

Subcapítulo V. Disciplina Urbanística represiva. La incoación, tramitación y resolución de los expedientes de restablecimiento de la legalidad urbanística y sancionador. Obras legalizables y no legalizables. Suspensión y reanudación del expediente sancionador ante la constancia de actuaciones penales por los mismos hechos.

Manuel Evaristo Moreno Pérez de la Cruz

SUMARIO

| | | |
|-------------|--|------------|
| V.1 | DISCIPLINA URBANÍSTICA REPRESIVA | 923 |
| V.2 | LA INCOACIÓN, TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y SANCIONADOR | 924 |
| V.3 | MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN | 925 |
| V.4 | RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA | 926 |
| V.5 | PROCEDIMIENTO SANCIONADOR | 929 |
| V.6 | OBRAS LEGALIZABLES Y NO LEGALIZABLES | 931 |
| | V.6.1 Obras legalizables | 931 |
| | V.6.2 Obras no legalizables | 932 |
| V.7 | CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA | 934 |
| V.8 | OBRAS MANIFIESTAMENTE INCOMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA | 935 |
| V.9 | DECLARACIÓN EN SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN A LA DE FUERA DE ORDENACIÓN | 935 |
| V.10 | SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR ANTE LA CONSTANCIA DE ACTUACIONES PENALES POR LOS MISMOS HECHOS | 936 |
| | CONCLUSIONES | 940 |

Subcapítulo V. Disciplina Urbanística represiva. La incoación, tramitación y resolución de los expedientes de restablecimiento de la legalidad urbanística y sancionador. Obras legalizables y no legalizables. Suspensión y reanudación del expediente sancionador ante la constancia de actuaciones penales por los mismos hechos.

V.1. DISCIPLINA URBANÍSTICA REPRESIVA

Desde una perspectiva amplia, se puede definir la disciplina urbanística como el conjunto de medidas, técnicas y facultades que las normas atribuyen a las Administraciones públicas con competencias urbanísticas, con el fin de garantizar el cumplimiento de la legalidad urbanística, con carácter previo a los procesos de urbanización y edificación y usos del suelo, y en los casos que dichos procesos y usos supongan transgresión de la legalidad urbanística, los mecanismos encauzados a su restauración y punición.

Como ya hemos visto, su modalidad preventiva se refiere a esas actuaciones previas que tratan de regular y evitar incumplimientos urbanísticos de toda índole, adelantarse al infractor llevándole por el camino correcto. Sin embargo, en algunos casos la vocación natural del infractor trasciende estas medidas, lo que obliga a una actuación reactiva, o represiva, de parte de la Administración: esto es la disciplina urbanística represiva o disciplina urbanística en sentido estricto.

Ya el artículo 2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, hace referencia, entre las potestades que ejerce la Administración Pública para el desarrollo de la actividad urbanística, a las de policía del uso del suelo y de la edificación y protección de la legalidad urbanística, a la sanción de las infracciones urbanísticas y a cualesquiera otras que sean necesarias para la efectividad de los fines de la actividad urbanística.

Esta idea se concreta en el artículo 168, relativo a Potestades administrativas y presupuestos de la actividad de ejecución. Señala este precepto:

“1. La Administración asegura el cumplimiento de la legislación y ordenación urbanísticas mediante el ejercicio de las siguientes potestades:

- a) La intervención preventiva de los actos de edificación o construcción y uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, en las formas dispuestas en esta Ley.*
- b) La inspección de la ejecución de los actos sujetos a intervención preventiva.*
- c) La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, en los términos previstos en esta Ley.*
- d) La sanción de las infracciones urbanísticas.”*

Esta enumeración confirma la distinción, dentro de las potestades de disciplina urbanística, que diferencia entre preventivas y represivas. Entre las preventivas se encontrarían el otorgamiento de licencias y demás formas de intervención previa de los actos de transformación o uso del suelo y, entre las de naturaleza represiva, la potestad sancionadora y la restauración de la legalidad urbanística, incluyendo la reposición del estado físico alterado.

De las materias que veremos se ocupa la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, en el Capítulo V del Título VI, “La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado” y en el Título VII, dedicado a las infracciones urbanísticas y sanciones.

En cuanto al desarrollo reglamentario de esta materia, ha sido objeto de regulación a nivel andaluz por el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, cuyo artículo 4 es fiel reflejo del 168 anterior. Los artículos que van del 36 al 100 se ocupan de la disciplina urbanística represiva.

