

LA DISCIPLINA URBANÍSTICA A LA LUZ DE LA NUEVA LEY 12/2017 DE URBANISMO DE LAS ISLAS BALEARES

José Manuel BARRERO GARCÍA

Secretario Ayuntamiento Andratx (Mallorca)

Trabajo final del Máster en Gestión Pública Local

SUMARIO:

1. Justificación de la elección del tema
2. Metodología
3. Desarrollo
 - 3.1 La edificación en suelo no urbanizable común. Evolución histórica
 - 3.2 La disciplina urbanística en la Ley 12/2017
 - 3.3. Disciplina Urbanística en baleares.
4. Régimen de infracciones y sanciones.
5. Personas responsables por infracción urbanísticas
6. Sanciones urbanísticas.
 - 6.1. Sanciones accesorias.
 - 6.2. Determinación y destino de las multas.
 - 6.3. Valoración de las obras.
 - 6.4. Destino de las multas.
7. Reglas para la exigencia de responsabilidad sancionadora y aplicación de las sanciones.
8. Graduación de la sanción.
9. Relaciones entre procedimiento sancionador y restablecimiento de la legalidad urbanística y realidad física alteradas.
10. Suspensión del procedimiento
11. Procedimiento restablecido
 - 11.1. Legalización usos ilegales.
 - 11.2. Restablecimiento de la realidad física alterada.
12. Acción Legal
13. Conclusiones.
14. Bibliografía

1.- JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.

Si existe una situación en la que se han fracasado todas las normas modernas que regulan el urbanismo (entendiendo como tales las promulgadas desde la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956) esta es, sin lugar a dudas, la regulación de la disciplina urbanística.

Siendo Baleares, la Comunidad autónoma con la menor superficie de España, con menos de 5000 kilómetros cuadrados, la proliferación exponencial de edificaciones aisladas con destino a segundas viviendas o a inmuebles destinados a ocio o recreo privado, tienen su máximo desarrollo con el “boom del ladrillo” y el acceso indiscriminado al crédito inmobiliario durante buena del periodo comprendido entre 1990 y 2007, así como por la llegada masiva de turistas que se viene produciendo de manera prácticamente ininterrumpida y progresiva en los últimos cien años.

En las Islas Baleares los terrenos considerados como suelo rústico constituyen la mayor parte del territorio y, como consecuencia de las tensiones que el modelo económico actual, gran consumidor de recursos naturales y de territorio, produce sobre estos terrenos, son objeto de un proceso creciente de sustitución de las actividades tradicionales por otras que, basadas en los usos turísticos, residenciales y de servicios, inciden de modo importante sobre su naturaleza y características, desvirtuando sus elementos esenciales y atentando contra uno de los principales activos de futuro de que dispone esta comunidad.

La inmensa mayoría de las Corporaciones Locales, destinatarias de las competencias en materia de disciplina urbanística y subsidiariamente, las Comunidades Autónomas, han “mirado para otro lado”, cuando no consentido expresa o tácitamente este tipo de edificaciones. Así lo señala incluso la propia jurisprudencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en sus propias sentencias.

Las sanciones en materia de disciplina urbanística, han evolucionado endureciéndolas hasta llegar a la inclusión en el Código Penal de los delitos sobre la ordenación del territorio, con la intención de salvaguardar el suelo no urbanizable de la actividad urbanizadora, en las que, erróneamente, han incluido cualquier tipo de construcción por muy aislada que esta fuera y aunque se pudiera constatar la imposibilidad de formar núcleos urbanos.

La dependencia electoral de los órganos decisorios en materia de disciplina urbanística; la dureza de las sanciones en materia de edificación en suelo no urbanizable, que van desde multas de hasta el valor de lo edificado y la demolición de las obras, hasta penas de dos años de cárcel; y las situaciones injustas que se dan al intentar preservar de cualquier tipo uso de suelo y edificación, zonas de muchos términos municipales con parcelas muy atomizadas, cuyo única utilidad sería destinarlas a la construcción de segunda residencia o edificaciones destinadas al ocio privado, con

pleno respeto al medio ambiente, son la consecuencia del actual “limbo edificatorio” existente en todo el suelo no urbanizable común.

Este trabajo no pretende ser una panacea que resuelva todos los problemas que plantea la disciplina urbanística que están enquistadas desde tiempo inmemorial y que seguramente se habrán estudiado en profundidad, pero si dar algunas ideas y soluciones que ya han sido puestas en práctica con buenos resultados.

2.- METODOLOGÍA.

Partiendo del estudio de la evolución histórica de la edificación en Baleares y de su situación actual, llegamos a la conclusión del gran fracaso que ha existido en la regulación del uso de todo tipo de suelo, tanto en lo relativo a su clasificación como a su protección. A lo largo del presente trabajo se recogerán las novedades que se han operado por la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Baleares, así como las Sentencias más significativas dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, fruto de las cuales han sido modificadas las diferentes normativas urbanísticas. Así mismo se introducirán algunos aspectos doctrinales tratados por diversos autores, haciéndose eco precisamente de determinadas sentencias.

3.- DESARROLLO:

3.1.- La edificación en suelo no urbanizable común. Evolución histórica.

El estudio de la evolución histórica de la edificación en el suelo urbanizable común se inicia con la Ley de 12 de mayo de 1956, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, primera norma española que regula el urbanismo como un conjunto orgánico y que eleva parte de las prescripciones establecidas en las normas locales dictadas hasta esa fecha a la categoría de disposiciones generales.

La Ley del Suelo de 12 de mayo 1956 en su exposición de motivos ya se proponía superar la situación que imperaba en aquellos momentos en los que el urbanismo iba detrás del crecimiento de la población y establecía, entre otros principios, la revitalización de un desarrollo equilibrado de los núcleos, en los que se debían armonizar las economías agrícola, industrial y urbana.

La Ley de 1956 articula toda la acción urbanística en torno a los Planes distinguiendo dentro de estos dos tipos: los planes territoriales y los planes especiales.

Los primeros abarcarían aspectos generales del planeamiento dentro del ámbito territorial que delimitaran y los planes especiales serían los encargados de regular “singularmente a un aspecto de la ordenación, como la protección del paisaje, las vías de comunicación, la conservación del medio rural, el saneamiento de poblaciones o cualesquiera otras finalidades análogas”.

Resulta paradójico que un sistema político fuertemente centralista como el que gobernaba en España de los años 50, sentara un principio que encajaría como un guante dentro de la autonomía local consagrada en la Constitución Española de 1978, como es el de hacer descansar en los planes la práctica totalidad de las normas que regirían la ordenación del urbanismo por ámbitos territoriales.

La Ley de Suelo de 1956 señala en sus artículos 61, 62 y 66, que el régimen urbanístico del suelo, se establece, como no podía ser de otra manera de acuerdo con los principios reseñados en su exposición de motivos, con arreglo a la calificación urbanística de los terrenos (actual clasificación), fijada por los Planes de Ordenación. Así, en todos los municipios que tuvieran aprobado Planes Generales el territorio se clasificará en suelo urbano, urbanizable y no urbanizable. En los municipios que no tengan aprobado el Plan General limita la calificación a suelo urbano y no urbanizable.

La Ley obliga a que los Planes Generales preserven el suelo no urbanizable del desarrollo urbano y a establecer medidas de protección medio ambiental, lo que a partir de esta norma se recogería en todas las disposiciones urbanísticas.

Las limitaciones dentro del suelo no urbanizable vienen recogidas en los artículos 69 y 69 bis de la Ley y se centran en la prohibición genérica de la ejecución de construcciones que no estén vinculadas al destino agrícola de la finca o a obras públicas. Las excepciones a la norma general de prohibición de edificación en suelo no urbanizable, las establece la Ley permitiendo obras e instalaciones de interés público y viviendas familiares aisladas en lugares en los que no exista posibilidad de formación de núcleos urbanos, pero, y esto es muy importante, sin fijar la superficie mínima en la que se podrá edificar, señalando, que el tipo de construcción deberá ser adecuado a su condición de aislada conforme a las normas que el Plan establezca, prohibiendo edificaciones características de suelo urbano.

En relación con la división de fincas rústicas y como no podría ser de otra manera en una sociedad rural que se sustentaba en una economía dependiente del sector primario, establece la imposibilidad de realizar fraccionamientos en contra de la legislación agraria, recogida hasta ese momento en la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954 y Decretos de 28 de marzo de 1955 y posteriormente, en la orden ministerial de 27 de mayo de 1958.

El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, culmina la reforma de la Ley de 1956, iniciada con la Ley de 2 de mayo de 1975.

Si el vocablo reforma supone un eufemismo cuando se comparan los textos de la Ley de 1956 y de 1976, este eufemismo se convierte simplemente, en relación con el régimen en suelo no urbanizable, en copiar literalmente los artículos de la Ley de 1956 y trasladarlos a la de 1976.

Seguramente habría sido mucho pedir, para aquella época histórica tan convulsa como llena de ilusión, que se hubieran tenido en cuenta los planes de desarrollo habidos

en España a finales de los 50 y durante toda la década de los 60, así como que el peso del sector primario había decrecido de forma importante a favor de sectores industriales y de servicios, en especial del turismo, y que la emigración interior y exterior había despoblado los núcleos rurales, en el uso del suelo en terrenos rústicos, pero debemos sentirnos satisfechos, aunque no creemos que se hiciera por éste motivo, por el hecho de que no se empeorara el régimen urbanístico en suelo no urbanizable, que seguía contado con las ventajas reseñadas en la Ley de 1956, al ser un calco de las mismas.

El Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Disciplina Urbanística, desarrolla *respetuosamente* el texto refundido de 1976 y sus 94 artículos han sido un referente para los textos que han sido desarrollados posteriormente por los legisladores autonómicos.

Por otro lado el Real Decreto también del año 1978 de Planeamiento urbanístico desarrolla las *generales de la Ley* para este tipo de suelo como son la delimitación de áreas de especial protección medio ambiental, en la que se podrá incluir, en su caso, la prohibición absoluta de construir; la protección de “los yacimientos arqueológicos y de las construcciones o restos de ellas de carácter histórico-artístico, arquitectónico”, etc.; y los terrenos que deberán ser destinados a actividades agropecuarias, ganaderas o forestales.

El Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, poco añade a las determinaciones estudiadas hasta ahora sobre el régimen en suelo no urbanizable. Además, dicha Ley tuvo una duración ciertamente escasa, por cuanto fue declarada inconstitucional por la sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional, debido al recurso de inconstitucionalidad planteado por las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, e Islas Baleares.

(La STC 61/1997 encontró que muchos de los artículos que el Texto Refundido de 1992 declaraba de aplicación plena o básica en realidad se excedían del válido ejercicio de los títulos competenciales estatales en que decían ampararse (art. 149.1. 1ª, 8ª, 13ª, 18ª y 23ª de la Constitución), violentando la competencia sobre urbanismo que todas las Comunidades Autónomas habían asumido en sus Estatutos con carácter exclusivo.

Se declararon también inconstitucionales, por carecer de título competencial de referencia, todos los preceptos a los que el Texto Refundido de 1992 atribuía carácter supletorio del Derecho Autonómico. La STC 61/1997 consolida y lleva a sus últimas consecuencias la doctrina según la cual el art. 149.1.3 de la Constitución (en el que se recoge la cláusula de supletoriedad del Derecho Estatal) no contiene un título competencial a favor del Estado. En consecuencia, si el legislador estatal no dispone de un título competencial propio no puede aprobar normas válidamente, ni siquiera con carácter meramente supletorio. Así pues, en los sectores asumidos monopolísticamente por las Comunidades Autónomas (como el urbanístico), o en aquéllos otros en los que el reparto se efectúa a base de competencias compartidas Estado-Comunidades

Autónomas, el Estado no puede crear Derecho, ni siquiera con la pretensión de que sea aplicado tan sólo supletoriamente.)

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, el legislador estatal aprobó, por el trámite de urgencia, la Ley 6/1998, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, en ejercicio de sus competencias ex reglas 1ª, 8ª, 13ª, 18ª y 23ª del artículo 149.1 de la Constitución. El objetivo principal de esta Ley era conseguir un abaratamiento del precio de la vivienda, para lo cual intentaba ampliar la oferta de suelo.

Los legisladores autonómicos fueron aprobando de manera progresiva diferentes Leyes urbanísticas, en virtud de la competencia constitucionalmente reconocida en el artículo 148.1.3 de la Constitución española (Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda)

La Comunidad Balear, fue la última región en aprobar una Ley en Materia de suelo. De esta manera, se tuvo que esperar hasta el año 2014 para aprobar la Ley de Ordenación y uso del suelo (LOUS) de 25 de marzo, si bien es cierto que se aprobaron con carácter previo una serie de normas sectoriales, aunque de marcado carácter medioambiental algunas de ellas (son buenos ejemplos la Ley 1/1984, de 14 de marzo, de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial, en el marco de la cual se dictaron otras normas de rango legal de protección de espacios, o la Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Illes Balears, la Ley 8/1988, de 1 de junio, de edificios e instalaciones fuera de ordenación; la Ley 12/1988, de 17 de noviembre, de campos de golf; la Ley 10/1989, de 2 de noviembre, de sustitución de planeamiento urbanístico municipal; o la Ley 1/1994, de 23 de marzo, sobre condiciones para la reconstrucción en suelo no urbanizable de edificios e instalaciones afectadas por obras públicas o declaradas de utilidad pública y ejecutadas por el sistema de expropiación forzosa.)

No obstante, previamente a la LOUS, se aprobaron dos Leyes de gran importancia para la materia objeto del presente trabajo, la Ley 6/1997 de 8 de Julio de suelo Rústico de las Illes Balears y la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística, Ley esta última que rigió el régimen de infracciones y sanciones urbanísticas de las Islas Baleares hasta la aprobación de la citada LOUS. Posteriormente se aprobaron la Ley 4/2008, de 14 de mayo, de medidas urgentes para un desarrollo territorial sostenible en las Illes Balears, que fija un mínimo régimen jurídico en cuanto a las clases de suelo, regulación que ha sido sustituida por la reciente Ley 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para el desarrollo urbanístico sostenible.

Por último, en lo que se refiere a la evolución histórica se aprobaron en el ámbito estatal, la Ley 8/2007, de 28 de mayo del suelo, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, y el Real Decreto Legislativo 7/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del suelo y Regeneración urbana.

Entrando en materia de lo que será el objeto principal del estudio, tenemos la **Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears.**

Resulta cuanto menos paradigmático que una Comunidad Autónoma como la Balear, que esperó casi 20 años desde la conocida sentencia del TC del año 1997, para la aprobación de una Ley Urbanística propia, con apenas 4 años de diferencia, haya aprobado otra nueva norma en materia del suelo, lo cual puede dar lugar a una cierta inseguridad jurídica para los operadores del derecho, en tanto no se puede consolidar un cuerpo jurisprudencial propio. De hecho, cuando ya parecía haberse formado cierta doctrina con la Ley de Disciplina Urbanística de 1990 (LDU), se aprobó la LOUS de 2014, la cual, casi con toda seguridad, pasará, debido a su duración, con “más pena que gloria”. Esperemos que la nueva Ley del Suelo 12/2017 (LUIB) sea más duradera en el tiempo, y que la cuestión urbanística no se convierta en una confrontación política, llegando al debido consenso que se merece, una materia tan importante como el Urbanismo.

3.2.- La disciplina urbanística en la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears. (LUIB)

3.2.1.- La disciplina urbanística general crónica de un fracaso.

Como se reseña en la justificación de la elección de este trabajo, son varias las causas del fracaso de la disciplina urbanística, siendo las principales las siguientes:

- Las situaciones injustas que se dan al intentar preservar de cualquier tipo uso de suelo y edificación, zonas de muchos términos municipales con parcelas muy atomizadas, cuya única rentabilidad sería destinarlas a la construcción de segunda residencia o edificaciones destinadas al ocio privado.
- La desproporcionalidad existente entre la dureza de las sanciones en materia de edificación en suelo no urbanizable, que van desde multas de hasta el valor de lo edificado y la demolición de las obras, hasta penas de dos años de cárcel y el bien que se pretende proteger, que en la mayoría de los casos carece de valor medioambiental, paisajístico, forestal o agropecuario.
- La dependencia social, familiar o electoral de los órganos decisorios en materia de disciplina urbanística, cuya influencia aumenta exponencialmente en pequeños municipios.

Pero continuando con la metodología propuesta, analicemos la evolución histórica de la disciplina urbanística a lo largo del periodo que va desde la promulgación de la Ley del Suelo del año 1956 hasta nuestros días, estudiando, asimismo, la tipificación en el Código Penal de 1995 de los delitos urbanístico.

La Ley de 12 de mayo de 1956, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, regula en dos procedimientos el control de la vulneración de las prescripciones contenidas en esta Ley o en los Planes, Programas, Normas y Ordenanzas.

El artículo 171 de la Ley regulaba las órdenes de suspensión y demolición de actos de edificación y uso del suelo para los que se requiera licencia previa (las parcelaciones urbanas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalaren los Planes) y establece un procedimiento tan simple como eficaz de haberse llevado a cabo, consistente, básicamente en lo siguiente:

- El hecho sancionable sería cualquier acto de edificación o uso del suelo sometido a licencia previa, que no contara o fuera contraria a esta o a la orden de ejecución que lo habilitara legalmente.
- El Alcalde o el Gobernador Civil, dispondría la suspensión inmediata de dichos actos.
- El infractor dispondría de un plazo de dos meses para solicitar la licencia o ajustar las obras a la misma y orden de ejecución.
- Si el infractor no solicitara la licencia o esta le fuera denegada, el Ayuntamiento acordaría la demolición de las obras a costa del interesado, imaginamos que a través de la ejecución subsidiaria.

Tras la descripción de un procedimiento tan expeditivo, holgaría regular un procedimiento sancionador propiamente dicho, pero la Ley de 1956 lo establecería en los artículos 213 al 217.

