manifiesto de acuerdo con la experiencia acumulada por quien suscribe este trabajo:

- Ante cualquier infracción urbanística es preceptivo incoar un procedimiento de protección de la legalidad urbanística, que no debe limitarse al aspecto de la restauración de la realidad física obviando el aspecto sancionador.
- Si en ese expediente se advierte por quien lo impulsa que los hechos pueden ser constitutivos de un delito sobre la ordenación del territorio, estos deben comunicarse al Ministerio Fiscal. Este traslado no implica que el procedimiento sancionador administrativo pueda suspenderse, dado que todavía no habrá procedimiento judicial incoado.
- Los procedimientos de protección deben tramitarse para ser eficaces y no como simple trámite o apariencia, lo que puede ser un indicio de la comisión del delito del art. 320 del Código Penal por parte de los responsables de su tramitación, en cuanto se pueda considerar que se están silenciando infracciones urbanísticas por aquellos de forma intencionada.
- Si se conocen los hechos delictivos constitutivos de ese delito por el órgano judicial o el Ministerio Fiscal, las actuaciones pasivas de la Administración serán finalmente conocidas por estos, porque siempre pedirán al ayuntamiento correspondiente a donde se ha cometido la infracción que ponga de manifiesto las actuaciones que se hayan llevado a cabo para proteger la legalidad urbanística.
- En caso de carencia de medios personales para la iniciación y tramitación de estos expedientes urbanísticos de protección por parte de la Administración municipal, será necesario que el alcalde pida el auxilio pertinente a otros organismos públicos, de acuerdo con los principios de colaboración administrativa que prevé la normativa administrativa (Área Metropolitana de Barcelona, Diputación Provincial, Generalitat). Esas posibles deficiencias nunca pueden ser excusa para la no incoación o la tramitación ineficaz de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística, especialmente cuando dichas carencias ya son conocidas hace tiempo por los responsables municipales.