V.2. LA INCOACIÓN, TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y SANCIONADOR

En primer lugar, debemos aclarar que se trata de dos procedimientos distintos: uno destinado a restablecer la legalidad, normalmente legalizar la situación o reponer las cosas a su estado anterior y otro dirigido a sancionar el posible incumplimiento.

Si hemos construido una casa en suelo no urbanizable de especial protección, restablecer la legalidad urbanística consistirá en legalizarla o, de no ser posible, en demoler dicha construcción, con independencia de la sanción que proceda por haber construido sin permiso o contraviniendo la legalidad vigente. No obstante, como salta a la vista, ambos procedimientos están interrelacionados.

De esta manera, el artículo 186 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, señala que la apreciación de la presunta comisión de una infracción urbanística dará lugar a la incoación, instrucción y resolución del correspondiente procedimiento sancionador, sean o no legalizables los actos o usos objeto de éste. En este mismo sentido, el artículo 69 del Reglamento de disciplina indica que las multas por la comisión de infracciones se impondrán

con independencia de las demás medidas previstas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, y en el Reglamento.

La otra cara de la moneda es el artículo 54.2 del Reglamento, que señala que el procedimiento derivado del requerimiento que se practique instando la legalización y, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada se instruirá y resolverá con independencia del procedimiento sancionador que hubiera sido incoado, si bien de forma coordinada con éste.

En este mismo sentido, el artículo 192 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, que establece las consecuencias legales de las infracciones urbanísticas, señala que toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística dará lugar a la adopción de las medidas precisas para la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria administrativa o penal y las pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables. En todo caso se adoptarán las medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción.

V.3. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN

El Reglamento de Disciplina contempla, en su artículo 42, una medida cautelar de suspensión con carácter previo al restablecimiento de la legalidad urbanística para el caso de que las actuaciones estén todavía en curso de ejecución.

Cuando un acto de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación e instalación, o cualquier otro de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo, que esté sujeto a cualquier aprobación o a licencia urbanística previa se realice, ejecute o desarrolle sin dicha aprobación o licencia o, en su caso, sin orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, el Alcalde deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos.

La resolución por la que se ordene la suspensión de los actos a los que se refiere el párrafo anterior, que tendrá carácter inmediatamente ejecutivo, podrá notificarse, indistintamente, al promotor, al propietario, al responsable o, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución, realización o desarrollo, y esté relacionada con el mismo. Cada uno de ellos debe cumplir la orden desde la recepción de la misma, en el ámbito de sus respectivas responsabilidades. No será preceptivo para la adopción de esta medida cautelar el trámite de audiencia previa, sin perjuicio de que en el procedimiento de restauración de la legalidad puedan presentarse las alegaciones que se estimen pertinentes.

Practicada la notificación a cualquiera de las personas citadas en el apartado anterior, podrá procederse al precintado de las obras, instalaciones o usos.

De la orden de suspensión se dará traslado a las empresas suministradoras de servicios públicos, servicios esenciales y de interés general, con el objeto de que en el plazo máximo de cinco días desde la recepción de la orden, procedan a interrumpir la prestación de dichos servicios, que se mantendrá hasta que se les notifique expresamente el otorgamiento de la licencia urbanística o el levantamiento de la orden de suspensión.

Una vez dictada resolución de suspensión de las citadas obras y actuaciones o en el mismo acuerdo adoptado en la resolución por la que se ordena la suspensión, en su caso, la Administración pública actuante, con los previos informes de los servicios competentes, deberá iniciar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística que habrá de ser notificado al interesado.

V.4. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

Nos encontramos con un procedimiento administrativo común, de ahí que se rija por la normativa estatal, es decir, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sin perjuicio de su desarrollo reglamentario. Las peculiaridades introducidas por el legislador andaluz se contienen en los artículos 36 y siguientes del Reglamento de Disciplina.

El restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o un uso en curso de ejecución o terminado sin la aprobación de la licencia urbanística preceptiva o, en su caso, orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente.

Con carácter previo a la iniciación de un procedimiento de protección de la legalidad urbanística, podrán realizarse actuaciones previas que se considere para aclarar los hechos, si bien hay que saber que éstas no interrumpirán el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas que se hayan podido cometer.

Las medidas de protección de la legalidad urbanística tienen carácter real y alcanzan a los terceros adquirentes de los inmuebles objeto de tales medidas, dada su condición de subrogados por Ley en las responsabilidades contraídas por el causante de la ilegalidad urbanística (artículo 27.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de Octubre.)