El procedimiento sancionador contiene los siguientes extremos:

HECHOS SANCIONABLES, MULTAS, RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL:

- a) Tipifica como hechos sancionables las vulneraciones las prescripciones contenidas en esta Ley o en los Planes, Programas, Normas y Ordenanzas.
- b) Establece como medidas coercitivas la imposición de sanciones.
- c) Sienta el principio de resarcimiento de los daños y perjuicios causados.
- d) Establece, por vez primera (esto es evidente), la posibilidad de que los infractores puedan incurrir en responsabilidad penal, aunque no tipifica los hechos que pudieran ser constitutivos de falta o delito.

CALIFICACIÓN DE INFRACCIONES:

- a) Califica las infracciones en graves y leves.
- b) Establece como graves el incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas.

- c) Se remite al la Ley de Procedimiento Administrativo a efectos de sanciones.

RESPONSABLES:

a) Responsabiliza, a efectos sancionadores, de las obras realizadas sin licencia o siendo contrarias a estas al empresario de las obras y el técnico director de las mismas.

b) En las obras amparadas en una licencia, cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave, responsabiliza al facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin el informe técnico previo, o cuando éste fuera desfavorable en razón de aquella infracción, o se hubiese hecho la advertencia de ilegalidad prevista en la legislación de régimen local.

c) Mandata a los Colegios Profesionales encargados del visado de los proyectos, a que denieguen el mismo cuando contengan algunas de las infracciones tipificadas en la Ley.

AUTORIDADES COMPETENTES PARA SANCIONAR:

a) Da la competencia en función a la cuantía, exageradas para el tiempo del que estamos hablando:

“a.1) Los Alcaldes. En los municipios que no excedan de diez mil habitantes, cien mil pesetas; en los que no excedan de cincuenta mil habitantes, quinientas mil pesetas; en los que no excedan de cien mil habitantes, un millón de pesetas; en los que no excedan de quinientos mil habitantes, cinco millones de pesetas, y en los de más de quinientos mil habitantes, diez millones de pesetas.

a.2) Los Gobernadores Civiles, previo informe de las Comisiones Provinciales de Urbanismo, hasta veinticinco millones de pesetas.

a.3) El Ministro de la Vivienda, previo informe de la Comisión Central de Urbanismo, hasta cincuenta millones de pesetas.

a.4) El Consejo de Ministros, a propuesta del de Vivienda, y previo informe de la Comisión Central de Urbanismo, hasta cien millones de pesetas.”

b) Fija una prescripción de las infracciones de un año, con independencia de que estas sean graves o leves.

c) Establece el principio general, de que si el beneficio de una infracción es mayor a la sanción, se incremente esta hasta la del beneficio.

Si examinamos detenidamente este principio, resultaría que en muchos casos valdría la pena arriesgarse a cometer infracciones urbanísticas, dado que como máximo, el importe de la multa sería la del beneficio obtenido, por lo que el infractor no tendría que hacer ningún esfuerzo económico con cargo a su patrimonio, para hacer frente a la multa.

El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, vuelve a copiar lo regulado por la Ley del Suelo de 1956 en materia de disciplina urbanística, como hace con buena parte del articulado de esta norma legal, si bien introduce algunas modificaciones y novedades, que son las que examinaremos con mayor detenimiento.

La Ley del Suelo de 1976 regula en sus artículos 184 a 187 el procedimiento establecido en la Ley de 1956 sobre actos realizados sin licencia o sin ajustarse a esta o a las órdenes de ejecución, introduciendo como novedad los siguientes elementos:

1º.- Establece un régimen específico para actos de edificación y uso de suelo sin licencia u orden de ejecución en zonas verdes y espacios libres, señalando que mientras se estén ejecutando los actos se seguirá el procedimiento establecido en su artículo 184 y una vez ejecutados, el del 185, sin bien, sin la limitación del plazo de un año reseñado en el mismo.

2º.- Regula con mayor detalle la tutela de jerárquica de los órganos superiores de la Administración Central del Estado sobre los Ayuntamientos, y así señala que:

a) Cuando se hayan concedido licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves, deberán ser revisadas de conformidad con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, acordando, cuando proceda la demolición de las obras.

b) En el caso de que lleve a cabo la revisión, la Comisión Provincial de Urbanismo se subrogará la competencia del Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley.

c) Establece el principio general de subordinación de la autonomía local a la autoridad estatal, señalando que si los Ayuntamientos incumplirán gravemente o con negligencia las obligaciones impuestas por la Ley del Suelo o por el Planeamiento, el Ministro de la Gobernación, a propuesta del de la Vivienda, designaría un Gerente o transferir las competencias de la Entidad Local a la Comisión Provincial de Urbanismo, permitiendo que un representante del Ayuntamiento asistiera a las reuniones de esta o de la Comisión Especial constituida en su seno.

El capítulo dedicado a las infracciones urbanísticas es un calco de la Ley del Suelo de 1956 hasta tal punto, que copia el importe de las multas que establece esta norma, por lo que reiteramos algunas de las conclusiones que hemos sacado de ambas normas:

- Lo desmedido de emplear el vocablo reforma en la Ley del Suelo 1976 en relación con la de 1956.
- Lo exagerado en relación con el importe de las multas que no varían veinte años después.

Pero lo realmente novedoso de la Ley del Suelo de 1976 sobre disciplina urbanística, es su desarrollo a través del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de Disciplina Urbanística.

El Reglamento de Disciplina Urbanística desarrollaba minuciosamente la Ley del Suelo, pero quizá su principal novedad radicaba en tipificar las infracciones a las que asigna su correspondiente sanción.

Así, en lo relativo a infracciones en suelo no urbanizable, establece, en el Título III, capítulo II, sección 1, las siguientes sanciones:

- “Serán sancionados con multa del 15 al 20 por 100 del valor de los terrenos afectados, quienes realicen parcelaciones sobre suelo no urbanizable.
- La sanción establecida en el número anterior se podrá incrementar hasta el 30 por 100 del valor del suelo si la división realizada lesiona el valor específico que, en su caso, proteja el ordenamiento urbanístico.
- En ningún caso se considerarán solares, ni se permitirá edificar en ellos, los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de los artículos 95 y 96 de la Ley del Suelo.
- Serán sancionados con multa del 10 al 20 por 100 del valor de los terrenos afectados quienes realicen parcelaciones en terrenos que no hayan sido previamente clasificados como suelo urbano por un Plan, Norma Complementaria y Subsidiaria de Planeamiento o Proyecto de Delimitación, siempre que tales parcelaciones impliquen la creación de un nuevo núcleo de población o la ampliación de uno ya constituido en términos, en este caso, que requieran la ejecución de obras de infraestructura que no sean mero complemento de la urbanización existente.
- Quienes realicen obras de edificación o urbanización en contra del uso que corresponda al suelo en el que se ejecuten, serán sancionados con multa del 10 al 20 por 100 del valor de la obra proyectada.
- Quienes realicen obras de edificación o urbanización en contra del uso que corresponda al suelo en el que se ejecuten, serán sancionados con multa del 10 al 20 por 100 del valor de la obra proyectada.
- Los que edificaren en parcelas cuya superficie sea inferior a la establecida como mínima edificable serán sancionados con multa del 10 al 20 por 100 del valor de la obra proyectada, graduando la multa en función de la mayor o menor desproporción que exista entre la superficie de la parcela edificada y la superficie de la parcela mínima según el Plan.”

El Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, incluye el procedimiento de suspensión, paralización y demolición de obras e instalaciones realizadas sin licencia o sin ajustarse a esta o a las órdenes de ejecución, si bien modifica los plazos e introduce como novedad la expropiación o venta forzosa del

terreno con la edificación, en los casos en que no se solicite la licencia o se incumplan las referidas condiciones.

En relación con la tutela de las Corporaciones Locales atribuye el principio de subrogación de competencias a las Comunidades Autónomas, al establecer en su artículo 252 que en las actuaciones sin licencia u orden de ejecución, las medidas reguladas en esta sección serán acordadas por el órgano autonómico competente, si requerido el Ayuntamiento a estos efectos, no las adoptara en el plazo de un mes, a contar desde la recepción del requerimiento.

La Ley del Suelo de 1992 *pasa de puntillas* en relación con la tipificación de las infracciones urbanísticas, a las que dedica un solo artículo, que no aporta nada nuevo a lo regulado hasta este momento.

“Artículo 25.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.” ¿SUBSIDIARIAMENTE?...

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo estatal, dedica exclusivamente su artículo 42 a la disciplina urbanística, en la vertiente Penal, en la que el Estado tiene competencia exclusiva de conformidad con lo establecido en la competencia 6ª del punto 1 del artículo 149 de Constitución Española.

Así, el artículo 42 de la Ley de Suelo Estatal establece que “cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción”

Este artículo refuerza la persecución penal de los infractores incluidos en las figuras delictivas tipificadas en el artículo 319 del Código Penal; no obstante, sobre el ámbito penal nos referiremos al final del presente trabajo.

3.3. Disciplina urbanística en baleares

Como explicamos con anterioridad, la disciplina urbanística en Baleares tuvo su referencia en el Reglamento estatal de Disciplina del año 78. 12 años después se aprobó la Ley 10/1990 de Disciplina urbanística de Baleares (LDU). La LDU era ciertamente

amplia en su articulado (74 artículos), si bien los artículos estrictamente referidos al ámbito disciplinario, abarcaban desde el artículo 20 al 74. Esta Ley, como decíamos al inicio del presente estudio, ha sido objeto de numerosas sentencias, algunas de las cuales serán mencionadas, así como la evolución que ha sufrido la normativa, en virtud de esta jurisprudencia.

La exposición de motivos de dicha Ley era, analizada con posterioridad, cuanto menos ambiciosa.

“Esta Ley pretende conseguir los objetivos de protección en la legalidad urbanística vigente y el establecimiento de una eficaz disciplina en el ejercicio de los derechos y deberes que corresponden a las administraciones públicas y a los particulares”

Desde luego, por las razones anteriormente comentadas, como que quien debe ejercer de defensor de la legalidad urbanística, o quien debe imponer las sanciones urbanísticas, sea el propio Ayuntamiento, cuyos votos dependen de esas personas a quienes, entre otras, sanciona, ha hecho desde luego que las medidas de disciplina urbanísticas hayan sido ineficaces del todo punto en los Ayuntamientos.

De esta manera, ha sido habitual que los expedientes tramitados por los diversos Ayuntamientos *se caduquen*, so pretexto de las más variadas excusas, pero cuyo único trasfondo es el anteriormente comentado (este tema será comentado posteriormente en el apartado correspondiente)

También hay que destacar en cuanto a la INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO, se hace eco la LUIB de las voces discrepantes en torno a la errónea inclusión de la misma dentro de la disciplina urbanística. Oigamos a BLASCO ESTEVE (Pág. 794):

“Lo primero que conviene observar es la extraña sistemática de la LOUS, sistemática que proviene de la Ley andaluza 7/2002, de la que están calcados gran parte de los Títulos VII y VIII de ley balear. En efecto, esta Ley contiene un Título VII dedicado a la disciplina urbanística, en el que se incluye la regulación de la intervención en la edificación y uso del suelo (licencias, etc.) así como la inspección urbanística y la protección de la legalidad urbanística; por otra parte, el Título VIII está dedicado a las “infracciones urbanísticas y las sanciones”. A mi juicio, esta estructura legal es errónea, ya que tradicionalmente la regulación de la intervención en la edificación y uso del suelo no pertenece propiamente al ámbito de la disciplina urbanística, mientras que por el contrario las infracciones y sanciones urbanísticas sí que lo integran claramente. Por ello, en buena teoría, el Título VII debería estar dedicado a la intervención en la edificación y uso del suelo (licencias, etc.) mientras que el Título VIII debería regular la disciplina urbanística, incluyendo en el mismo tanto las medidas de protección de la legalidad urbanística como la inspección urbanística, y las infracciones y sanciones aplicables.”

Por ello, entre otra voz autorizada, la LUIB ha decidido cambiar la estructura existente, y la intervención en la edificación del suelo (Licencias) no se encuentra

dentro del Título relativo a la Disciplina urbanística (Título VIII) sino que está regulada en el Título VII, título denominado propiamente “La Intervención preventiva en la edificación y el uso del suelo”

a.- Expediente sancionador.

Toda actuación administrativa debe finalizar en un acto, el cual debe ser, en la mayoría de los supuestos, motivado.

En el ejercicio de la potestad sancionadora, al finalizar dicho acto en una sanción (recordemos la definición de García de Enterría, *"un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal"*. *"Este mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa; e incluso anteriormente a la Constitución, de un arresto personal del infractor"*.), la motivación debe ser realizada con el mayor rigor, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 35.1 h de la PACA (las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.)

Este acto administrativo, en virtud de la declaración de voluntad de la Administración (en la definición dada al mismo por el notable jurista ZANOBINI) debe formar parte de un expediente administrativo, el cual servirá para “vestir” el acto administrativo.

El expediente administrativo aparece definido en nuestra normativa en materia de régimen Local (164 ROF Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación.)

Actualmente la definición de expediente viene recogida en la Ley 39/2015 de Procedimiento administrativo, indicando que tendrá formato electrónico. *"I. Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla."*

Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada."

Tradicionalmente ha existido una diferenciación del procedimiento sancionador, respecto del procedimiento penal, por razón de la autoridad que impone la pena o sanción, siendo en el primer caso los tribunales de justicia, en el segundo, la Administración.

El propio texto constitucional, en el artículo 25 señala *“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*.

Originariamente se encomendó en exclusividad este poder represivo a los órganos jurisdiccionales del orden penal, por su independencia en relación al poder ejecutivo, de hecho, la misma Constitución gaditana (1812) prohibía al Rey de manera expresa imponer pena alguna.

Es tras la guerra civil española (1936-1939) cuando el derecho sancionador adquiere los rasgos fundamentales actuales. No obstante, interesa resaltar que en el régimen preconstitucional, este se caracterizaba por la negación de los principios del Derecho Penal, lo que llevó a Eduardo García de Enterría a hablar del "Derecho sancionador prebeccariano".

Normalmente los expedientes se iniciarán por denuncia (sea de particular o de otra Administración) o de oficio por la Administración competente.

b. Inspección urbanística

La LUIB ha supuesto un avance (cuantitativo y también cualitativo) respecto del retroceso que supuso la anterior redacción de la LOUS de 2014 respecto a su predecesora de 1990.

En palabras de Avelino Blasco, (pág. 773 y ss.), *“a pesar de la importancia práctica de la inspección urbanística, la LOUS sólo le dedica lamentablemente un único precepto (el art. 149), lo que contrasta con los cinco artículos que le dedicaba la LDU de 1990, con lo que deja sumidos en la oscuridad los numerosos problemas prácticos que se suelen presentar con motivo de las actividades inspectoras. De manera más incomprensible aún, el Reglamento de Mallorca se limita a reiterar igualmente en un solo artículo (el 402) lo que dice aquel precepto legal añadiendo un par de matices, pero renunciando así a sus posibilidades de desarrollar la LOUS en este punto. Este planteamiento contrasta, por ejemplo, con lo que han hecho otros Reglamentos urbanísticos autonómicos: así, el Reglamento de Disciplina Urbanística (D. 60/2010, de 19 de marzo) le dedica varios artículos al tema de la inspección urbanística...”*

“Para concluir, no hace falta destacar la importancia práctica de la labor inspectora de la Administración en el ámbito urbanístico, ya que sin ella es prácticamente imposible ejercer adecuadamente las medidas de reacción frente a las ilegalidades urbanísticas...”

Esta facultad, que supone el inicio de aquellas actuaciones llevadas a cabo por la Administración de oficio, supone la verificación que las actuaciones edificatorias y no edificatorias se desarrollan conforme a los parámetros urbanísticos. Desde luego, esta potestad de la Administración cobra mayor importancia en los tiempos actuales, donde se pretende “confiar” más en la actuación del administrado, y en su caso, eliminar más trámites burocráticos, con lo cual se produce una simplificación del procedimiento administrativo (esta cuestión viene desde la aplicación de la Directiva 123/2006/CE, conocida como Directiva Bolkenstein. Dio lugar a la aprobación de las Leyes 17/2009 y 25/2009.)

(Artículo 71 bis introducido por el número tres del artículo 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)

De esta forma, la introducción de las figuras de la “comunicación previa” y “declaración responsable”, mediante las cuales se manifiesta por parte del interesado que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio, supone que se debe verificar con posterioridad tal supuesto.

En el ámbito urbanístico balear, según el artículo 148 de la LUIB, quedarán sujetos a comunicación previa “*las obras de técnica sencilla y entidad constructiva escasa u obras de edificación que no necesiten proyecto*”. Por tanto, vemos como la figura inspectora debe ser reforzada, a tenor de la evolución del control que se ejerce en las administraciones que pasa de ser “ex ante” a “ex post”.

¿Qué entidades ejercen la función inspectora?

Los Ayuntamientos y los Consejos insulares (hay que señalar una peculiaridad en el ordenamiento jurídico Balear donde las competencias en materia urbanística corresponden esencialmente a los Consejos insulares, en virtud de la Ley 9/1990 de 20 de junio atribución de competencias en materia de urbanismo y habitabilidad. **Artículo 1.** En atención a lo que establecen los artículos 39.8 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares y el artículo 12.3 de la Ley 5/1989, de 13 de abril, de Consejos Insulares, por la presente Ley se atribuyen a los Consejos Insulares de Mallorca, Menorca y de Eivissa y Formentera y con carácter de propias, todas las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en relación con la legislación de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y por disposiciones reglamentarias y concordantes, en sus respectivos territorios).

Aparte de las administraciones de base territorial, también la Ley prevé (ya lo hacían sus predecesoras, la LDU y la LOUS) crear entidades urbanísticas especiales dependientes de las administraciones anteriores, que podrán asumir competencias en

materia de intervención en la edificación y el uso del suelo, disciplina urbanística y otros fines análogos.

En este último supuesto cabe señalar, que entre la variedad de alegaciones realizadas por los denunciados, se encuentra una que fue muy frecuente hace algunos años, al albur de la creación de una serie de entidades de base institucional, como es el “Consorti del territorio menorquín o la Agencia de Disciplina urbanística en Mallorca.”

Vemos por ejemplo en la sentencia 475/2013 del TSJ BAL, se desestimó el recurso presentado por el interesado, donde alegaba que se hacía referencia en una parte del expediente a “*Agència de Disciplina Urbanística*”, que luego desaparece en fases sucesivas del expediente al convertirse “por arte de magia” en la “*Agència de Protecció de la Legalitat Urbanística i Territorial de Mallorca...*”

Posteriormente por el interesado se indica que el organismo autónomo no había sido creado definitivamente (cuestión fácilmente comprobable), como así se señala por la Sala:

“El posterior acuerdo plenario del Consell Insular de Mallorca de fecha 10 de noviembre de 2008, aprobó definitivamente los estatutos y con ello lo establecido en el art. 6. 1º de los mismos conforme a la cual la Agencia quedará constituida con la publicación definitiva de los estatutos en el BOIB, lo que tuvo lugar el 13 de noviembre de 2008. Por cierto, publicación que ya se mencionaba en el acuerdo de iniciación que el recurrente tachaba de nulo de pleno derecho por no precisar correctamente a la Agencia actuante.”

Por parte de la Sala se indica que es una cuestión meramente formal y “de marca”.

Para finalizar, la Sala reprende al denunciante la debilidad de los argumentos expuestos, cuando no, espurios, como así se desprende de la sentencia:

“La temeridad del argumento invocado por quien ni siquiera defiende la legalidad de las obras evidencia que el mismo sólo está encaminado a retrasar, por la vía judicial, las medidas de demolición acordadas. Actuación tratada de modo benevolente en primera instancia al no imponerle las costas procesales”

Vemos, por tanto, que la creatividad (o la falta de ella) impera en muchas de las argumentaciones impuestas por los abogados más avezados, la cual, en algunos casos, es objeto de reprimenda judicial.

En mi opinión, la descentralización territorial o institucional, que actualmente se prevé en la LUIB (artículo 162 y siguientes) y anteriormente se recogía en la LOUS o la LDU supone desde luego un avance en la lucha para la protección del Medio Ambiente.

Desde luego, la LUIB ha ido un paso más, al atribuir a los Consells insulares la competencia para la protección directa del suelo rústico común:

“Todas las competencias que se mencionan en los siguientes apartados de este artículo se considerarán aplicables únicamente en suelo rústico y podrán ser ejercidas

tanto por los consejos insulares de forma directa como por las entidades previstas en el artículo 15.5 de la presente ley.

3. Los consejos insulares ostentarán todas las competencias en materia de disciplina urbanística en el suelo rústico protegido de los apartados a) (AANP), b) (ANEI), c) (ARIP) y e).1 (APT costera) del artículo 19.1 de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias.

En el resto de categorías se llevará a cabo la tradicional subrogación que ya preveían las predecesoras a la LUIB.

Desde el punto de vista de la efectividad de la materia disciplinaria, considero mucho más oportuno esta descentralización, por lo expuesto en argumentos anteriores, en tanto los Ayuntamientos son ciertamente reacios a emprender medidas sancionadoras a sus propios vecinos. Es abundante la jurisprudencia de los tribunales Baleares, alertando de esta falta de actividad por parte de las diversas corporaciones, lo cual no ha sido óbice para seguir con esta práctica, cuanto menos irregular.

Coincidimos con la postura mantenida por SALOM PARETS en el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Agencias de protección de la legalidad urbanística o Consorcio para la protección de la legalidad urbanística de Menorca, cuando señala *“Cabe manifestar que esta última función debe ser potenciada con el fin de conseguir que haya más municipios que se adhieran a la Agencia, pues es un buen instrumento para cumplir fielmente con la Ley y evitar que las relaciones de proximidad entre el municipio y los vecinos dificulten el ejercicio de la competencia sancionadora.”*

Interesante sentencia se debate en este punto con la 223/2011 del TSJ de BALEARES, en tanto se establece una curiosa definición de “inactividad material de la Administración”:

“Por inactividad material de la Administración hay que entender la omisión de actuaciones materiales, físicas o intelectuales de alcance externo que constituyen la prestación de un servicio o realizan una función para la satisfacción de los intereses públicos. Por lo tanto y centrándonos en el supuesto de autos la revisión jurisdiccional de esa actuación ha de valorar la actuación en su conjunto atendiendo a las incidencias que en el se han dado, y en torno a si la actuación administrativa ha cumplido con la finalidad que a ella le es exigible en la competencia que ostenta de perseguir y reprimir conductas infractoras de la legalidad urbanística. No basta enumerar actuaciones practicadas por la administración como enervantes de la inactividad municipal, sino que hay que valorar si en su conjunto, la administración ha cumplido con el deber que tiene frente al recurrente ante las denuncias presentadas. Y la Sala concluye que no ha cumplido con eficacia su cometido, y que existe inactividad administrativa... Así las cosas, examinado el expediente, se detecta que aun cuando no ha habido absoluta inactividad pues al final existe un informe técnico que indica que elementos constructivos inciden en posible contravención urbanística, sin embargo la

administración no ha demostrado que se hayan adoptado las medidas derivadas de esa información y en ningún caso su actuación ha sido rápida y diligente.”

Será paradigmática otra sentencia de la Sala donde se hace patente esta inactividad municipal, alegando la corporación la falta de medios.

“El Ayuntamiento de Consell, a pesar de tener perfecto y constatado conocimiento de la ejecución de obras sin licencia por el denunciado desde finales del año 2007, con constantes denuncias formuladas por la vecina demandante en este pleito y disponiendo tanto de informes técnicos sobre la ilegalidad de las obras, como de informes policiales sobre el estado de ejecución de las mismas y la negativa del propietario a obtener la licencia (expedidos en enero 2008 y enero de 2012), a pesar de dictar orden de demolición en marzo de 2013, concediendo un plazo de 2 meses, a pesar de que transcurriese el mismo sin que el promotor cumpliera, el cual nunca presentó alegación alguna al respecto, y a pesar de que el Consistorio fue requerido en marzo de 2014 para que ejecutase subsidiariamente la demolición, cuya orden era firme, su respuesta fue el silencio... Por ello, resulta constatada la inactividad municipal, sin que pueda eximirse de su deber de ejecutar los actos firmes o a través de la circunstancia del incumplimiento del infractor requerido o mediante la supuesta carencia de medios materiales y técnicos de la entidad local.”

Por tanto, así en este caso como en muchos otros, ha sido preocupante la dejadez de la Administración local para la protección del Medio Ambiente, siendo una mera quimera la defensa de éste. Es por ello, que conseguir que otros entes territoriales o pertenecientes a la denominada “Administración institucional”, ejerzan competencias en materia de disciplina urbanística, es desde luego un “logro” para esa pretendida protección medioambiental.

No obstante, no solo la Administración municipal puede incurrir en inactividad, así también el Consell insular puede incurrir en INACTIVIDAD, tal y como señala SALOM PARETS (pág. 922 y ss.) al aludir a un supuesto en que el Consell de Mallorca no asumió la subrogación de competencias, haciendo alusión asimismo a una “sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears (Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 2ª), de 2 de diciembre de 2005, núm. 721/2005). “1. La no remisión del expediente por parte del Ayuntamiento al Consell Insular, no es motivo suficiente para impedir la subrogación “(...) ya que de admitirse esa interpretación bastaría con que el Ayuntamiento connivente con el infractor no remita el expediente para así bloquear la posible subrogación del CIM, haciendo ineficaz el art.71 de la LDU. Dicho precepto en momento alguno condiciona la posible subrogación a la remisión del expediente. Impone a la autoridad local la obligación de remitirlo con informe, pero no indica que la consecuencia de la falta de remisión sea la imposibilidad de subrogación.”

Se aprecia en este artículo una cuestión cuanto menos delicada, y es la posible connivencia entre Ayuntamiento e infractor, lo cual parecería desplazar la cuestión administrativa, para entrar dentro del ámbito puramente penal. Como ya venimos repitiendo en líneas anteriores, es precisamente el caudal de votos que se necesitan cada

cuatro años, lo que propicia que exista una especie de “pacto de no agresión” entre infractor, que debe votar cada cuatro años, y político responsable que se cumpla la infracción urbanística, que debe ser votado precisamente por ese supuesto infractor. Cuando ese “pacto” se determine y se dé, es ocasión para la actuación del derecho penal.

De esta manera en palabras de REBOLLO PUIG, se critica “*de acierto dudoso*” el que se atribuya a los alcaldes, no sólo la competencia propiamente sancionadora que es la de resolver el procedimiento, sino la de iniciarlo lo que “según creo, no reporta ninguna ventaja ni garantía adicional y sí algunos inconvenientes”.

BAÑO LEÓN también se refiere a la cuestión (Derecho Urbanístico Común cit.pág. 540.) cuando afirma “*Lo que no tiene sentido alguno es limitar temporalmente las posibilidades de restablecimiento de la legalidad y al mismo tiempo penalizar las conductas. Obsérvese, por lo demás, que la recuperación por la policía urbanística de la potestad de restablecimiento de la legalidad anulada, permitía corregir penalmente aquellas conductas de los Alcaldes o de las autoridades administrativas competentes que reiteradamente se negaran a aplicar la orden de derribo correspondiente*”

¿Cuál es personal encargado de llevar a cabo la función inspectora?

Debido a la naturaleza de las funciones que debe ejercer el personal encargado de la inspección urbanística, es pacífica la doctrina en tanto debe ser un funcionario. Recordemos que en la clasificación del personal al servicio de las entidades locales, éste puede dividirse en personal funcionario, laboral, eventual o directivo. Descartados los 3 últimos, ya sea por estar vinculados a determinadas profesiones u oficios, ser personal de confianza, o desarrollar funciones que requieren funciones de coordinación, el debate finaliza considerando que debido a las funciones que realiza, las cuales implican ejercicio de autoridad (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado público, artículo 9.2, *En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.*)

Nótese que el artículo 9.2 del TEBEP habla de “funcionarios públicos”, lo cual entra en contradicción con el artículo 14.3 de la Ley de Función Pública de Baleares, el cual se refiere a “funcionarios de carrera” (*Quedan reservados al personal funcionario de carrera los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económico- financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, así como los que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la*

salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma”).) con una definición incluso mucho más restrictiva y acotada, lo cual parecería impedir prácticamente el desarrollo de cualquier función por personal interino.

En los mismos términos se expresa también el artículo 92 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 27/2013 de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: *“Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*.

Sin embargo, este deseo del legislador se ve “condicionado” por el propio articulado del Estatuto Básico del empleado público, en tanto el artículo 8 del citado texto indica en sus términos bastantes:

“Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera... A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.”

Esto es, ya la propia Ley habilita, como no podría ser de otra manera, la posibilidad de que los interinos puedan llevar a cabo funciones que corresponden a los funcionarios de carrera, lo cual es congruente con el funcionamiento propio de una Administración cualquiera, en tanto no se puede producir la paralización sea por vacaciones, bajas, excedencias o cualquier otra situación administrativa en la que pueda encontrarse el personal funcionario de carrera. De otra manera, sería irrealizable cualquier actuación en la Administración, en tanto porcentajes elevadísimos de la plantilla de cualquier Administración están ocupados por personal interino, en tanto, las diversas Administraciones no han cumplido (sea por dolo en otros tiempos o por imposición de las diversas Leyes presupuestarias) con su obligación de ofertar las plazas ocupadas interinamente. Sin embargo, esta imposibilidad recogida en las Leyes de Presupuestos del Estado, se ha ido abriendo, como ha así ha sido testigo la propia Ley 3/2017 de Presupuestos del Estado para 2017, cuyo artículo 19 indica:

“La tasa de cobertura temporal en cada ámbito deberá situarse al final del período por debajo del 8 por ciento.”

A mayor abundamiento, hay que señalar que el régimen de funcionarios de carrera e interinos, se ha ido equiparando no solo en cuanto a obligaciones sino en lo que respecta a derechos (de esta forma tanto trienios, como derecho a la carrera profesional, así como multitud de derechos y permisos son disfrutados de igual manera por ambos tipos de funcionarios, como no podía ser de otra forma)

La propia jurisprudencia Balear, en lo que respecta a la posibilidad que las funciones de inspector de obras sean ejercidas por personal funcionario interino, ha sido consecuente con el régimen legal anteriormente expuesto. De ello se hace eco la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 84/2011 de 11 de febrero:

“OCTAVO. En segundo término, la parte demandante alega que el funcionario que levantó acta de inspección es interino, por lo que carece de la condición de "autoridad", sólo atribuible a los funcionarios de carrera (artículo 7.2 de la Ley autonómica 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública Balear, aplicable en el supuesto examinado, después derogada por la Ley Balear 3/2007, de 27 de marzo), lo que ha de provocar que el acta carezca de la presunción de veracidad atribuible únicamente a los funcionarios de carrera. En este punto debe discreparse de la interpretación ofrecida de los recurrentes, como esta Sala ya ha tenido la oportunidad de determinar, entre otras, en la Sentencia 630/2002, de 15 de julio, ya que la indicación de la Ley autonómica 2/1989, de 22 de febrero, no viene referida al valor probatorio de las actuaciones del funcionario en cuestión. La norma debe interpretarse en el sentido de que tales puestos no son propios de personal eventual o laboral, pero sí por interinos en caso de vacante, ya que de otro modo no se entiende cuándo y cómo los funcionarios interinos podrían ocupar plazas vacantes de funcionarios de carrera. Por ello, al artículo 7.2 de la referida Ley le sigue el art. 7.3º conforme al cual "como norma, los puestos de trabajo dotados presupuestariamente se han de ocupar por funcionarios de carrera, sin perjuicio de los supuestos a que se refieren los artículos siguientes", siendo el siguiente el artículo 8 que precisamente pro viene la ocupación de un puesto de trabajo de funcionario de carrera que se encuentre vacante. Por el contrario, el art. 9.1º ya precisa que el personal eventual no puede ocupar puesto de trabajo reservado a funcionarios de carrera (como lo es el caso de puesto que implique ejercicio de autoridad). Lo mismo con el personal laboral (artículo 11). En conclusión, desde el momento en que el funcionario interino ejerce las mismas funciones de los funcionarios de carrera, adquieren por ello las potestades que el art. 137.3º de la Ley 30/92 establece para los funcionarios a quienes se les reconoce la condición de autoridad.”

Acotada la posibilidad de que el personal inspector pueda tener la condición de funcionario interino, analicemos las novedades que la LUIB introduce respecto a su figura en relación a su predecesora LOUS.

El artículo 162 de la LUIB es, como dijimos, el que regula la función inspectora. Desde luego se ha producido un avance en su regulación normativa, en tanto está más desarrollada dicha función que en el 149 de la LOUS. Se divide este artículo en 3 cuestiones fundamentales, las cuales serán desarrolladas a continuación en sus aspectos más relevantes:

- 1.- Naturaleza y funciones de la función inspectora
- 2.- Práctica de la inspección urbanística.

3.- Obligaciones de la inspección.

Señala el 162: *“En el ejercicio de las funciones, el personal inspector gozará de plena autonomía y tendrá, **con carácter general**, la condición de agente de la autoridad. Estará facultado para requerir y para examinar cualquier tipo de documentos relativos al instrumento de planeamiento y a su ejecución, para comprobar la adecuación de los actos en relación con la legislación y con la ordenación urbanística aplicables y para obtener la información necesaria para cumplir su cometido.”*

Redacción en este punto idéntica, y que sigue proclamando la condición de agente de la autoridad, con un pequeño o importante matiz, según se mire, puesto que indica que dicha condición la tendrá “con carácter general”. No entendemos a qué puede referirse cuando se refiere a esa generalidad. Entendemos, obviamente, que la condición de autoridad no la tendrá el funcionario en su vida cotidiana, fuera de su jornada de trabajo, pero dentro de ella, dicha condición debe ser plena, garantizándose la presunción de veracidad de sus afirmaciones en todo momento, así como la protección de su propia figura, en tanto debe ejercer funciones, las cuales son ciertamente delicadas, al proponer para su tramitación, infracciones de varios miles de euros, o la imposición de penas de prisión, como veremos más adelante. Así el art 24 del Código Penal señala que a efectos penales se reputará Autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia, es decir, la autoridad a los efectos penales goza de la prerrogativa de mando (potestad de reclamar obediencia) o de jurisdicción (potestad de resolver). También el citado art 24 en su punto 2 señala que *“se considerará funcionario público el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”*. Los efectos penales de estos conceptos vienen recogidos en el Título XXII, Cap. II referido a los Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos. Sin embargo y a pesar de no estar definido expresamente en el citado art 24 el concepto de Agente de la Autoridad, si se incluye expresamente como sujeto de los atentados regulados en el citado Cap. II del Título XXII en los arts. 550 a 556. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 143/1985, de 24 de Octubre (RTC 1985/143) señala en su fundamento jurídico 5º que la atribución a los empleados públicos de la condición de Autoridad, Agente de la Autoridad o incluso, funcionario, impuesta por normas extrapenales sin rango de ley orgánica es orientadora pero no vinculante para los Tribunales penales.

En lo concerniente a la autonomía del personal inspector, según BLASCO ESTEVE (778 y ss.) *“parece referirse a autonomía de los inspectores respecto del personal político que pueda existir al frente de los órganos administrativos (por ejemplo, el alcalde o los concejales) e, incluso, respecto de sus propios superiores jerárquicos. Este es un tema que no sólo se plantea con personal inspector sino con todos los empleados públicos en general, pero que tiene especial importancia en el caso de los que ejercitan la potestad inspectora, dada la presunción de veracidad de sus actas. En cuanto a los dirigentes políticos, resulta claro que no pueden impartir órdenes o instrucciones que menoscaben o condicionen la imparcialidad del personal*

inspector en el ejercicio de sus funciones y ello sin perjuicio de sus facultades de dirección política del órgano que establecen. Estas facultades le permitirán fijar los planes y programas de inspección, pero en ningún caso determinar contenido de una concreta actuación de inspección.”