De esta manera, las actuaciones se seguirán contra la persona que aparezca como propietaria del inmueble afectado en el momento del inicio del procedimiento de restablecimiento de la legalidad. Si éste transmite el inmueble durante el curso del procedimiento, éste deberá seguirse contra el nuevo adquirente.

Del plazo de prescripción se ocupa el artículo 185 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, y sus correlativos del Reglamento. Así, salvo que nos encontremos en alguno de los supuestos del apartado segundo de dicho precepto, el plazo de prescripción de la acción de la Ad-

ministración para adoptar medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado es de seis años a contar desde la completa terminación de dichos actos. La Administración, por supuesto, también podrá actuar mientras dichos actos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo.

De conformidad con el apartado segundo, esta limitación temporal no regirá respecto de los actos de parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable, así como los que afecten a terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral; Bienes o espacios catalogados, Parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones y 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.

Se considerará que unas obras amparadas por licencia están totalmente terminadas:

- a) Cuando se trate de obras que cuenten con proyecto técnico, a partir de la fecha del visado del certificado final de obras, suscrito por el facultativo o facultativos competentes, y a falta de este documento, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación o utilización. Cuando se trate de obras promovidas por las Administraciones Públicas, a partir de la fecha del acta de recepción de las obras.
- b) En los demás casos, desde que el titular de la licencia comunique al Ayuntamiento la finalización de las obras.

En el caso de las obras sin licencia será admisible para determinar su fecha de terminación cualquier medio de prueba. La carga de la prueba de su terminación corresponderá al titular de las obras quien, en su caso, deberá desvirtuar las conclusiones que resulten de las comprobaciones realizadas por los servicios técnicos correspondientes. Tales obras se considerarán terminadas cuando estén ultimadas y dispuestas a servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna actuación material posterior referida a la propia obra, salvo las posibles obras de adaptación de algunos locales. Se considerarán igualmente terminadas cuando así lo reconozca de oficio el órgano que incoe el procedimiento, previo informe de los servicios técnicos correspondientes.

Para los supuestos de actos de mero uso del suelo, la constatación se dirigirá a la determinación de la permanencia, o no, del uso o aprovechamiento al que se refieran al tiempo de iniciarse las actuaciones administrativas de inspección.

El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa que recaiga en el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado será de un año a contar desde la fecha de su iniciación. Transcurrido este se producirá la caducidad del procedimiento. Por tanto, seis años para prescripción salvo las excepciones señaladas y un año para la caducidad.

En los casos en que el orden jurídico se haya vulnerado al amparo de licencia, orden de ejecución, u otro acto o acuerdo éstos deberán ser anulados con carácter previo al

restablecimiento de la legalidad urbanística, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que sean exigibles y de la iniciación, en su caso, del correspondiente procedimiento sancionador o disciplinario.

La iniciación se efectuará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos, o por denuncia. No debemos olvidar que, en urbanismo, existe la acción pública, como pone de manifiesto el artículo 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

El acuerdo de inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística podrá incorporar las medidas provisionales que se requieran para proteger la realidad física y el orden jurídico perturbado y que asimismo permitan y no dificulten la ejecución, en su caso, de la restauración de la legalidad.

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 pudiere iniciarse por las mismas.

El acuerdo de inicio del procedimiento, previos los informes técnicos y jurídicos de los servicios competentes, habrá de ser notificado al interesado y deberá señalar motivadamente si las obras o usos son compatibles o no con la ordenación vigente o si son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística. En su caso, se advertirá al interesado de la necesidad de reposición de la realidad física alterada de no resultar posible la legalización.

El interesado dispondrá de un plazo de audiencia no inferior a diez días ni superior a quince para formular las alegaciones que estime oportunas.

Cuando las obras o usos pudieran ser compatibles con la ordenación urbanística vigente, se requerirá al interesado para que inste la legalización en el plazo de dos meses, ampliable por una sola vez hasta un máximo de dos meses en atención a la complejidad de la actuación, o proceda a ajustar las obras o usos al título habilitante en el plazo previsto en el mismo.

Si el interesado instare la legalización o, en su caso, ajustare las obras o usos a la licencia u orden de ejecución, se suspenderá la tramitación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística hasta la resolución del procedimiento de legalización.

En caso contrario, la Administración pública actuante procederá a realizar cuantas actuaciones considere necesarias para comprobar la procedencia o no de dicha legalización, y, en consecuencia:

- a) Si procediera la legalización, acordará la imposición de hasta doce multas coercitivas hasta que se inste la legalización o se ajusten las obras o usos a las condiciones señaladas. 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.