Se introduce una novedad en el artículo 162, la cual no venía recogida por sus predecesoras, indicando: *“Cuando se tengan que efectuar inspecciones que impliquen entrar en domicilios y en otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de la persona titular, si este no consta de forma expresa, se obtendrá previamente la autorización del juzgado contencioso administrativo correspondiente. No tendrán la consideración de domicilio los locales, los almacenes, las edificaciones y las construcciones no destinadas a morada humana, ni las viviendas inacabadas, cuando resulte acreditado en el expediente que no se encuentran ocupadas de forma efectiva y permanente. El consentimiento se podrá pedir mediante un requerimiento dirigido a la persona que conste como titular, que, si no se contesta dentro del plazo conferido por la administración actuante, se entenderá denegado tácitamente.”*

Este artículo es fruto de la problemática existente cuando se realizan inspecciones en general, y en particular, en lo que respecta al ámbito urbanístico. Por razones obvias, cuando algún particular ha realizado cualquier tipo de actuación urbanística no ajustada al ordenamiento jurídico, lo lógico es que el personal de inspección se encuentre con las mayores trabas. Este artículo desarrolla por tanto, lo ya dispuesto en el artículo 96 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común:

“Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.”

No es tan extraño, como hemos señalado “ut supra” que el consentimiento del afectado no se preste, con lo cual el proceso se demora hasta la autorización judicial. Así, el artículo 162, lo que hace es recoger toda la doctrina constitucional y de los altos Tribunales, al objeto de acotar lo que se entiende por domicilio.

En cuanto al concepto de “domicilio”, la Constitución española de 1978 proclama en el art 18.2: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*.

El Tribunal constitucional interpreta este artículo, entre otras, en las siguientes sentencias: La STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984\22) que señala al respecto que *“El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en si mismo considerado, sino lo que en el hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.”* y en la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985\137) que señala

que “...el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas” Un paso más en la concreción del concepto constitucional de domicilio se recoge en la STC 69/1999, de 26 de Abril (RTC 1999\69) que reconoce como garantía para las personas jurídicas, que “solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados del conocimiento de terceros”. Asimismo, cabe recordar los rasgos identificativos del domicilio inviolable, conforme a la construcción jurisprudencial del concepto, debiendo reunir las siguientes notas:

1) debe ser un espacio físico delimitado: no en el sentido de cerrado, como se ha entendido en algún caso, sino en el de acotado, de modo que no cabe reputar domicilio, por ejemplo, un almacén o un cobertizo

2) ocupado de forma ocasional o estable: se engloba así tanto la vivienda fija o habitual como la ocupada de manera accidental o transitoria; es decir, tanto segundas residencias, como habitaciones de hotel, pensiones, etc. STC 17/01/2002 (RTC 2002\10), 27/11/2000 (RTC 2000\283) y 16/12/1997 (RTC 1997\228) y SSTS 26/09/2005 (RJ 2005/6859), STS 7/10/2009 (RJ 2009\5990) 11 SSTS 14/06/95 (RJ 1995\4567) y 23/03/1994 (RJ 1994\2574). 12 STC 2/11/2004 (RTC 2004\189) y 17/01/2002 (RTC 2002\10), SSTS 25/05/2010 RJ 2010/6144, 18/10/2006 (RJ 2006\7422) y 18/11/2005 (RJ 2005\10063) o incluso STEDH de 24/11/1986, Caso Gillow (TEDH 1986\15

3)destinado a vivienda o al ejercicio de una actividad empresarial o profesional: la consideración como domicilio de un lugar debe poder apreciarse de forma objetiva sin que pueda depender de apreciaciones subjetivas pues lo contrario supondría desvirtuar un derecho fundamental recogido en la Constitución que por lo mismo está redactado pensando en realidades generales

4) compatible con la idea de privacidad: en este sentido una reiterada jurisprudencia ha negado la condición de domicilio, a los efectos que nos ocupan, por ejemplo a los almacenes, o a las naves industriales o ganaderas, así como también , en general, a los restantes edificios o lugares de acceso independiente del consentimiento de sus titulares a los que aluden los artículos 91.2 LOPJ y 8.6 LJCA y respecto de los cuales no puede extenderse la obligación de obtener la preceptiva autorización judicial. Al margen de la definición jurisprudencial del contenido del derecho fundamental definido en el art 18.2 de la CE, la Ley 6/1985, Orgánica del Poder Judicial, en su redacción originaria del art 87.2 y posteriormente la redacción dada por la reforma de la Ley 6/1998 de 13 de julio a la citada Ley Orgánica del Poder Judicial suprimiendo el art 87.2 y añadiendo el art 91.2 señala lo siguiente: “2. Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante Auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.”

La propia jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, recoge la doctrina en cuanto a los requisitos para poder obtener la autorización judicial (sentencia 323/2013, de 10 de abril):

“El conocimiento para evaluar la necesidad de autorizar esa entrada se circunscribe a examinar los siguientes puntos: 1º.- cumplimiento de la Administración de los postulados necesarios para la legalidad del acto cuya ejecución pretende, o sea, que ha sido dictado por órgano competente. 2º.- que haya sido correctamente notificado a la parte. 3º.- que no haya sido cumplido el requerimiento a la prestación que se demanda; 4º que la medida de entrada en el domicilio sea estrictamente necesaria para la ejecución del acto, de forma que exista proporcionalidad en ella y que la ejecución no sea posible de otra forma; y 5º y último que la parte afectada no haya hecho uso de impugnación jurisdiccional del acto administrativo del que trae causa la ejecución que se pretende, porque en ese caso el competente para el conocimiento sustantivo de la medida sería el órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto.”

Continúa el artículo 162 LUIB indicando: *“El consentimiento se podrá pedir mediante un requerimiento dirigido a la persona que conste como titular, que, si no se contesta dentro del plazo conferido por la administración actuante, se entenderá denegado tácitamente.”*

Por las razones anteriormente expuestas, ya que se trata de un derecho objeto de amparo constitucional (artículos 14-29 y 30.2 de la CE), el silencio administrativo será negativo, lo cual entendemos razonable, por la propia naturaleza del derecho.

“d) Excepto en los casos del apartado anterior, la administración actuante podrá requerir la comparecencia de la persona propietaria en el lugar de las obras para que facilite el acceso para efectuar la inspección. A estos efectos, la administración se pondrá en contacto con la propiedad, por cualquier medio admitido en derecho, para que comunique la fecha y la hora para la visita del personal inspector, que será dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de recepción del requerimiento. La falta de respuesta dentro del plazo indicado de 15 días o la negativa sin causa justificada se considerará obstaculización de la potestad inspectora, con las consecuencias sancionadoras previstas en esta ley, y así se advertirá a la persona propietaria en el requerimiento que se le haga.”

Se trata ciertamente de una buena medida en tanto se establece todo un procedimiento propio para realizar la función inspectora, cuestión que no aparecía recogida en la LOUS. De cualquier modo, entiendo que este desarrollo podría haberse pospuesto para el posterior desarrollo de la Ley, siendo los conceptos principales establecidos en la LUIB.

El apartado 3 del tan recurrido artículo 162 LUIB supone una novedad, que no venía expresamente recogida en la LOUS, como es la existencia de un catálogo de “obligaciones” de los administrados que realicen cualquier actuación urbanística:

3. Obligaciones ante la inspección urbanística:

“a) Tanto las administraciones públicas como los particulares estarán obligados a colaborar con los inspectores urbanísticos y a facilitarles el acceso a las edificaciones, construcciones o instalaciones, el examen de toda la documentación relacionada con el cumplimiento de la legalidad urbanística, así como la obtención de copias o reproducciones de esta.”

Esta obligación se extiende tanto a los particulares como a las Administraciones Públicas, lo cual es consecuente con la obligación que tienen las Administraciones de sujetarse a los mismos, o parecidos trámites que los particulares, como así lo dispone el artículo 149 de la LUIB:

“(Los actos especificados en los artículos 146 y 148 de la presente ley que sean promovidos por órganos de las administraciones públicas o de sus entidades instrumentales de derecho público estarán igualmente sujetos a licencia o comunicación previa, con las excepciones previstas expresamente por la legislación sectorial.)”

No solo ese artículo recoge la obligación de colaboración entre Administraciones, sino que la propia Ley 30/1992, ya recogía la obligación de “lealtad institucional” entre Administraciones, a cuyo fin las Administraciones deben procurar colaborar entre ellas, facilitándose, entre otras cuestiones, la información que precisen para su actuación.

“b) Cuando se trate de personal al servicio de las administraciones públicas, la negativa no fundamentada a facilitar la información que el personal inspector solicite, especialmente la relativa al contenido y a los antecedentes de los actos administrativos pertinentes, constituirá obstaculización del ejercicio de la potestad de inspección y tendrá la consideración de infracción administrativa, sin perjuicio de las medidas disciplinarias procedentes.”

Desde luego esta redacción es más voluntariosa que acertada, en tanto parece más una medida efectista, que no va a tener recorrido “a priori”. Desde luego, no desde el punto de vista de una infracción urbanística, como de una medida disciplinaria de un funcionario sujeto al régimen estatutario, en tanto no se define qué tipo de infracción disciplinaria es. Parece en cierta medida “un brindis al sol”, más que una situación efectiva.

“c) La administración actuante podrá requerir la comparecencia de las personas presuntamente responsables de una infracción en sus oficinas y citarlas con una antelación mínima de 10 días hábiles, a los efectos de facilitar la práctica de la potestad inspectora, aportar documentos o la información que proceda. En la citación se hará constar expresamente el lugar, la fecha, la hora y el objeto de la comparecencia, y se indicará a la persona destinataria que la incomparecencia sin causa justificada tendrá la consideración de obstaculización de la potestad inspectora, con las consecuencias sancionadoras previstas en la presente ley.”

No se comprende bien dicho apartado, en tanto la potestad inspectora “per se” es una función que debe ejercerse “in situ”. No se entiende bien dicha comparecencia, máxime cuando puede enviarse dicha información por correo (incluso electrónico, tras la aprobación de las Leyes 39/2015 y 40/2015 de Procedimiento Administrativo y Régimen jurídico respectivamente). Esta redacción parece que se trataría más de un procedimiento sancionador propiamente dicho, que de un acto previo como es la inspección urbanística. Desde luego, me parece realmente atrevido indicar que la incomparecencia de un particular en las oficinas municipales o supramunicipales pueda suponer una cierta obstaculización a la potestad inspectora. En mi opinión, con este apartado el legislador se “excede” y otorga al particular unas obligaciones realmente exigentes.

ACTAS.

En lo que respecta a las actas de inspección la jurisprudencia ha tenido ocasión de expresarse a través de sus sentencias (CRUCES ZARZUELA, Revista CEMCI Julio-septiembre 2012) “en el sentido que las actas gozan de presunción de veracidad circunscrita a la vía administrativa, a los hechos contenidos en las mismas, y dentro del procedimiento, con las formalidades y garantías que deben acompañar a la labor inspectora.”

LAS ACTAS son documentos públicos (1216 CC) que con carácter general tienen fuerza probatoria que les confiere el 319.2 LEC. Esta cuestión venía reforzada con el artículo 137.3 LRJPAC.

STS de 25 de noviembre de 1.997(EDJ 1997/10173) (en otras muchas de idéntica doctrina) ha establecido la siguiente doctrina:

“A) Que la presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección que se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (Sentencias, entre otras, de 18 de enero y 18 de marzo de 1991).

B) Que la presunción de certeza es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), ya que el citado artículo 38 se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba de contrario.

C) Que reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, limitando la presunción de certeza a sólo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 de junio de 1.991).

D) Que en cualquier caso, esta presunción de certeza desplaza, como se acaba de señalar, la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar

con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección (sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1.991). La sentencia de 30 de noviembre de 1.998 ha sentado que la expresada presunción juega respecto a los hechos consignados en el acta, no respecto a los juicios de valor que pueda expresar el inspector”.

El TS requiere “pruebas indubitadas, incontestables y fehacientes” para doblegar la presunción de veracidad de las actas de la inspección administrativa.

En ese sentido, se ha pronunciado, entre otras, TSJ Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, S de 25 Feb. 2010: “... ese acta de inspección goza de presunción de veracidad en cuanto a los hechos contenidos en la misma (artículo 180.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía); presunción iuris tantum que puede ser desvirtuada por la parte actora mediante la aportación de prueba que debe ser indubitada, incontestable y fehaciente (STS 25-10-88 y 25-4-97), lo que en este caso no ha sucedido. Esa presunción de legalidad y acierto de que gozan los informes de los técnicos de la Administración viene dada por su fuerza de convicción en razón a las garantías que ofrecen los conocimientos técnicos de los mismos, y la imparcialidad y objetividad que deriva de su nombramiento y de su específica función (SSTS de 7 de abril, 11 de mayo y 6 de junio de 1990 y de 30 de noviembre de 1992, entre otras).

La STC 76/1990, de 26 de abril, (RTC 1990\76) ha declarado que el derecho a la presunción de inocencia es inesquivable en el procedimiento administrativo. Asimismo, señala que respecto a las actas no se establece una presunción iuris et de iure de veracidad o de certeza ya que expresamente admite la acreditación en contrario. El valor y la eficacia de las actas como medio de prueba han de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. El ATC 7/1989 (RTC 1989\7 AUTO) señala que las actas de inspección no se les otorga una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, sino que pueden ceder frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, pues nada impide que frente a las actas puedan utilizarse los medios de defensa oportunos.

Así mismo, en relación a las actas y la obligación que estén firmadas por propietarios, contratistas, técnicos directores de obra...entre las excusas utilizadas se han empleado las más diversas, como que falte la firma de alguno de estos. No obstante, la jurisprudencia (sentencia 104/2011 de 23 de febrero) señala que estos defectos procedimentales no suponen la invalidez de las actas emitidas por los celadores urbanísticos, en tanto se presupone la validez de sus afirmaciones, la cual admite prueba “iuris tantum”. Veamos:

“Se invocan deficiencias en el informe del celador municipal que sirve de base a las resoluciones impugnadas.

En primer lugar, se denuncia que se omitió la previsión contenida en el art. 22. 2ª de la Ley de Disciplina Urbanística que exige que las actas estén firmadas por el propietario, contratista, técnicos directores de obras o su representante legal y que si

éstos se encontraran ausentes, por quienes se encuentren al frente de las obras o por cualquier dependiente.

El recurrente argumenta que el acta de 04.11.2004 no está firmada por ningún representante de la obra ni se hace constar la razón de dicha omisión

En este punto coincidimos con la sentencia apelada en el sentido de que dicha omisión no es vicio invalidante por no causar indefensión. De lo descrito en dicho informe se desprende que no había ningún propietario, representante o dependiente de modo que la irregularidad radica en no hacerlo constar.

Pero es que, además, la parte recurrente no invoca la relevancia de la ausencia de su firma. Siendo el acta del celador un elemento de prueba más a considerar de entre los que constan en el expediente (fotografías, denuncias, informes de las licencias interesadas); la existencia de una firma no cambiaría las cosas de lugar”.

4.-RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES.

Las infracciones y sanciones se encuentran actualmente en la LUIB en el artículo 163, siendo parecida la tipificación de las mismas, con algunas novedades, como por ejemplo en las infracciones leves, apareciendo como tales “*Incumplir el deber de información y publicidad establecido en el artículo 157 de la presente ley.*”, esto es, exhibir en el lugar de la obra de un cartel informativo del título habilitante de la actuación, la identificación de la persona promotora y cualquier otro dato que se fije de forma reglamentaria o en el plan general. Todo ello parece ir en sintonía con el contexto administrativo actual, donde existe un objetivo de transparencia de toda la actividad administrativa, o en la que pueda intervenir la Administración.

Como principal novedad en el ámbito de las infracciones graves, se encuentra “*Continuar con la prestación, distribución, comercialización o suministro provisional de los servicios por parte de las correspondientes empresas cuando se haya adoptado la medida de suspensión cautelar de estos servicios, así como contratar de manera definitiva los servicios con infracción de lo dispuesto en el artículo 158 de la presente ley.*” Se penaliza duramente, calificando como infracción grave tal hecho, cuando estas medidas podrían ir dirigidas a esas propias empresas, que son las que deberían exigir título habilitante para poder obtener el suministro de servicios.

En lo que respecta a la tipificación de las infracciones muy graves, la LUIB reconoce las mismas que ya venía estableciendo la LOUS, con lo cual en nada ha evolucionado tal aspecto.

No obstante lo anterior, este artículo presenta una “novedad” y es la introducción de unas “consecuencias legales” para el supuesto que se produzcan infracciones urbanísticas. Todo ello, vaya por adelantado, no es sino un recordatorio del

régimen general que supone cualquier incumplimiento en materia sancionadora administrativa.

Esta novedad está recogida en el apartado 3, del artículo 163, indicando:

“a) Toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística en esta ley implicará adoptar las siguientes medidas:

Las necesarias para restablecer la legalidad urbanística o la realidad física.

Esta cuestión ya fue analizada por la jurisprudencia, que estableció una separación entre ambos conceptos. Así analicemos la sentencia 239/2015 del TSJ de Baleares de 8 de abril:

“3ª) En la determinación del modo en que estas medidas pueden afectar al importe de la sanción, es obligado efectuar una distinción entre lo que es el restablecimiento del orden jurídico perturbado, de lo que es la reposición de la realidad física alterada. Lo primero se mueve en el ámbito puramente jurídico y al objeto de restaurar la legalidad formal. Para el caso, mediante la presentación y obtención de licencia de legalización. Lo segundo -reposición de la realidad física alterada- se mueve en el plano de la actuación material, y se logra normalmente mediante la demolición de obras que no sean legalizables o de la reconstrucción de lo ilegalmente destruido.