- b) Si no procediera la legalización, se acordará la continuación del procedimiento mediante la reposición de la realidad física alterada.
- c) Cuando se trate de obras que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, dispondrá la inmediata demolición de las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, previa audiencia del interesado, en el plazo máximo de un mes.

V.5. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El procedimiento sancionador, al igual que el anterior, es un procedimiento común, si bien con las peculiaridades propias de dicho proceso que, tras la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, han quedado integradas en su propio texto, derogando expresamente el anterior Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de Agosto. Los matices adoptados por el legislador andaluz se incorporan en los artículos 65 y siguientes del Reglamento de Disciplina.

Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos. La competencia para iniciar y resolver los procedimientos sancionadores corresponde al Alcalde del correspondiente municipio o al concejal en quien delegue o bien a la Consejería competente en materia de urbanismo en los supuestos determinados por la Ley. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado. La instrucción de los procedimientos sancionadores corresponderá a funcionarios que ocupen puestos de trabajo en las unidades administrativas dedicadas al ejercicio de las funciones de inspección o equivalentes.

La instrucción de los procedimientos sancionadores que se incoen desde la Consejería competente en materia de urbanismo corresponderá a los Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda.

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.

Una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes.

En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado. Cuando la instrucción concluya la inexistencia de infracción o responsabilidad y no se haga uso de la facultad prevista en el apartado primero, la propuesta declarará esa circunstancia.

Si en el momento de formularse la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador aún no hubiera recaído resolución en el de 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.

La resolución incluirá la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa del procedimiento sancionador será de un año a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación.

Paradójicamente, el Reglamento de disciplina contiene una mención a la potestad disciplinaria, remitiéndose al procedimiento establecido en la legislación reguladora de la función pública.

Esto es así porque, como a nadie se le escapa, entre las personas responsables de las infracciones urbanísticas se encuentran los propietarios, promotores, constructores, urbanizadores, los técnicos titulados directores de los mismos y los redactores de los proyectos cuando en estos últimos concurre dolo, culpa o negligencia grave, pero también los titulares o miembros de los órganos administrativos y los funcionarios públicos que, por acción u omisión, hayan contribuido directamente a la producción de la infracción.

Las multas que se impongan a los distintos responsables de una misma infracción urbanística tienen entre sí carácter independiente. Sin embargo, si los títulos de responsabilidad concurren en una misma persona, se impondrá una sola multa.

Destacar asimismo que la muerte de la persona física extingue su responsabilidad por las infracciones urbanísticas, sin perjuicio de que la Administración adopte las medidas no sancionadoras que procedan y de que, en su caso, exija de los sucesores mortis causa, o de quien se haya beneficiado o lucrado con la infracción, el beneficio ilícito obtenido de su comisión.

En ningún caso podrán las infracciones urbanísticas reportar a sus responsables un beneficio económico. Cuando la suma del importe de la multa y del coste de la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción arroje una

cifra inferior a dicho beneficio, se incrementará la cuantía de la multa hasta alcanzar el importe del mismo. En los casos en que el restablecimiento del orden infringido no exija actuación material alguna, ni existan terceros perjudicados, la multa no podrá ser inferior al beneficio obtenido.

Cuando los actos constitutivos de infracción se realicen al amparo de la aprobación o licencia preceptivas o, en su caso, en virtud de orden de ejecución y de acuerdo con sus respectivas condiciones, no podrá imponerse sanción administrativa alguna mientras no se proceda a la anulación del título administrativo que en cada caso los ampare. El Alcalde, de oficio o a solicitud de cualquier persona, dispondrá la suspensión de la eficacia de una licencia urbanística u orden de ejecución y, consiguientemente, la paralización inmediata de los actos que estén aún ejecutándose a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya o legitime de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la citada Ley.

Si la anulación es consecuencia de la del instrumento de planeamiento o de gestión del que sean ejecución o aplicación, no habrá lugar a imposición de sanción alguna a quienes hayan actuado ateniéndose a dichos actos administrativos, salvo a los que hayan promovido el instrumento anulado en caso de dolo, culpa o negligencia grave.

V.6. OBRAS LEGALIZABLES Y NO LEGALIZABLES

Como ya hemos adelantado, las consecuencias del restablecimiento de la legalidad urbanística son bien distintas en función de que las obras realizadas se puedan o no legalizar. Así, de conformidad con el artículo 45 del Reglamento, el restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o un uso en curso de ejecución o terminado sin la aprobación de la licencia urbanística preceptiva o, en su caso, orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente.

V.6.1. Obras legalizables

Para la solicitud, tramitación y resolución de la legalización de las actuaciones realizadas sin licencia o contraviniendo sus condiciones, regirán las reglas ya expuestas para las solicitudes de licencias que deban ser otorgadas, con las particularidades que pasamos a examinar.

El inicio del procedimiento de legalización producirá la suspensión del plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado hasta tanto sea dictada la resolución otorgando o denegando la licencia o título habilitante, reanudándose entonces el plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

La resolución del procedimiento de legalización producirá los siguientes efectos:

- a) Si la licencia fuese otorgada o se declarase que las actuaciones realizadas se ajustan al título habilitante, las obras se entenderán legalizadas, finalizando el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado.
- b) Si la licencia no fuese otorgada, o se declarase que las actuaciones realizadas no se ajustan al título habilitante, se procederá a dictar orden de reposición de la realidad física alterada en la forma prevista en el artículo siguiente.

Con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad se podrá solicitar y acordar la legalización de las actuaciones aún con desconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición.

Como criterios a considerar para determinar la sustancialidad o no de la desconformidad con la ordenación urbanística, habrán de ser valorados, entre otros, la superficie que exceda de lo autorizado, su visibilidad desde la vía pública, la incidencia de la obra edificada en el resto del conjunto edificatorio, la solidez de la obra ejecutada, así como si afecta o no a barreras arquitectónicas.

No se aplicará este principio en los supuestos contemplados en el artículo 185.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Tampoco podrán beneficiarse de la aplicación de este principio los responsables de la infracción que hayan sido sancionados por infracción urbanística grave o muy grave, impuesta por resolución firme.

La resolución que ponga fin al procedimiento, dictada previos los informes técnico y jurídico que habrán de valorar el grado de desconformidad existente, habrá de motivar la aplicación del principio de proporcionalidad, y establecer la indemnización sustitutoria al aprovechamiento urbanístico materializado sin título, en su caso. Dicha indemnización deberá abonarse con independencia de las sanciones por infracciones urbanísticas que, en su caso, procedan.

V.6.2. Obras no legalizables

En el caso de que no sea posible legalizar las obras, se dictará una resolución de reposición de la realidad física alterada. Dicha resolución podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas, que no tienen carácter excluyente:

- a) Demolición de las obras ilegales y correcta gestión de los residuos derivados de la misma.
- b) Eliminación de los elementos que materialicen la parcelación, con roturación de caminos y desmantelamiento de los servicios, infraestructuras u otras instalaciones ilegales.

- c) Reposición de plantas, árboles y arboledas.
- d) Cuando se trate de carteles y vallas, desmontaje y retirada de estos.
- e) En movimiento de tierras, la reposición de la configuración de los terrenos a su estado anterior, con restauración de la cubierta vegetal.
- f) En el caso de talas e incendios de masas arbóreas, la reposición consistirá en la restauración de la cubierta vegetal preexistente con las mismas especies y en la misma densidad a las especies dañadas, salvo que por el órgano competente en materia forestal de la Administración autonómica andaluza, se determine otro modo de restablecimiento.
- g) Reconstrucción de las edificaciones protegidas por catálogos o por la legislación sectorial, que la persona interesada haya derribado de forma ilegal.
- h) Reconstrucción de partes de edificios, instalaciones y otras construcciones que, habiéndose demolido de forma ilegal por la persona interesada, sean necesarias para el funcionamiento de los servicios públicos, constituyan partes estructurales de los edificios o garanticen la seguridad de las personas.
- i) Cese inmediato de los usos u actos y, en su caso, clausura y precinto de edificaciones, establecimientos o sus dependencias.
- j) En el caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo mediante la demolición de las edificaciones que la integren y reagrupación de las parcelas, a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación. Los actos y negocios jurídicos que hayan dado lugar a la parcelación deberán invalidarse, bien mediante voluntad de las partes, o en su caso, mediante resolución judicial.

A estos efectos, la Administración pública competente ostentará la legitimación activa para instar ante la jurisdicción ordinaria la anulación de dichos títulos, y estará facultada para instar la constancia en el Registro de la Propiedad y en el Catastro Inmobiliario, en la forma y a los efectos previstos en la legislación correspondiente, de la reparcelación forzosa, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan.