4ª) Tanto la anterior LDU 10/1990 como ahora la LOUS 2/2014, regulan de forma separada la incidencia de la restauración de la legalidad y de la reposición de la realidad física alterada, sobre la cuantía de la multa.”

La primera actuación (restablecimiento) tiene unos mayores beneficios que la reposición, y esto se justifica por la sentencia en los siguientes términos.

“Pero esta disfunción tiene su justificación en que la bonificación lo que pretende es incentivar el cumplimiento voluntario de obligaciones, liberando a la administración de los costosos y farragosos procesos de ejecución subsidiaria. En definitiva, peculiar aplicación de técnicas de fomento al infractor como respuesta a la insufrible realidad: la incapacidad administrativa para lograr que se obedezcan sus órdenes de reposición y, singularmente, las de demolición”

Otra “consecuencia legal” que figura en el 263 es:

“ii. Las que procedan por la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria administrativas o penales.”

Ya explicamos en líneas anteriores que la exigencia de responsabilidad disciplinaria administrativa, no deja de ser un “brindis al sol” en tanto no se detalla en qué consistirá, ni qué tipo de infracción disciplinaria es. Estas cuestiones, o en similares términos, venían recogidas en los artículos 145 y 146 de la Ley 30/1992 LRJC-PAC, artículos cuya funcionalidad brillaba por su ausencia. No sabemos en este punto, si se refiere a la responsabilidad disciplinaria funcional, o responsabilidad disciplinaria urbanística, la cual por otra parte ya vendría establecida como consecuencia legal del

punto 1, anteriormente explicado, con lo cual entendemos se refiere a la segunda cuestión, puesto que “a sensu contrario” sería una redundancia.

Así la sentencia 287/2014, aclara tal carácter “disciplinario”

“Los plazos máximos para dictar y notificar la resolución expresa en los procedimientos sancionadores y disciplinarios (...)” contempla el plazo de caducidad para dos tipos distintos de expedientes, los sancionadores, naturaleza que ciertamente no tiene el expediente de restauración de legalidad, y los disciplinarios, en donde los expedientes de restauración de legalidad urbanística encuentran total y pleno encaje, porque son expedientes tramitados en materia de disciplina urbanística, y buscan y pretenden la adecuación de la realidad a la legalidad urbanística, pudiendo para ello compeler coercitivamente al administrado tras la tramitación de un expediente donde resulte acreditado ese quebrantamiento urbanístico, no debiendo interpretarse el concepto "disciplinario" con carácter referido únicamente al ámbito funcional”

“iii. Las pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de las personas responsables.”

Ídem de lo anterior, no deja de ser una perogrullada, de algo que es “conditio sine quanon” del incumplimiento de cualquier norma administrativa. En este caso, habría que diferenciar si las personas responsables son físicas, en cuyo caso entraría en liza el sistema de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 y siguientes del Código civil.

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Desde el punto de vista de responsabilidad de la Administración, no dejaría de ser la responsabilidad patrimonial, tradicionalmente conocida en el sistema administrativo, de carácter objetivo, como así aparecía recogida en la Ley de Expropiación forzosa de 1954, cuestión que por otra parte se ha ido modulando con la jurisprudencia.

“b) En cualquier caso, cuando no sea posible la legalización, se adoptarán las medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción.”

Este artículo no es sino la reproducción jurisprudencial de lo establecido en la Sala, como en la sentencia de 8 de abril de 2015 anteriormente citada.

“c) Las medidas para restablecer la legalidad urbanística o la realidad física tendrán carácter real y afectarán plenamente también a las terceras personas adquirentes de los inmuebles objeto de estas medidas o que sean titulares de otros derechos reales.”

No está mal que el legislador recuerde que las medidas para restablecer la legalidad urbanística o la realidad física tengan carácter “real” y afecten a las personas adquirentes de los inmuebles. Todo ello, tomando en consideración que al tratarse el bien jurídico protegido en el ámbito urbanístico, “la protección del medio ambiente”,

como así viene reconocido en diversas leyes tanto estatales (RDL 7/2015 y la propia LUIB) no tendría sentido que un posible fallecimiento del causante de la infracción o una transmisión o venta de un bien inmueble, pudieran suponer la “muerte” de la infracción. Todo ello, sin perjuicio que tratándose de una venta, el posible adquirente de “buena fe”, pueda exigir las responsabilidades correspondientes al vendedor, atendido dicho principio reconocido en el artículo 7 del Código Civil.

“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.”

Esta cuestión se establece sin perjuicio de la obligación de inscripción en el registro de la propiedad, de “la incoación de expediente sobre disciplina urbanística o restauración de la legalidad urbanística, o de aquéllos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar, tanto el cumplimiento de las sanciones impuestas, como de las resoluciones para restablecer el orden urbanístico infringido.” tal y como establece el artículo 65 de la Ley del Suelo estatal de 2015, obligación que “Diversos administrativistas (GARCÍA DE ENTERRÍA, PAREJO ALFONSO; GONZÁLEZ PÉREZ, LASO MARTÍNEZ) pusieron de manifiesto, en la década de los 60 y 70, de la necesidad de coordinar Urbanismo y Registro, debiéndose emplear por la Administración los recursos que ofrece nuestro sistema registral.” Como señala OTELO JUNCAL, en la revista de Derecho UNED, Núm. 15 de 2014.

Así, la coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción urbanística es del todo imprescindible para garantizar la protección de terceros adquirentes de buena fe, que pueden ver como después de adquirir una vivienda con el elevadísimo esfuerzo económico que hoy supone, pueden verse privados de manera total o parcial de su vivienda; y ello porque la acción dirigida para restaurar la legalidad ha de entenderse con el propietario o poseedor actual, aun cuando no haya sido el responsable de las obras materializadas sin licencia, por cuanto sólo él tiene la posibilidad de proceder a la restauración del orden urbanístico infringido, tal y como reconoce el presente apartado.

Como prosigue OTELO JUNCAL, *“es constante la jurisprudencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, STS de 12 de mayo de 2006, 26 de septiembre de 2006, 4 de octubre de 2006 o la más reciente de 4 de febrero de 2009, todas ellas establecen que la protección del artículo 34 protege el derecho real que pervive y no puede verse alterado, pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta debe modificarse o incluso desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico, frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero ya que conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes la demolición de lo indebidamente construido no solo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de las pertinentes indemnizaciones. De forma que incluso en los supuestos de transmisión de la finca en la que se han realizado obras contrarias a la legalidad urbanística, será el nuevo propietario el que venga obligado a realizar las actividades necesarias para legalizar dichas obras o en supuesto de que dichas obras sean ilegalizables, o que no se haya procedido a su legalización será el propietario actual de la finca en cuestión el*

obligado a la demolición de dichas obras. Todo lo dicho anteriormente, ha de entenderse sin perjuicio de las acciones civiles que para reclamar el valor de las obras de demolición puedan tener los interesados.”

“**d)** Las medidas previstas en la letra a).i y a).iii no tendrán carácter sancionador y podrán adoptarse en el mismo expediente o en otro complementario, conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la presente ley.”

Ya en la LOUS venían en títulos diferentes el procedimiento sancionador y el de restablecimiento del orden jurídico perturbado, por lo que las pocas dudas que podrían aparecer en la LDU, se solucionaron en el año 2014. Por tanto, recoger esta cuestión, no hace sino reafirmar la posición jurisprudencial pacífica que existe en la Sala, sobre la diferenciación entre el procedimiento sancionador y el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Oigamos a la sentencia de 8 de Abril de 2015:

“1ª) Ante la comisión de una infracción urbanística, debe distinguirse entre lo que son las consecuencias sancionadoras (imposición de multas), de lo que son las medidas de la protección de la legalidad urbanística, comprendiendo éstas últimas, tanto las necesarias para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, como en su caso también la reposición de la realidad física alterada...”

Más esclarecedora aún será la sentencia 287/2014 de 19 de mayo:

“A modo de compendio de todas ellas podemos extraer los siguientes puntos: 1º.- el procedimiento de restauración de legalidad no es un procedimiento sancionador, sino que lo que busca es la adecuación de la restauración de la legalidad. La Sala considera que el plazo de caducidad del expediente de disciplina urbanística encaja de lleno en el párrafo previsto en el apartado 3 a) del artículo 50 de la ley 3/2003 , porque ese apartado cuando indica "Los plazos máximos para dictar y notificar la resolución expresa en los procedimientos sancionadores y disciplinarios (...)" contempla el plazo de caducidad para dos tipos distintos de expedientes, los sancionadores, naturaleza que ciertamente no tiene el expediente de restauración de legalidad, y los disciplinarios, en donde los expedientes de restauración de legalidad urbanística encuentran total y pleno encaje, porque son expedientes tramitados en materia de disciplina urbanística, y buscan y pretenden la adecuación de la realidad a la legalidad urbanística, pudiendo para ello compeler coercitivamente al administrado tras la tramitación de un expediente donde resulte acreditado ese quebrantamiento urbanístico, no debiendo interpretarse el concepto "disciplinario" con carácter referido únicamente al ámbito funcional. 3º.- el expediente sancionador, que es un expediente distinto al propio de restauración de legalidad, puede ser tramitado conjuntamente con éste, o bien de forma separada del anterior. En todo caso, el plazo de caducidad del expediente sancionador es también de un año, a contar desde la fecha de su inicio hasta la notificación de la resolución sancionadora.

5.-PERSONAS RESPONSABLES INFRACCIONES URBANÍSTICAS

Detrás de cualquier infracción urbanística siempre habrá una persona física o una persona jurídica (en su caso representada por una o varias personas físicas).

En términos ya señalados por SALOM PARETS (comentarios a la Ley de Ordenación y suelo de Baleares pág. 915 y ss.) la LUIB opta por un amplio abanico de responsables, al igual que ya lo hacía la LOUS:

“Responsabilidades que va más allá de la del propio autor de la infracción abarcando las conductas de todos aquellos que cooperen o faciliten la comisión de la misma”

Así como ya disponía SALOM PARETS para la LOUS, “A priori, cabe decir que estamos ante una copia literal del artículo 193 de la LOUA.”, la LUIB también parece ser una reproducción clara y precisa de los supuestos previstos en la normativa andaluza urbanística sobre responsabilidad en materia de urbanismo.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE) se entenderá por “responsable”: “Obligado a responder de algo o por alguien.”

La LUIB mantiene el esquema general que ya venía rigiendo con la LOUS, diferenciando dos tipos, como son:

A): “personas propietarias, promotoras, constructoras...personal técnico titulado director de los mismos, y el redactor de los proyectos cuando en estos últimos concurra dolo, culpa o negligencia grave.

B) Las personas titulares o miembros de los órganos administrativos y el personal funcionario público que, por acción u omisión, hayan contribuido directamente a producir la infracción o hayan obstaculizado la inspección.

Con respecto al primer tipo, tratándose en este caso de una infracción cometida al amparo de la LDU, será oportuno referirnos a una Sentencia del TSJ de Baleares (804/2010 de 15 de septiembre) bastante interesante en lo que atañe a la división de culpas entre promotor-propietario de las obras y constructor:

“Pues bien, desde el punto de vista procesal, en el curso del expediente de restauración de la legalidad urbanística no es necesaria e imprescindible la intervención del constructor en el requerimiento de demolición/ retirada de la obra ilegal, por cuanto la orden de retirada -correcta o incorrecta- está dirigida al propietario/ promotor de la obra quien, como titular de la misma, es el facultado para dicha demolición o retirada y no así el constructor que ha finalizado su trabajo y al que únicamente podría ordenársele la suspensión de una obra en curso. El propietario del terreno y de la obra es el que debe acometer la demolición, ya sea con el mismo constructor que la realizó o por medio de otro distinto, lo que demuestra la innecesidad del litisconsorcio pasivo que se pretende. Conforme al art. 30 de la Ley 10/1990, de la ejecución de obras sin licencia (como lo es el caso de la piscina, extremo que no discute la recurrente), la responsabilidad recae no sólo en el constructor, sino

también en el propietario/promotor, condición que ostenta la ahora recurrente. Con independencia de las repercusiones sancionadoras que finalmente se establezcan, la obligación de asumir las medidas de reparación del orden urbanístico vulnerado, sin duda afecta al propietario/promotor de la obra ilegal.”

Por tanto, será el propietario quien deba acometer las obras de restitución del orden jurídico perturbado, y quien debía haber comprobado que disponía de licencia. Independientemente de las relaciones de tipo privado que existan entre promotor y constructor, es claro que el propietario debe responder por su comportamiento negligente, en lo concerniente a la restitución, sin perjuicio de las sanciones que se puedan imponer.

Así lo aclara la misma sentencia en los siguientes términos:

“Con independencia de las consecuencias que de orden interno/privado resulten del incumplimiento del contrato de ejecución de obra por parte del constructor -al no solicitar los permisos ante el Ayuntamiento a que se había comprometido-, lo cierto es que ante el ordenamiento jurídico urbanístico, el propietario/promotor de la obra es responsable de la ejecución de la misma sin licencia por cuanto es en quien recae la responsabilidad de que en su propiedad no se realice ninguna obra sin la preceptiva licencia urbanística. La suscripción de contrato con constructor en el que éste se compromete a recabar licencia, no le exoneraba del deber de comprobar que se había obtenido dicha licencia con carácter previo al inicio de las obras y al no hacerlo así, la infracción urbanística -además de la cometida por el constructor- se convierte en propia. No hay así una responsabilidad única a la que se aplica el régimen litisconsorcial, sino dos responsabilidades concurrentes. La responsabilidad del promotor no desaparece por la presencia de responsabilidad del constructor, sino que se suma a la de éste. El constructor construyó sin la preceptiva licencia y el propietario ordenó/autorizó la ejecución de la obra sin asegurarse de que la por él promovida contase con dicha licencia urbanística”

En lo concerniente a las personas titulares o miembros de los órganos administrativos y el personal funcionario público que, por acción u omisión, hayan contribuido directamente a producir la infracción o hayan obstaculizado la inspección, la LUIB mantiene la misma redacción que su predecesora. Se plantea la duda si la responsabilidad que recoge este artículo es solamente de tipo administrativo o es extensible a otros ámbitos, como el penal.

Redacciones como la recogida en el apartado 2 del artículo 164 pueden llevar a equívocos, o no:

“La persona titular del órgano administrativo unipersonal que haya otorgado las licencias o aprobaciones sin los preceptivos informes o en contra de los emitidos en sentido desfavorable por razón de la infracción”

Otorgar licencias sin los informes, o existiendo, que estos sean desfavorables entra dentro del tipo penal de la prevaricación, establecida en el artículo 404 del Código Penal:

“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”

Sin embargo, no llevaremos ahora el tratamiento penal de las ilegalidades urbanísticas, sino que se abordará (someramente) en otro apartado del presente trabajo.

Centrándonos en la responsabilidad, ahora sí, de tipo administrativo, como dijimos, existe una redacción novedosa en la LUIB.

“Incurrirán en responsabilidad administrativa urbanística las autoridades o los cargos públicos que sean competentes para dotar a la administración de los medios humanos y materiales suficientes para impedir la caducidad masiva y continuada de los procedimientos sancionadores y/o de restablecimiento y la prescripción masiva y continuada de las infracciones urbanísticas, las sanciones impuestas y las órdenes de restablecimiento ya dictadas y firmes, y no adopten las medidas necesarias para dotar a la administración de los medios suficientes después de haber sido advertidos de su insuficiencia por el personal responsable de la instrucción o tramitación de los expedientes.”

Es este un artículo ciertamente indeterminado, en tanto no se precisa que se entiende por “caducidad masiva” y “prescripción masiva” de los procedimientos sancionadores o de restablecimiento del orden jurídico perturbado. Con el término “continuada” parece aclararse la cuestión, en tanto podemos comprender que se refiere al municipio que se desentiende de la tramitación de este tipo de expedientes. No obstante, cabe hacer una reflexión, ¿si un municipio tiene 500 expedientes “vivos” y se tramitan (y finalizan) 50, se incurrirá en responsabilidad?

Otra cuestión que se plantea es la dotación de medios humanos y materiales suficientes. En lo referente al primer aspecto, cabe indicar que puede existir, entre las muchas excusas planteadas por los responsables políticos, que no se puede cumplir el presente artículo, por cuanto debido a la crisis que ha arrastrado este país en los últimos años, no se puede proceder a la contratación de nuevo personal. Desde luego las Leyes de Presupuesto habían ido limitando la incorporación de nuevo personal, sin embargo, a raíz de la aprobación de la LPGE de 2017, se ampliaron los sectores (por ejemplo, el asesoramiento jurídico) que podrían ser objeto de incorporación de nuevo personal.

No obstante, podríamos pensar que la existencia de “asesores jurídicos” es importante, pero no basta para conformar debidamente un expediente de disciplina urbanística. De esta forma, faltarían otras piezas como el auxiliar o administrativo que tramitase el expediente, o fuese designado secretario del mismo, el inspector de obras o celador que verificase si las obras se han realizado conforme a la licencia, o bien inspeccionase las obras de acuerdo al plan de inspección elaborado por el

Ayuntamiento, o bien el arquitecto que valorase la infracción efectivamente cometida al objeto de imponer la sanción urbanística.

Esta posibilidad está prevista en el mismo artículo 19 de la LPGE, señalando:

“No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, así como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.”

Desde luego que la disciplina urbanística no es asunto baladí, y por tanto desde luego es causa suficiente y necesaria para justificar la contratación de personal interino, por cualquiera de los supuestos previstos en el TEBEP, en su artículo 10, por sustitución de titular, acumulación de tareas, desarrollo de un programa...

Tampoco podrá el responsable de turno excusar que este tipo de funcionarios no puedan tramitar o intervenir en un procedimiento administrativo de este tipo, ya que, como vimos en líneas anteriores para el caso de los celadores municipales, el régimen jurídico de los funcionarios interinos se equipara al régimen de los de carrera.

Debo mostrar mi contrariedad ante la última redacción del apartado:

“Y no adopten las medidas necesarias para dotar a la administración de los medios suficientes después de haber sido advertidos de su insuficiencia por el personal responsable de la instrucción o tramitación de los expedientes.”