La resolución de finalización del procedimiento de reposición de la realidad física alterada deberá indicar un plazo no superior a dos meses para llevar a cabo las medidas que hubieren sido acordadas en la misma, así como la advertencia expresa de que, transcurrido este plazo sin haber procedido a la restauración, se procederá a la imposición de multas coercitivas o a la ejecución subsidiaria por la Administración pública actuante.

En el caso de ejecución subsidiaria, los obligados a cumplir la resolución acordando la reposición de la realidad física alterada deberán, previo requerimiento de la Administración

pública actuante, proceder al desalojo de la construcción o edificación objeto de la misma en el día indicado por el órgano actuante. Dicho deber incluye el de retirar cuantos bienes muebles y semovientes se hallen en el inmueble objeto de la medida de reposición de la realidad física alterada, teniendo, de lo contrario, los mismos el carácter de bienes abandonados a los efectos de proceder a la ejecución de la resolución sin mayores dilaciones.

De la resolución ordenando la reposición de la realidad física alterada se dará traslado por el órgano competente a las compañías suministradoras de servicios urbanos para que retiren definitivamente el suministro. Asimismo, la Administración pública competente estará facultada para instar la constancia de dicha resolución en el Registro de la Propiedad y en el Catastro Inmobiliario en la forma y a los efectos previstos en la legislación correspondiente.

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.

V.7. CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA

Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar la resolución que acordara la reposición de la realidad física alterada en sus propios términos, el órgano competente para su ejecución adoptará 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, en los casos en que haya recaído resolución judicial firme.

Con carácter previo a la adopción de tales medidas, deberán recabarse informes técnico y jurídico que valorarán la imposibilidad material o legal y fijarán, en su caso, la indemnización por equivalencia en la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno, pudiendo consistir en una cantidad en metálico, o en la cesión de una porción de terreno o edificación equivalente al aprovechamiento materializado sin título. A este respecto, la valoración del aprovechamiento urbanístico que se haya materializado de forma indebida, que se realizará de conformidad con la legislación vigente en materia de valoraciones, tomará en consideración aquellos bienes o intereses que, siendo objeto de protección por la ordenación territorial o el planeamiento urbanístico, hubiesen sido alterados por los actos objeto del procedimiento de reposición de la realidad física alterada.

Dicha indemnización 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.

V.8. OBRAS MANIFIESTAMENTE INCOMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

La Administración competente, sin perjuicio de la correspondiente medida de suspensión acordada, dispondrá la inmediata demolición de las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, previa audiencia del interesado, en el plazo máximo de un mes.

Se entenderá a estos efectos que las actuaciones son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística:

- a) Cuando exista una previa resolución administrativa denegatoria de la licencia para la ejecución de las obras objeto del procedimiento.
- b) Cuando la ilegalidad de las obras o edificaciones resulte evidente de la propia clasificación o calificación urbanística y, en cualquier caso, las actuaciones de parcelación o urbanización sobre suelos no urbanizables, y cualesquiera otras que se desarrollen sobre terrenos destinados por el planeamiento a sistemas generales o dotaciones públicas.
- c) En los supuestos de actos sujetos a licencia urbanística realizados sobre terrenos de dominio público sin haber obtenido previamente la correspondiente concesión o autorización demanial.

El procedimiento de reposición de la realidad física alterada regulado en este artículo se iniciará mediante acuerdo declarativo de la causa de incompatibilidad manifiesta con la ordenación urbanística, fundamentado en los pertinentes informes técnico y jurídico. Se concederá audiencia a los interesados por un período no inferior a diez días ni superior a quince. En el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento, se procederá a dictar resolución acordando la demolición de las actuaciones de urbanización o edificación, debiendo procederse al cumplimiento de la resolución en el plazo señalado en la misma, que en ningún caso será superior a dos meses. En caso de incumplimiento de la orden de reposición de la realidad física a su estado anterior, una vez transcurrido el plazo que se hubiere señalado para dar cumplimiento a la resolución, deberá procederse en todo caso a la ejecución subsidiaria de lo ordenado, sin que haya lugar a la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa.

V.9. DECLARACIÓN EN SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN A LA DE FUERA DE ORDENACIÓN

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, de 17 de diciembre, quedarán en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación.

En idéntica situación podrán quedar, 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, de conformidad con lo establecido en este Reglamento, siempre que la indemnización por equivalencia que se hubiere fijado haya sido íntegramente satisfecha.

El reconocimiento particularizado de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación respecto de instalaciones, construcciones o edificaciones terminadas se acordará por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, previo informe jurídico y técnico de los servicios administrativos correspondientes.

La resolución que ponga fin a este procedimiento deberá identificar suficientemente la instalación, construcción o edificación afectada, indicando el número de finca registral si estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada; igualmente habrá de acreditar la fecha de terminación de la instalación, construcción o edificación, así como su aptitud para el uso al que se destina.

Una vez otorgado el reconocimiento, podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble. En este sentido, nos remitimos al Decreto 2/2012, de 20 de enero.

V.10. SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR ANTE LA CONSTANCIA DE ACTUACIONES PENALES POR LOS MISMOS HECHOS

El artículo 56 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana señala 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 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.

Es importante recordar a estos efectos que la naturaleza jurídica de la potestad de restauración de la legalidad urbanística no es una manifestación del ius puniendi, por lo que su ejercicio no se ve impedido por la actividad en sede penal con ocasión de las diligencias que se tramiten por órgano judicial o por la Fiscalía. El acto administrativo por el que se ordena al propietario la reposición de la realidad física alterada no tiene naturaleza sancionadora, por lo que no se produce quebranto del principio non bis in idem, siendo, por tanto, compatible la actuación en sede Penal con la ejecutividad de la Resolución administrativa acordando la reposición de la realidad física alterada.

Esta idea viene meridianamente expuesta en el artículo 65.6 del Reglamento de Disciplina, que señala que la sustanciación del proceso penal, sin embargo, 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.

A diferencia de lo que ocurre con la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, la naturaleza de ius puniendi de la potestad sancionadora impide su ejercicio al mismo tiempo con la actuación en sede penal: en este sentido se manifiesta el artículo 195.4 de la Ley 7/2002 cuando indica que *“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, suspendiendo la instrucción del procedimiento 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”*. En términos similares se pronuncia el artículo 65 del Reglamento de Disciplina.

Dos son las ideas fundamentales que subyacen tras la necesidad de suspensión del procedimiento sancionador al iniciarse el penal. La primera de ellas se desprende del artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que señala que en los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien. De no suspenderse, podría darse el caso de haber sancionado administrativamente a alguien por hechos que, a posteriori, se declaren inexistentes o no probados en la jurisdicción penal.

El Tribunal Constitucional tiene declarado que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Dándose aquí una aplicación de la institución jurídica de cosa juzgada, que según este Tribunal, despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y un efecto negativo que determine la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

La segunda subyace en el principio non bis in idem. Sobre este principio se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional al manifestar, que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración, relación de funcionario, servicio público, concesionaria, etc.- que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración. Este principio estaba positivizado en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que señalaba que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Nuestra Carta Magna de 1978 no recogió el principio non bis in idem, pero la doctrina ha defendido su vigencia por entender que la formulación de la doble sanción está implícita en el propio principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución vigente que vetaría una tipificación simultánea de iguales conductas con los diferentes efectos sancionadores, o también implícito en el principio de exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en la norma del artículo 9.3 nuestra Constitución.

Parece claro que procede la suspensión del procedimiento sancionador cuando se inicie un procedimiento penal. Queda, por tanto, concretar en qué momento empieza y termina dicha suspensión o, lo que es igual, cuándo se levanta y reanuda el procedimiento administrativo sancionador.

Varias opciones teóricas se ofrecen:

- Desde el acuerdo de suspensión adoptado por el órgano sancionador hasta la fecha de firmeza del auto de sobreseimiento.
- Desde el acuerdo de suspensión adoptado por el órgano sancionador hasta la fecha de notificación de ese auto firme a la Administración.
- Desde el acuerdo de suspensión adoptado por el órgano sancionador hasta la fecha en que, ya notificado el auto firme, la Administración levanta formalmente la suspensión.

A estos efectos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 15 de Diciembre de 2014, se expresó en los siguientes términos:

“Si partimos de que la caducidad tiene su base en evitar la superación por parte de la Administración de los plazos máximos de tramitación y resolución en los procedimientos iniciados de oficio y de que se produce de forma automática, por el simple transcurso del tiempo, aunque en ocasiones se la haya vinculado a la inactividad o dejadez administrativa de la que pueda inferirse una renuncia a la potestad sancionadora y una perturbación al derecho de tramitación de los procedimientos sin dilaciones, es evidente que la caducidad solo puede establecerse sobre la premisa de la posibilidad de actuación administrativa y, en supuestos como el de autos en que la suspensión se produce por prejudicialidad penal y donde, en principio, dicha suspensión es “sine die” y por ello imprecisa en su duración, esta posibilidad de actuar administrativo no se produce por la mera existencia de una resolución judicial que ponga fin al procedimiento penal sino cuando la existencia de dicha resolución trasciende al procedimiento administrativo suspendido lo que en este caso acontece cuando el Juzgado Central de Instrucción nº 4, en contestación al oficio que le envían los instructores dadas las noticias aparecidas en la prensa, remite testimonio de la resolución firme dictada, contestación que tiene entrada en la CNMV el 12-6-2012”