Creo que el responsable político, en su condición de gestor de su departamento, debe ser plenamente consciente de los expedientes que se tramitan, y en su caso, si no existen los medios suficientes. Trasladar esta responsabilidad al personal administrativo me parece un exceso, que desde luego no entra dentro de las funciones que tiene este tipo de personal, máxime cuando, repetimos, se trata de una cuestión meramente de gestión.

Cuestión diferente es que al político de turno no le interese llevar a cabo la tramitación de este tipo de expedientes, y utilice pretextos de todo tipo para justificar su inactividad. De esta manera, es frecuente en los Ayuntamientos de toda España, que se realicen inspecciones, se tramite el expediente hasta la propuesta de resolución, o incluso en trámites anteriores, donde por “arte de magia” los expedientes se demoran, extravían (recordemos en palabras del maestro García de Enterría : “ el primer trámite del expediente administrativo es el extravío”), con lo cual se entra en una especie de bucle, donde se debe reiniciar el expediente, (cuando no ha prescrito la infracción) las veces que sean necesarias hasta el agotamiento. Es un mantra que como decimos, seguro no le será ajeno al lector que haya trabajado en cualquier Administración local.

El siguiente apartado también está redactado en términos similares, aunque en este caso referente a la última fase del expediente administrativo, la sanción:

“Incurrirán en responsabilidad administrativa urbanística las autoridades o los cargos públicos competentes para resolver que dejen de sancionar una infracción urbanística o dejen de ordenar el restablecimiento cuando la persona instructora del

procedimiento les eleve una propuesta de resolución en este sentido, o revoquen discrecionalmente y sin fundamento jurídico una resolución sancionadora o de restablecimiento”

En este caso parece que el legislador ha pensado en el supuesto en el que el responsable político, a la vista que no se puede caducar el expediente o éste no se ha dormido durante el largo camino que atraviesa hasta llegar a la “meta”, esto es, a la sanción. Volvemos no obstante a los mismos términos que se discutieron “ut supra”, esto es, llama la atención la mención a estos supuestos, ya que, no obstante el carácter de “última ratio” del derecho penal, estos supuestos parecen claros ejemplos de delitos contra la ordenación del territorio o cuanto menos objeto de ser punibles por su carácter prevaricador.

En el siguiente apartado constan las consecuencias por tales actuaciones, las cuales también constituyen novedad en relación a la LOUS.

“En el supuesto del apartado anterior, la sanción que se impondrá a la persona responsable será la que corresponderá a la sanción no impuesta o revocada; en caso de que la resolución no adoptada o revocada sea de restablecimiento, la sanción será de cuantía equivalente al coste previsto para su restablecimiento. En los supuestos de los apartados 3 y 4 de este artículo, la sanción que corresponda a cada una de las personas responsables será la multa de mayor cuantía que hubiera correspondido imponer en los procedimientos sancionadores que se hayan dejado caducar o en las infracciones, sanciones u órdenes de restablecimiento firmes que no se hayan ejecutado. Todo ello con independencia de las responsabilidades penales que estos hechos puedan generar.”

Desde luego la redacción del presente apartado es realmente voluntarista, aunque desconocemos si será igualmente de efectiva que la disciplina urbanística en Baleares, lo cual como explicaremos, parece nadar en la misma dirección.

La doctrina señala (REBOLLO PUIG, Manuel): “capítulo Séptimo: Infracciones y sanciones urbanística en Andalucía, cit. pág. 366.

“Por una parte, no se sabe muy bien cuál pueda ser el procedimiento y la autoridad competente para exigir la responsabilidad disciplinaria a, por ejemplo, los alcaldes y concejales, sin que, pese a ello, pueda aceptarse por sus conductas impunes. Por otra, obligará a separar en varios procedimientos, tramitados y resueltos por órganos diferentes, en varios procedimientos, tramitados y resueltos por órganos diferentes, la responsabilidad por infracciones conexas, o cuando haya distintos responsables de una misma infracción, con el peligro de resoluciones contradictorias”

De la redacción del apartado surgen las siguientes dudas:

1.- ¿Quién será el órgano competente para imponer una sanción por los incumplimientos antedichos? ¿Acaso un compañero del mismo partido que forme parte del equipo de gobierno? ¿O será uno de los instructores, a los cuales se les atribuye la responsabilidad de comunicar la falta de medios humanos y materiales, y que dependen jerárquicamente de quien pretenden sancionar? ¿Entendemos que nos regimos, por el procedimiento sancionador del decreto 14/1994 de las Islas Baleares a falta de

procedimiento expreso en este apartado, o por el Procedimiento Administrativo de la Ley 39/2015 y por el régimen Jurídico previsto en la Ley 40/2015, que actuarán supletoriamente.

Lo más apropiado parecería que fuese un órgano externo quien pudiera ser el competente para imponer tales sanciones, previa existencia de un procedimiento instruido específicamente al efecto. No sería descabellado pensar la Agencia De Disciplina en el caso de Mallorca para las infracciones cometidas en dicho territorio o el Consorcio creado en la Isla de Menorca en lo que afecte a su “jurisdicción”. Desde luego existiría una mayor independencia que si este tipo de sanciones se ejercen desde las propias Administraciones.

Cuestión diferente se plantearía en el supuesto que dichas Agencias o Consorcios no tramiten los expedientes, en cuyo caso se debería plantear la creación de un organismo independiente, o bien la misma “Oficina para la prevención y anticorrupción” ya creada en Baleares fuese el órgano encargado de llevar a efecto tales sanciones.

A continuación, el mismo artículo atribuye responsabilidad a las empresas suministradoras de servicios, estableciendo unas multas significativas:

“En los casos de prestación, distribución, comercialización o suministro de servicios que se tipifican como infracción urbanística en los artículos 163.2.b).i y 163.2.c).v de esta ley, serán responsables las empresas prestadoras, distribuidoras, comercializadoras o suministradoras.”

1. La infracción descrita en el artículo 163.2.b). i se sancionará con una multa de 600 a 3.000 euros, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula de exclusión de beneficio económico prevista en esta ley.

2. La infracción descrita en el artículo 163.2.c). v se sancionará con una multa de 10.000 a 15.000 euros, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula de exclusión de beneficio económico prevista en esta ley.”

5.1. Muerte o extinción de las personas responsables.

En este supuesto hay que diferenciar, si se trata de una persona física o de una persona jurídica. En esencia la LUIB conserva prácticamente el mismo régimen de aplicación que la LOUS con una redacción prácticamente idéntica sin perjuicio de lo que expondremos posteriormente. (Recordemos que fue la LOUS la que recogió más extensamente una cuestión que la LDU prácticamente ni mencionaba)

Al nacer tenemos unos derechos o somos titulares de una capacidad jurídica, esto es, la *aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos*. O, en otras palabras, la *idoneidad para ser sujeto de relaciones jurídicas*. CASTRO ha

definido capacidad jurídica como la *calidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que la afectan* (2): presupone, pues, la personalidad y considera la capacidad jurídica como cualidad esencial de la persona, de que goza desde el nacimiento hasta la muerte. Es distinto titularidad del derecho y ejercicio del mismo; es distinto también, en consecuencia, la aptitud para ser titular de derecho —que la tiene toda persona: *capacidad jurídica*— que la aptitud para el ejercicio de los derechos de que es titular, que depende de la situación personal de cada sujeto: es la *capacidad de obrar*. Capacidad de obrar es, pues, la *aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos*.

Por tanto, es con la muerte que se extingue la responsabilidad de los presuntos infractores, sin embargo, sus herederos, no solo heredan derechos, sino también obligaciones. Entre estas se encuentran la exigencia “a las personas herederas o a las personas que se hayan beneficiado o lucrado con la infracción el beneficio ilícito obtenido de la comisión.”

Parece entender el legislador el supuesto que se venda un inmueble o terreno donde existía o constaba una infracción urbanística.

Todo ello se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de restituir los terrenos o edificaciones a su estado anterior, debido al carácter real de la obligación, a diferencia del carácter personalísimo de la sanción, tal y como establece la Ley 39/2015, al considerar que las multas coercitivas tienen un carácter personalísimo. “*a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.*”

Me parece cuanto menos discutible la redacción de ese apartado de la LUIB, por cuanto parece imponer una obligación que no deben asumir los herederos.

La novedad del artículo de la LUIB es en referencia a las personas jurídicas. De esta forma se distingue entre Sociedades de responsabilidad limitada, y otro tipo de Sociedades, como por ejemplo las Anónimas. (Todas ellas previstas en Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)

Por ello, la LUIB no hace sino reconocer lo que establece la normativa mercantil, en este caso la Ley de Sociedades de Capital anteriormente citada.

De esta manera el artículo 331 de la citada Ley establece al efecto:

“**1.** Los socios a quienes se hubiera restituido la totalidad o parte del valor de sus aportaciones responderán solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros.

2. La responsabilidad de cada socio tendrá como límite el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social”

Es este el motivo que parece haber llevado al legislador a establecer la diferenciación que no figuraba en la LOUS.

a) Si se tratara de una persona jurídica a la que la ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, estos quedarán obligados solidariamente, hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les adjudique, del pago de la multa y, en su caso, del coste del restablecimiento de la realidad física alterada.

b) Si se tratara de una persona jurídica a la que la ley no limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, estos quedarán obligados solidariamente al pago íntegro de la multa y, en su caso, del coste del restablecimiento de la realidad física alterada.

De igual forma incluye la LUIB una cuestión que no aparecía recogida en la LOUS, como es la referente a las entidades sin personalidad jurídica, ejemplos de las cuales lo constituyen las comunidades de bienes, herencias yacentes, titularidad compartida de explotaciones agrarias, comunidades de propietarios, uniones temporales de empresarios... con lo cual se trata de evitar que las personas que tal tipo de entes se disuelvan, y en su caso, las personas que la integran, puedan excusar el cumplimiento de las sanciones bajo el pretexto de esta disolución.

Si la autora de una infracción fuera una entidad sin personalidad jurídica y se extinguiera, ya sea antes o después de la imposición de la sanción, el pago de la multa y, en su caso, el coste del restablecimiento de la realidad física alterada se transmitirá a los partícipes o cotitulares de estas entidades, que responderán de forma solidaria.”

6.-SANCIONES URBANÍSTICAS.

Como aspecto puramente formalista, la LUIB cambia a configuración existente en el régimen de sanciones. Así como en la LOUS aparecía conjuntamente la infracción con la sanción que iba aparejada a la misma, con la LUIB se recoge separadamente tal hecho.

No nos detendremos especialmente en los tipos de supuestos, que repetimos, son prácticamente idénticos a los recogidos en la LOUS:

A) Materia de reparcelación

B) Materia de ejecución

C) Materia de edificación y uso del suelo

D) En materia de bienes y espacios del patrimonio arquitectónico, histórico, cultural, natural

E) Actos que supongan obstaculización a la labor inspectora

F) No someter el edificio a la inspección técnica o a la evaluación de edificios prevista en el artículo 125 de la presente ley, cuando esté obligado por la normativa vigente que se sancionará con una multa de 600 a 3.000 euros.

Sírvase como ejemplo de todos ellos lo dispuesto en el artículo 167 en tanto la realización de obras de construcción, de edificación, de instalación y de movimientos de tierras, se multará con mayor rigor dependiendo del tipo de suelo donde se lleven a cabo las obras.

A) En suelo urbano o urbanizable sin el título urbanístico habilitante preceptivo, se sancionará con multa del 50 al 100% del valor de las obras.

B) En terrenos destinados a parques, jardines o espacios libres, equipamientos, infraestructuras y otras reservas para dotaciones se sancionará con multa del 150 al 200% del valor de las obras.

C) En suelo rústico no protegido sin el título administrativo habilitante se sancionará con multa del 200 al 250% del valor de las obras.

D) En suelo rústico protegido sin el título administrativo habilitante se sancionará con multa del 250 al 300% del valor de las obras.

Vemos por tanto que la LUIB es consecuente con su objeto principal, que es la protección del Medio ambiente, sin perjuicio de velar porque se lleve a cabo un medio urbano sostenible. Llama la atención las diferencias entre construir en suelo urbano o suelo rústico protegido, motivados por estos razonamientos, así como que resulta más “sencillo” construir en este último tipo de suelos, que se pueden encontrar en sitios más recónditos.

6. 1. Sanciones accesorias

Sin perjuicio de todo el rango de sanciones que vienen recogidas en la LUIB, hay que referirse a un conjunto, llamadas “accesorias”, las cuales, solamente tratándose de infracciones muy graves, se podrán imponer a los infractores urbanísticos. Decimos “podrá” por cuanto el propio artículo 175 lo indica, añadiendo “cuando sea necesario”. Resulta cuanto menos críptica la definición que establece ese artículo, puesto que no se detalla cuándo deberá ser necesario. Entendemos que existe sanción suficiente, si tomamos en consideración que el valor de la sanción puede ser, en muchos casos ya de por sí elevado, a lo que añadimos el restablecimiento del orden jurídico perturbado, y por último estas “sanciones accesorias”. Creemos no puede quedar al arbitrio de la Administración la imposición de este tipo de sanciones sin una objetivación previa.

Por tanto, se prevé que este artículo, al igual que ya vimos con la responsabilidad de las autoridades y cargos públicos, será un mero “brindis al sol”, en tanto si ya resulta “oneroso” para un político imponer una sanción, más dificultoso será exigir “sanciones accesorias”.

Analicemos los tipos de “sanciones accesorias”:

a) Prohibición de contratar obras con la correspondiente administración pública.

La metodología de establecer una prohibición de contratar con la Administración Pública en una Ley de Urbanismo es desde luego una mala praxis legislativa, por cuanto

puede crear una cierta inseguridad jurídica a los operadores del Derecho, así como a las propias empresas que intenten licitar con la Administración. Las prohibiciones de contratar se encuentran reguladas en el artículo 71 de la Ley 9/2017 de la Ley de Contratos, la cual establece un “numerus clausus” de prohibiciones en su articulado. Es cierto que el artículo 31.5 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares establece como competencia de desarrollo legislativo y de ejecución “Contratos y concesiones administrativas en el ámbito sustantivo de competencias de la Comunidad Autónoma”, a la luz de la competencia básica que el artículo 149.1.18 atribuye al Estado. Sin embargo, creemos debería haber sido en una Ley de contratos autonómica donde se regule tal supuesto, y no en una Ley tan específica como la urbanística.

Otro planteamiento que merece establecer una reflexión profunda, es que no se regulan que tipo de infracciones muy graves implican la prohibición de contratar, ¿todas? Es como decimos de una gran imprecisión. Supongamos el empresario que realiza una parcelación urbanística en suelo rústico protegido sin estar habilitado para ello, ¿no podrá participar en una licitación para ser adjudicatario de la construcción del bar del polideportivo del pueblo? Es desde luego una situación extravagante y que puede suponer la limitación de la libertad de acceso a las licitaciones que tienen, en principio, las personas físicas y jurídicas, por tanto, la vulneración de un principio básico en materia de contratación pública, por cuanto no tiene nada que ver un supuesto con el otro.

b) Inhabilitación de la persona para ser beneficiaria de subvenciones, de incentivos fiscales y de cualesquiera otras medidas de fomento de los actos que, conforme a esta ley, necesiten de licencias, aprobaciones, autorizaciones u órdenes de ejecución, según la índole del acto con motivo del cual se haya cometido la infracción.

En este supuesto, a diferencia del anterior, referente a las prohibiciones de contratar, parece que la inhabilitación para tener la condición de beneficiario de la subvención, se producirá *“según la índole del acto con motivo del cual se haya cometido la infracción”, con lo cual parece producirse un cierto “avance” en la redacción del precepto. Parece en principio que esta prohibición solo puede producirse en infracciones determinadas. No obstante lo anterior, se echa en falta por el legislador un cierto rigor a la hora de determinar tal hecho.*

c) Prohibición del ejercicio del derecho de iniciativa para atribución de la actividad de ejecución en unidades de actuación urbanística y de participación en cualquier otra forma en iniciativas o en alternativas formuladas por terceras personas propietarias.

Este parecería el supuesto más apropiado, si se desean establecer sanciones accesorias, sin embargo, al igual que en el supuesto previsto en la letra a), anteriormente comentado, parecería que esta prohibición se extiende a cualquier tipo de infracción muy grave, aunque no exista una relación directa con la presente prohibición.

6.2. Determinación y destino de las multas.

A diferencia del redactado de la LOUS, la LUIB ha optado por recoger las multas en un apartado diferenciado. Así, la LOUS establecía tal determinación en un apartado dentro del artículo referente a las “sanciones”, en cambio la LUIB las señala en el encabezado que titula el presente comentario, “determinación y destino de las multas”:

1. Si el hecho constitutivo de una infracción se legalizara porque no fuera disconforme con la ordenación urbanística, la sanción que correspondiera se reducirá en un 95% si se hubiera solicitado la legalización en el plazo otorgado al efecto; y en un 80%, si esta legalización se hubiera solicitado con posterioridad a este plazo pero antes de la resolución que ordene el restablecimiento de la realidad física alterada. Sin embargo, no se podrán aplicar estas reducciones si se hubiera incumplido la orden de suspensión prevista en el artículo 187 de la presente ley.

2. El restablecimiento de la realidad física alterada antes de la resolución que lo ordene hará que la sanción se reduzca en un 90%; y en un 80%, si se hiciera después de la resolución que ordene el restablecimiento, pero dentro del plazo otorgado al efecto. En este último supuesto, se devolverá el importe correspondiente en caso de que ya se hubiera satisfecho”

La redacción es prácticamente idéntica en ambos supuestos, con una novedad que parece introducir la LUIB. Lo que pretende el legislador con la redacción de estos preceptos es buscar el “arrepentimiento” del infractor, o cuando menos, el “reconocimiento” de la infracción. Se trata, en definitiva, que se produzca la colaboración del infractor en ajustar su acción al ordenamiento jurídico.

Como dijimos, se introduce una novedad, y es la posibilidad que se reduzca la sanción, cuando el acto no es legalizable, en un 80%, si el restablecimiento de la realidad física alterada se hiciese después de la resolución que ordene el restablecimiento, pero dentro del plazo otorgado al efecto.

6.3. Valoración de las obras

Tal cuestión también figura en un apartado diferenciado en la propia LUIB, cuestión que no figuraba en la LOUS. Vemos por tanto que la sanción se establecerá, en cuanto a la valoración de las obras, por el método de comparación. Cuando dicho sistema no fuera posible, se hará la valoración según el coste de ejecución material.

Es acertado el artículo cuando se establece en el apartado 5, que la valoración se hará “en cualquier caso” con un informe técnico previo, dándose audiencia al interesado al inicio del procedimiento sancionador.

Parece en este sentido un procedimiento muy parecido al que se lleva a cabo cuando se expropia forzosamente un bien, donde se establece una hoja de aprecio, y

previa audiencia al interesado, éste puede mostrar o no su conformidad a tal aprecio, dándose audiencia para que muestre su parecer al respecto:

“1. Cuando la sanción que corresponda a una infracción urbanística suponga un porcentaje de la valoración de las obras, de los edificios o de las instalaciones, esta deberá tener en cuenta el valor de las actuaciones efectivamente ejecutadas, calculado según el valor en venta del inmueble en relación con otros de similares características y emplazamiento.”

Vemos por tanto que la sanción se establecerá, en cuanto a la valoración de las obras, por el método de comparación.

2. Si no fuera posible la mencionada comparación, la valoración se hará de acuerdo con el coste de ejecución material de la edificación, acreditado documentalmente por la persona infractora o bien calculada aplicando las tablas y los coeficientes elaborados por cualquier colegio oficial de profesión técnica habilitada, o mediante otra metodología contrastada.

3. No se incluirán en la valoración de las obras los conceptos referidos a beneficio industrial, a gastos generales, a tributos y a honorarios profesionales.

4. En cualquier caso, la administración fijará la valoración con un informe técnico previo y dará audiencia a la persona interesada al inicio del procedimiento sancionador.

En todo caso, la jurisprudencia de la Sala del TSJ de Baleares ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la “valoración de las obras”, aunque obviamente no con ocasión de la LUIB, ya que, como en ocasiones he podido escuchar a algún magistrado del TSJ (Socías Fuster), “nuestras sentencias se hacen en muchas ocasiones sobre normativa derogada”.

Muestra de estas sentencias será la 155/2017 de 31 de marzo de 2017 (TSJ Baleares), la cual tuvo el acierto de pronunciarse sobre estas cuestiones:

“Por lo que se refiere al valor de las obras, la sentencia señala que ha dispuesto de dos informes, ambos ratificados en la fase probatoria del juicio. El primero, elaborado por el Arquitecto Técnico del Consorcio, valora las obras en 38.903.64 euros. Y el aportado por la sancionada, al que antes ya aludíamos, es decir, el informe elaborado por el Arquitecto Técnico Sr. Ricardo, en el que se valoran las obras en 10.829,49 euros. La sentencia apelada se ha decantado por el informe elaborado por el Arquitecto Técnico del Consorcio, y la Sala comparte ese criterio porque, en efecto, primero, en el dictamen del Sr. Ricardo se valora el coste de la ejecución de las obras separando la edificación, la caseta, el gallinero y el aljibe, pero se trataba de un solo edificio que venía a sustituir todo lo anteriormente existente; y, segundo, el informe del Sr. Ricardo se atiene al coste de ejecución de las obras, prescindiendo así de lo que impone el artículo 43 de la Ley CAIB 10/1990, esto es, que el valor a determinar sea el valor en venta del inmueble protagonista de la infracción

en relación con otros inmuebles de características análogas y emplazamiento equivalente o parejo.”

Vemos por tanto que la Sala aprecia más el informe emitido por el arquitecto del Consorcio, puesto que se fundamenta en el coste de ejecución de las obras, separando las diferentes edificaciones. En este caso se desprecia lo que disponía la LDU en su artículo 43, en el sentido de valorar la venta por el método de “comparación”.

Es por estas cuestiones, y no por la presunción de acierto de los informes emitidos por los empleados públicos, el motivo por el cual la Sala se decanta por el informe emitido por el arquitecto público. Así lo dice la sentencia comentada:

“La sentencia apelada afirma que “[...] l'article 137.3 LRJPAC otorga presumpció d'encert a les actuacions dels funcionaris públics, subjecta a prova en contrari. Això vol dir que, en principi, la valoració efectuada pels serveis tècnics de l'Administració gaudeix de presumpció de validesa i que la càrrega de provar que no és així, recau sobre la part actora”. La Sala no comparte esa afirmación de la sentencia apelada. Ante todo, hay que recordar qué disponía el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, vigente al tiempo del caso. Disponía que: “Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”

De esta forma la precitada sentencia rechaza la argumentación de que tal valoración sea un hecho constatado, puesto que se trata de una mera apreciación realizada por un funcionario público (todo ello suponiendo que el arquitecto técnico del Consorcio sea funcionario y no personal laboral, o incluso contratado externo) , siendo más bien una opinión subjetiva, que un hecho formal y cierto, como pudiera ser la denuncia que emite el inspector de obras en relación a supuestas infracciones urbanísticas. En los siguientes términos lo expresa la sentencia de Sala.

“Suponiendo que el Arquitecto Técnico del Consorcio fuera funcionario que tuviera reconocida " la condición de autoridad ", y aceptado que su informe se formaliza en un documento público, lo cierto es que, como su propio nombre indica, ese informe no versa sobre " hechos constatados ", esto es, para el caso, sobre la existencia de la edificación o sobre la continuidad de la ejecución de obras en el mismo. En efecto, el informe tiene por objeto valorar la edificación ilegal cuya existencia sí que se ha constado. Y como quiera que el valor de la edificación que expresa el Arquitecto Técnico del Consorcio en su informe no es un hecho constatado sino una apreciación, ha de tenerse presente que esa apreciación no se presume cierta por la Ley, por más que habitualmente se reconozca en sede judicial cierta preferencia a las valoraciones expresadas por técnicos de la Administración, sustentada en la idea de que les adorna un bagaje amplio de conocimientos, experiencia e imparcialidad.”

No obstante, esto contradice otras sentencias de la Sala como la 696/2011 de 30 de marzo que señala:

“El juzgador de instancia consideró que la valoración de las obras por la Administración, por importe de 60.315,94 euros, se basaba en un informe técnico, gozando de presunción de veracidad y certeza”

6. 4. Destino de las multas

Cuál será el fin que se dará a las multas obtenidas, como consecuencia de todo el procedimiento consistente en sancionar al infractor, es desde luego una cuestión de evidente importancia. Por razones obvias, el procedimiento sancionador no puede tener por objeto un fin recaudatorio, sino encauzar la actividad ilegal realizada por el infractor. No obstante lo anterior, entre las medidas disuasorias empleadas por el legislador para evitar determinados comportamientos, está evidentemente la sanción.

La redacción del artículo 178 de la LUIB se realiza en términos similares a lo dispuesto por el artículo 166 de la LOUS, sin perjuicio de una importante novedad que comentaremos con posterioridad.

Por ello los dos primeros apartados señalan:

“1. El importe de la multa corresponderá al respectivo municipio, excepto cuando el consejo insular o alguna de las entidades previstas en el artículo 15.5 de esta ley haya iniciado y resuelto el procedimiento sancionador, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado 4 de este artículo.”

La redacción de este apartado es consecuente con lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 2/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas locales, referente a los recursos de los municipios:

“1. La hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos:

g) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.”

Está claro que las sanciones urbanísticas, por cuestiones obvias forman parte del haz de competencias de las Entidades Locales, siendo entidades locales territoriales, entre otras, el municipio y la provincia (artículo 3.2 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local), y siendo las competencias entre otras, la disciplina urbanística, como así reza el artículo 25 de la Ley de Bases.

Por tanto, es claro que visto el silogismo, las entidades locales pueden recaudar las sanciones disciplinarias urbanísticas.

En lo concerniente al procedimiento previsto en el apartado 4 del artículo 178 de la LUIB, constituye novedad:

“4. Cuando las sanciones y multas coercitivas sean impuestas por los consejos insulares o por las entidades previstas en el artículo 15.5 de la presente ley, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Las cuantías de las sanciones y multas coercitivas impuestas en ejercicio de las competencias de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 166 de la presente ley, o en virtud de la delegación de competencias prevista en el artículo 15.5 corresponden a los consejos insulares o a las entidades del artículo 15.5 de esta ley.”

Estas competencias serán las previstas en suelo rústico protegido de los apartados a) (AANP), b) (ANEI), c) (ARIP) y e).1 (APT costera) del artículo 19.1 de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias, categorías de suelo rústico no mencionadas en el apartado anterior, así como aquéllas donde los Consejos insulares ejercen sus competencias por delegación, transcurrido el plazo de un mes otorgado por la Ley.

A continuación, se indica cómo se repartirá el importe de las sanciones y multas coercitivas impuestas de manera proporcional, aunque no se determina la forma de calcular esa proporción, ni que proporcionalidad se establecerá. Suponemos se esperará a un desarrollo reglamentario:

“b) Los importes recaudados por sanciones y multas coercitivas impuestas, una vez descontado el coste de la actividad administrativa de acuerdo con el apartado 3 de este artículo, se repartirán entre los municipios de la siguiente manera:

i. Los importes recaudados en el ejercicio de las competencias de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 166 de la presente ley se repartirán entre los municipios de cada isla en proporción a las sanciones y multas impuestas en el territorio de cada municipio durante el ejercicio o ejercicios presupuestarios correspondientes.

ii. Los importes recaudados en el ejercicio de las competencias delegadas se repartirán únicamente entre los municipios delegantes en proporción a las sanciones y multas impuestas en el territorio de cada municipio delegante durante el ejercicio o los ejercicios correspondientes.”

A continuación, se indica que la financiación de los municipios, una vez producido el reparto proporcional, anteriormente comentado, se destinará a la gestión del Patrimonio Público de Suelo, en términos similares a lo que ya establecía la LOUS:

“c) Los municipios destinarán estos importes a cualquiera de las finalidades que esta ley prevé para los ingresos y recursos derivados de la gestión del patrimonio público de suelo.”

Otra cuestión desde luego relevante, será en el supuesto que estas entidades previstas en el artículo 15 (caso de Mallorca, la ADU, y caso de Menorca el consorcio urbanístico) tengan Superávit presupuestario, en cuyo caso se destinarán a los municipios, de manera proporcional, y no a reducir el endeudamiento de la Administración matriz:

“e) Cuando las sanciones y multas coercitivas sean impuestas por las entidades previstas en el artículo 15.5 de la presente ley, los excedentes o el superávit presupuestario que estas entidades puedan generar no se destinarán ni total ni

parcialmente a la reducción del endeudamiento de la administración matriz, sino que se destinarán a los municipios de acuerdo con las reglas de este apartado 4.”

Tal y como dijimos anteriormente con la regla de proporcionalidad, el propio artículo establece que será objeto de desarrollo reglamentario la fijación de las reglas anteriormente señaladas.

Será redactado de manera parecida también el apartado 2 de la Ley, en tanto señala que el importe por la actividad sancionadora se destinará a la gestión del patrimonio público del suelo, así entendido en términos generales, desmarcándose de las indicaciones a las que aludía la LOUS en su artículo 166, cuando señalaba que se destinarían especialmente a actuaciones, previstas en el planeamiento, en equipamientos y espacios libres dentro de la ciudad consolidada o en actuaciones relativas a la gestión del paisaje en el medio urbano o rural.

La Ley del suelo estatal del 2015 en su artículo 52 indica que principalmente el Patrimonio Público del suelo se destinará a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate.

Excepcionalmente los municipios que dispongan de un patrimonio público del suelo, podrán destinarlo a reducir la deuda comercial y financiera del Ayuntamiento, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

La propia LUIB desarrolla esta previsión estatal, indicando que los ingresos, así como los recursos derivados de la gestión de los patrimonios públicos de suelo, se destinarán:

- a) Con carácter preferente, a la adquisición de suelo destinado a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.
- b) A la conservación, mejora, ampliación, urbanización y, en general, gestión urbanística de los bienes del patrimonio público de suelo correspondiente.
- c) A la promoción de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.
- d) A otros usos de interés social.

El segundo apartado previsto en el artículo 178 de la LUIB se refiere al destino de las sanciones, en el caso de Ayuntamientos, el cual será distribuido en términos idénticos a lo ya expuesto, esto es, se destinará a gestionar el patrimonio público del suelo:

“2. Los importes en concepto de sanciones y de multas coercitivas, una vez descontado el coste de la actividad administrativa, se destinarán a cualquiera de las

finalidades que esta ley prevé para los ingresos y recursos derivados de la gestión del patrimonio público de suelo.”

En lo concerniente al “coste de la actividad administrativa” constituye una auténtica novedad en la normativa urbanística balear. Este denominado “coste” no deja de ser lo que toda la vida se ha ido conociendo como tasa, y que la propia Ley de Haciendas Locales (RDL 2/2004) reconoce en su artículo 20 en los siguientes términos:

“Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos. “

El coste de la actividad administrativa se determinará en cada administración mediante el correspondiente informe técnico-económico sobre la financiación de los servicios implicados que, en todo caso, cubrirá los siguientes gastos:

a) Todos los correspondientes a personal directamente destinado a tareas de protección de la legalidad urbanística.

b) Los causados por el mantenimiento de los medios necesarios para la actividad de inspección urbanística.

c) Los derivados de la ejecución de resoluciones judiciales en materia de disciplina urbanística, incluidas las responsabilidades patrimoniales que se deriven.

d) Los derivados de la ejecución subsidiaria de las órdenes de restablecimiento que se prevean realizar en cada ejercicio, a menos que también se prevea girar a la persona o personas responsables una liquidación provisional previa por el importe del coste de ejecución previsto.

e) Los originados por las inscripciones registrales que legalmente se tengan que practicar, incluidos los de solicitudes de notas simples que hagan falta para conseguirlas.

Vistos los términos en que se dispone la redacción del apartado, vemos que el coste va más allá que la denominada tasa.

En lo concerniente a lo dispuesto en la letra a) no existen problemas para determinar qué supuesto será, personal, el cual debe estar directamente relacionado con las tareas de protección de la legalidad urbanística. Entendemos que el coste irá determinado por el precio/hora de cada empleado que intervenga en el procedimiento. Cuestión más complicada será determinar cuántas serán las horas empleadas en un determinado expediente (no todos requieren el mismo estudio) o si simplemente se utilizará un criterio fijo por cada expediente, independiente del número de horas empleadas.

Lo dispuesto en la letra b), suscita más dudas, en tanto el mantenimiento de los medios necesarios para la actividad de inspección urbanística, no se detalla con el

suficiente grado de precisión. ¿Abarca el mantenimiento de vehículos o se extiende también a la adquisición de los mismos? ¿Los gastos de desplazamiento también se entienden encuadrados en este supuesto? Desde luego, precisa un cierto desarrollo reglamentario.

Lo establecido en la letra c) lleva a equívocos, por cuanto, “ex lege” las Administraciones públicas incurren en responsabilidad patrimonial, cuando concurren los supuestos previstos en las Leyes 39 y 40 del año 2015, esto es, la existencia de un daño, evaluable económicamente, y que exista una relación de causalidad entre el daño y la actuación de la administración, ya sea por funcionamiento normal o anormal de la misma, salvo en los casos de fuerza mayor, en los que no exista el deber jurídico de soportar el daño.

Por tanto, no se entiende bien la redacción de este apartado, en cuanto a la exigencia de una determinada responsabilidad patrimonial.

Lo previsto en las letras d) y e) no admiten dudas excesivas, sin perjuicio de la obligación establecida en la ley del suelo estatal, de inscripción registral de los expedientes de disciplina, obligación que el artículo 65 de la Ley del suelo estatal de 2015 atribuye a los municipios:

“c) La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o restauración de la legalidad urbanística, o de aquéllos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar, tanto el cumplimiento de las sanciones impuestas, como de las resoluciones para restablecer el orden urbanístico infringido.”

La omisión de tal supuesto dará lugar a la existencia de responsabilidad patrimonial, en el supuesto que no se lleve a efecto.

“La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de esta anotación preventiva dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.”

Desconocemos si la responsabilidad a la que hacía alusión la letra c) anterior referente a la responsabilidad patrimonial se refiere a tal supuesto. En tal caso, parecería un exceso del legislador atribuir la responsabilidad por un presunto incumplimiento de la Administración, al presunto infractor. Iría en contra de los principios generales de responsabilidad patrimonial de la Administración trasladar el tanto de culpa por su actuar negligente.

7. REGLAS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD SANCIONADORA Y APLICACIÓN DE LAS SANCIONES

Aspectos como los siguientes, serán redactados en términos similares en la LOUS y la LUIB, con algunas cuestiones que han sido modificadas como los agravantes en la graduación de las sanciones:

- A) Anulación del acto o actos administrativos legitimadores como presupuesto de la exigencia de responsabilidad*
- B) Compatibilidad y carácter independiente de las multas*
- C) Infracciones concurrentes y continuadas*
- D) Exclusión de beneficio económico*
- E) Graduación de las sanciones*

En lo concerniente a la “graduación de las sanciones”, la LOUS introdujo una cierta objetivación que no figuraba en la LDU de 1990, donde se señalaban una serie de circunstancias como las siguientes:

"3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme."*

Superada esta redacción por la LOUS, vemos que se expresan en términos parecidos tanto la LOUS como la LUIB. Sin embargo, apreciamos que determinados agravantes como el siguiente se ha eliminado:

“b) El uso de violencia o cualquier otro tipo de coacción sobre la autoridad o funcionario público encargados del cumplimiento de la legalidad, o mediación de soborno, salvo que los hechos sean constitutivos de delito.”