Por tanto, para la Sala no basta la firmeza de la sentencia o auto penal sino que es preciso que éstos lleguen a conocimiento del órgano administrativo, ya que difícilmente

podrá éste levantar la suspensión de un plazo si no sabe que ya se ultimó la actuación penal. En otras palabras, el plazo no correrá para la Administración mientras no conozca la decisión penal.

Continúa esta sentencia señalando:

“Por la misma razón expuesta, no puede utilizarse en contra de la caducidad, el plazo que la Administración, una vez que ha tenido conocimiento pleno del pronunciamiento firme judicial penal, tarda en levantar la suspensión que es lo que subyace en el criterio de la resolución recurrida y del Abogado del Estado cuando pretenden dilatar el “dies ad quem” de la suspensión a la fecha en que se dicta el acuerdo oportuno de levantamiento de la suspensión por el órgano competente para resolver. En el caso de autos, tomando como referencia la data en la que en el seno de la CNMV se tuvo conocimiento oficial de la conclusión en firme de la causa penal, vemos que se tardó casi un mes en hacerlo llegar al órgano que había acordado la suspensión y que como competente para resolver la misma lo era también para levantarla y en global se tardó mes y medio en levantar efectivamente la suspensión dictando el oportuno acuerdo, lo que parece a todas luces no solo injustificado sino excesivo dado el principio de unidad administrativa y dado que la suspensión, como excepción a la duración normalmente prevista, es una excepción que debe interpretarse y aplicarse de forma restrictiva y en todo caso eludiendo la posibilidad de que la Administración pueda modular a su antojo los plazos previstos normativamente a socaire de la mera realización de actos de comunicación interna”.

De esta manera, para la Sala el plazo vuelve a correr desde el momento en que la Administración conoce la decisión penal, pues ya puede y debe impulsar el procedimiento cuya primera decisión será levantar la suspensión y llevarlo a buen puerto.

En la medida en que la Administración ha de partir de los hechos declarados probados en el proceso penal, parece claro que para reanudar el procedimiento suspendido ha de conocer esos hechos y eso solamente es posible si antes se le ha notificado la sentencia en la que se declare cuáles son.

Sin embargo, puede darse el caso de que la Administración no se encuentre personada en el procedimiento penal y, consecuentemente, el tribunal penal no tenga por qué notificarle su resolución. En este caso, tampoco se puede exigir al inculpado sujeto al expediente sancionador que la aporte cuando le perjudique, ni tampoco cabe aceptar que, mediando sentencia firme, esa circunstancia no produzca ninguna consecuencia.

En estos supuestos, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de junio de 2014, relativa a un expediente disciplinario suspendido por el inicio de un procedimiento penal, ha añadido una ulterior exigencia: *“la de que la Administración haya observado una actuación diligente encaminada a informarse de la marcha y del resultado del proceso penal seguido contra sus funcionarios y por cuya virtud se ha suspendido ese expediente. Únicamente en tal hipótesis cabrá aceptar que sea la fecha en que reciba el testimonio de la sentencia penal firme la que determine la reanudación del cómputo del plazo de caducidad. De lo contrario, se deberá estar a la de la firmeza.”*

CONCLUSIONES

Dentro de las potestades de disciplina urbanística se cuentan las preventivas y las represivas. Entre las preventivas se encontrarían el otorgamiento de licencias y demás formas de intervención previa de los actos de transformación o uso del suelo y, entre las de naturaleza represiva, la potestad sancionadora y la restauración de la legalidad urbanística, incluyendo la reposición del estado físico alterado.

Estas dos potestades de disciplina represiva o disciplina en sentido estricto se ejercen por medio de dos procedimientos distintos: uno destinado a sancionar el posible incumplimiento y otro dirigido a restablecer la legalidad, normalmente legalizando la situación o reponiendo las cosas a su estado anterior. Nos conformamos en el presente capítulo con que el lector interiorice la distinción de estos dos procedimientos que, si bien están interrelacionados, no por ello dejan de ser dos procedimientos distintos.