Entendemos que la eliminación de este supuesto se debía a la redacción disparatada del mismo, puesto que “el uso de violencia o cualquier otro tipo de coacción sobre autoridad o funcionario, o mediación de soborno...se refiere a un tipo delictual, como el previsto en el 419 y siguientes del Código Penal (Cohecho) como los delitos de coacciones que se definen como un delito contra la libertad, en virtud del cual una persona, usando la violencia, le impide a otra persona hacer algo que la ley no prohíbe,

o bien le obliga a hacer algo que esta persona no quiere, sea justo o injusto. El uso de la violencia, en base a lo afirmado por la doctrina y la jurisprudencia, hace referencia no sólo a la fuerza física en sí, sino también a la intimidación personal o la fuerza en las cosas.

Así:” *Se considera igualmente que los hechos son constitutivos de un delito de coacciones del art. 172 del Código Penal la actuación del acusado que de forma constante está coaccionando a los inquilinos para que hagan frente al pago de una renta que no les corresponde.*” (Audiencia Provincial de Tarragona, 23.12.2015).

Por tanto, no se entiende la “coletilla” consistente en establecer “salvo que los hechos sean constitutivos de delito” puesto que todo lo anterior ya es constitutivo de delito. En todo caso, atendido el carácter de “última ratio” del derecho penal, este supuesto quedaba desplazado si concurría un hecho de tal naturaleza.

En términos idénticos a lo dispuesto anteriormente, también se ha eliminado la “redacción Kafkiana que recogía la LOUS en el apartado siguiente:

“c) La manipulación de los supuestos de hecho, la declaración de datos falsos o incorrectos o la falsificación de documentos, salvo que los hechos sean constitutivos de delito.”

No se entiende qué falsificación de documentos o alteración de los hechos no puede ser constitutiva de delito, cuando el propio Código Penal lo establece en su artículo 390:

“1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1. ° Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
2. ° Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. ° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
4. ° Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

El siguiente supuesto previsto en la LUIB se refiere a “b) Cometer la infracción por persona a quien se haya impuesto con anterioridad una sanción firme por cualesquiera infracciones graves o muy graves de las establecidas en la presente ley en los últimos ocho años”.

La única novedad del presente supuesto se refiere al plazo, habiendo sido ampliado en 4 años más respecto a la redacción originaria de la LOUS.

Los dos siguientes supuestos previstos como “agravantes” en la LUIB, se redactan de manera casi idéntica a la LOUS, simplemente estableciendo el inicio de la medida agravante en infinitivo. “Iniciar” y “no observar”, donde antes figuraba en sustantivo “la iniciación” y “la inobservancia”. Comprendemos que este cambio en la redacción no supondrá ningún efecto para la calificación como “agravante” de la infracción.

“e) Iniciar los actos sin orden escrita del personal técnico titulado director y las modificaciones en su ejecución sin instrucciones expresas de este.

f) No observar las medidas cautelares de suspensión ordenadas con motivo del ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico perturbado.”

Por otro lado, se introducen varios supuestos que no venían expresamente recogidos en el apartado de “agravantes” en la LOUS:

“c) Ejecutar obras en edificios, construcciones o instalaciones respecto de las cuales se haya dictado una orden de restablecimiento de la realidad física alterada todavía no materializada, con conocimiento de esta circunstancia.

d) Transmitir a terceros, una vez iniciado el procedimiento, la propiedad de los bienes inmuebles afectados por la presunta infracción sin advertirles expresamente de su situación.”

En lo que concierne a este último supuesto, está claro que si existe obligación de la Administración de inscribir los expedientes de disciplina urbanística, el posible adquirente de un bien deberá verificar si existen cargas en el Registro de la Propiedad. Por tanto, no se entiende que también se considere agravante la no comunicación de tal hecho, cuando sería la Administración quien debe inscribirlo. Vemos que de acuerdo a la jurisprudencia, el “tercero de buena fe” no está exento de la obligación de derribar el bien

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de mayo de 2006, manifiesta que:

“Los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico”.

Esta doctrina choca frontalmente con la de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que siempre vela por la protección del adquirente de buena fe, como resulta de sus resoluciones de fecha 1 y 6 de marzo de 2013, y con la del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, ya que en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950,

firmado por España el 23 de febrero de 1978 y ratificado el 27 de noviembre de 1990, en su artículo 1 hace constar que "toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional."

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria es claro: *"La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro"*

También la jurisprudencia de la Sala del TSJ (Sentencia 136/2015 de 3 de Marzo) de Baleares se ha hecho eco del concepto de terceros de buena fe, asumiendo la doctrina marcada por el Supremo. Oigamos que dice en sus términos bastantes:

"4º.- Por último y en relación a los titulares de las viviendas, locales y garajes del edificio en cuestión, tampoco esa circunstancia ha de evitar la ejecución y restauración de la legalidad en los términos establecidos en la sentencia. En este caso el TS también ha resuelto en numerosas sentencias la incidencia que supone la existencia de terceros interesados durante la ejecución del fallo. Por todas dice la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (RJ 6665)

El que los propietarios, que forman parte de la Comunidad recurrente, tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado.(...) frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos"

El siguiente "agravante" previsto en la normativa ya venía recogido, aunque no expresamente en el apartado correspondiente, en la LOUS. Ahora viene establecido con una redacción que puede llevar a ciertos equívocos.

Expresiva de lo que se entienden por circunstancias agravantes o atenuantes será la sentencia 155/2017 de 31 de marzo que refiere que si no concurren estas circunstancias, la sanción se impondrá en su grado medio:

“Así las cosas, la sentencia apelada, observando que la Administración no había motivado en la resolución impugnada la proporcionalidad de la sanción que impuso, la anula. Pero la sentencia apelada no sustituye la sanción máxima impuesta por la mínima sino por la media. Al respecto, la sentencia apelada se adentra hasta suplir la función valorativa encomendada por la Ley a la Administración competente para fijar la sanción. La sentencia pasa así a valorar por sí misma la sanción que merece la Sra. Clemencia, concluyendo que, a falta de concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, la Sra. Clemencia merece una sanción del 150% del valor de las obras. Al respecto, la sentencia apelada explica lo siguiente: "Si tenim en compte que per a la pròpia definició del tipus sancionador configurat en l'article 47 LDU -i al qual ens hem referit abans- ja s'ha tingut en compte la greu pertorbació que per la zona ANEI poden representar les obres objecte de sanció, no sembla que aquesta mateixa circumstància (és a dir, la seva permanència en aquell lloc, sense procedir a la demolició i desmuntatge) es pugui considerar com a agreujant per a justificar l'aplicació del tipus màxim del 200 % de l'import de les obres; ni tampoc es pot considerar circumstància agreujant la reincidència que al·lega la representació processal de la demandada, ja que no era observable en el moment de la imposició de la multa, per raó del temps. No està, doncs, justificada l'aplicació de cap circumstància agreujant que pugui donar lloc a la quantia màxima de la sanció”.

Por otra parte, las circunstancias atenuantes o agravantes deben ser motivadas e inscritas en la resolución, como consecuencia directa e inmediata de motivar los actos administrativos, con mayor motivo los sancionadores. Muestra de ello la Sentencia del TSJ de Baleares de 18 de marzo de 2005 (Stc 237/2005):

“Pues bien, en cuanto a lo primero, debe reconocerse que la resolución sancionadora no recoge ninguna de las agravantes descritas con las letras a) a g) del art. 34, por lo que de la indicada resolución no se desprende razón para acudir al importe máximo del tramo (del 50 al 100%). En el recurso de apelación de la Administración se dirá que sí concurre una agravante, en concreto la e) del art. 34: "no acatar las órdenes de suspensión de las obras e instalaciones emanadas de cualquiera de los órganos competentes en la materia". No obstante, a pesar de que pudiera ser cierta la concurrencia de dicha agravante, lo relevante es que no se cita en la resolución sancionadora y por ello falta motivación respecto a su posible aplicación. La falta de indicación de la misma correlativa falta de motivación no es indiferente desde el momento que implica privar al sancionado de poder discutir y combatir la una agravante que no se menciona, pero que se aplica.”

Es decir, la falta de audiencia al interesado respecto a la posible agravante, es como si ésta no hubiera existido, según la reseñada sentencia, todo ello por la indefensión que le genera al interesado tal cuestión.

Para finalizar con la “graduación de las sanciones” propiamente dicha, se introduce un contenido por parte de la LUIB, que no aparecía en la LOUS:

“Si no concurriera ninguna circunstancia agravante ni atenuante, la multa se impondrá necesariamente en el grado medio de la escala correspondiente.”

Este artículo es fruto de la jurisprudencia de la Sala del TSJ de Baleares. Paradigmático de lo anterior será la sentencia 405/2016 de 6 de Julio, la cual cambió la sistemática existente hasta el momento, cambiando el criterio que había seguido la sala hasta entonces. Es desde luego una sentencia muy didáctica, explicando muy claramente el nivel de aplicación de las sanciones. Oigamos la sentencia:

“La sentencia tras apreciar -erróneamente- que la franja sancionadora lo era la del art. 45 (del 50 al 100 % del valor de las obras), aprecia que debe imponerse el mínimo de la franja (el 50%). Tampoco es acertado el criterio de imponer la sanción mínima, pues el art. 34 ya regula los criterios de graduación de la sanción, conforme a los cuales, si concurre alguna circunstancia agravante, la sanción se impone en el grado máximo (art. 34.1); si concurre alguna circunstancia atenuante, la sanción se impone en el grado mínimo (art. 34, 2º); por lo que, finalmente, si no concurren circunstancias atenuantes o agravantes, por exclusión debe imponerse en grado medio.

En nuestro caso, respecto a la sanción por las "otras obras", al reconocer la propia sentencia apelada que "no se acató la orden de suspensión del curso de la ejecución de las obras" ya concurría la circunstancia agravante del art. 34.1e) por lo que no podía sino imponerse la sanción en el tramo máximo (200 % del valor de las obras).

En la sentencia no se contiene explicación por la que se impone en el grado medio, con vulneración del art.34, 1º LDU.

Con respecto a las obras de la "balsa", la resolución administrativa apreció que al no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes, se imponía en el grado medio (150%). Criterio también acertado. En sentencia de esta Sala Nº 296 de 25 de mayo de 2016 (apelación nº 108/2016) hemos dicho al respecto.

8.- LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN, SIN AGRAVANTES NI ATENUANTES.

El art. 45, a de la LDU prevé que se sancionará con multa del 50 al 100% del valor de las obras ejecutadas sin licencia cuando las realizadas superen en altura, volumen u ocupación, las permitidas en el Plan. Se impuso sanción del 75 % al considerar que no concurrían circunstancias agravantes ni atenuantes.

La recurrente considera que, si no hay atenuantes ni agravantes, o más concretamente, por la inexistencia de los segundos, debe imponerse sanción en grado mínimo, como así se indica en sentencia de esta Sala Nº 696 de 30 de septiembre de 2011 en recurso 189/2011:

“En este punto, lo relevante es que no hemos hallado en el escrito de demanda la invocación de este argumento, por lo que la falta de respuesta al mismo en la sentencia, no puede ser tachada de incongruente.

En cualquier caso, y aunque la extemporánea invocación de un motivo de impugnación que debió realizarse en la instancia ya obliga a su rechazo, sin embargo

debemos precisar que rectificamos la doctrina contenida en aquella sentencia (la otra mencionada, la N° 381/2015 de 3 de junio , parte de supuesto distinto) por cuanto el juego del art. 34 LDU conduce al esquema siguiente: 1º) si concurre alguna circunstancia agravante, la sanción se impone en el grado máximo (párrafo 1º); 2º) si concurre alguna circunstancia atenuante, la sanción se impone en su grado mínimo (párrafo 2º); 3º) en consecuencia, si no hay ni agravantes ni atenuantes, debe imponerse en su grado medio ya que de lo contrario si se impone en su grado mínimo la sanción por infracción sin circunstancias modificativas, se equiparan incorrectamente a los casos en que concurren atenuantes."

“g) Obstaculizar la potestad inspectora de la administración, impidiendo o dificultando el acceso a las edificaciones, construcciones o instalaciones de los inspectores, coaccionándolos, denegándoles información o documentación, o en los casos de los artículos 162.2.d) y 162.3.c) de la presente ley.”

Esa coacción ocasionaría la comisión de un delito, cuestión parecida a lo ya indicado “ut supra”, en tanto la coacción se encuentra plenamente tipificada en el Código Penal.

Llama la atención que la obstaculización de la potestad inspectora aparezca doblemente recogida como “agravante” y como infracción grave del artículo 163, siendo redactada en este último supuesto de la siguiente manera:

“Obstaculizar el ejercicio de las funciones propias de la potestad inspectora a que se refiere el artículo 162 de la presente ley.”

Por tanto, existiría una doble tipificación sobre un mismo hecho, “obstaculizar la potestad inspectora”, lo cual constituye una cierta redundancia.

9.-RELACIONES ENTRE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADAS.

En lo que respecta a tales relaciones, obviamente se trata de procedimientos íntimamente relacionados, pero que no obstante, guardan sustantividad propia. Se trata de procedimientos que se basan en unos mismos hechos, sea realización de obras sin licencia, contraviniendo las condiciones de la licencia, bien de actos en ejecución o ya ejecutados.

Como manifiesta BLASCO ESTEVE “responden a finalidades diferentes: así, en el caso de las medidas de protección de la legalidad urbanística, se pretende conseguir la restauración del orden jurídico y de la realidad física que han sido alterados por la comisión de la ilegalidad, con lo que tienen un carácter fundamentalmente objetivo de reparación de algo que ha sido indebidamente transformado; por el contrario, en el caso de las medidas sancionadoras lo que se pretende es retribuir negativamente la conducta ilegal y culpable de las personas responsables de la comisión

de la ilegalidad urbanística, por lo que tienen carácter subjetivo. Por ello, hay que ser conscientes de que en la práctica pueden darse casos en que proceda adoptar uno de estos tipos de medidas, pero no el otro. ...Pero tampoco puede decirse que la separación entre ambos tipos de procedimientos sea completa y que no haya una cierta relación entre estos tipos de medidas y de procedimientos, ya que a veces dependen unos de otros. Así, por ejemplo, la existencia misma de ciertos tipos infractores requiere que las obras se realicen en contra de la ordenación urbanística, lo cual se determina precisamente en el procedimiento de legalización. Y, a la inversa, la revisión de una licencia urbanística sólo puede ser efectuada cuando sea constitutiva de una infracción urbanística grave o muy grave.”

Ha sido tradicional la confusión entre estos procedimientos, que sin embargo parece aclararse, otra vez más, a la luz de la jurisprudencia.

El artículo 186 de la LUIB introduce en su apartado primero lo siguiente:

“Toda infracción urbanística dará lugar a dos procedimientos:

a) El procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística y de la realidad física alteradas.

b) El procedimiento sancionador.”

Como decimos, son múltiples las sentencias que se significan sobre la diferenciación de ambos procedimientos. Sentencia 145/2017 de 30 de marzo del TSJ de Baleares:

“Y lo cierto es que como ya indica la sentencia apelada estamos en un acto de disciplina urbanística de restauración de la legalidad urbanística dictado en el marco de un expediente de restauración de legalidad infringida, y no en el dictado de un acto de derecho sancionador.”

En idénticos términos se expresa la sentencia 250/2017 de 13 de Junio del TSJ de Baleares:

“A partir de la normativa y doctrina de esta Sala mencionadas más arriba, se colige que, en casos de construcciones sin licencia como se trata del aquí examinado, los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística, por un lado, y los procedimientos sancionadores, por el otro, aunque aparezcan vinculados - especialmente porque al presunto infractor se le concede un plazo de dos meses para la obtención, en su caso, de la legalización de las obras llevadas a cabo sin licencia. Sin embargo, el artículo 72 LDU no exige que anteriormente a tramitar o resolver un expediente sancionador, se haya concluido un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística. En el presente asunto, este procedimiento de demolición se incoó el 29 de abril de 2016, pero después fue declarado caducado en fecha 29 de diciembre de 2010. Como este Tribunal ya ha manifestado en otras ocasiones, se trata de procedimientos independientes y autónomos, si bien relacionados por la oportunidad

que concede la Administración de solicitar legalizar las obras en un *determinado plazo.*”

Es oportuno referirse a la sentencia del TSJ de Baleares 267/2016 de 17 de mayo, que en alusión a otra de 20 de Julio de 2001 del mismo tribunal expresa las diferencias entre ambos procedimientos, ante la alegación de un infractor que pretendía que se resolviera previamente el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística al procedimiento sancionador, en este caso bajo el amparo de la LDU de 1990:

"QUINTO. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANISTICA.

CUANTIFICACION DE LA SANCION.

Alega el recurrente que no podía iniciarse el procedimiento sancionador sin previamente haber concluido el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística. Así se desprende, según su argumento, del último párrafo del art. 72 de la Ley 10/1990 al fijar el procedimiento sancionador "como continuación al expediente de demolición o reconstrucción instruido".

No obstante, lo cierto es que dicho precepto no exige que se haya concluido el expediente de restablecimiento de legalidad ya que la expresión "continuación" es posible respecto al iniciado pero no concluido, como por ejemplo si se ha acordado la demolición pero todavía no se ha ejecutado.

Además, el precepto se inicia con la expresión "Independientemente de la resolución de demolición o de reconstrucción, las infracciones urbanísticas cometidas contra lo dispuesto en esta Ley darán lugar a la imposición de sanciones pecuniarias". La independencia entre los dos procedimientos es obvia por cuanto procede la sanción, aunque no haya finalizado el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, ya que la única vinculación posible deriva del transcurso del plazo de los dos meses concedido para la solicitud de licencia.

Concretamente, y para el caso de la infracción prevista en el art. 27.1.b) como es el caso, la única interdependencia entre los procedimientos radica en el hecho de si se ha solicitado o no la legalización en el plazo de los dos meses concedidos para ello. Así por ejemplo el art.45 previene que serán sancionados con multa del 50 al 100% del valor de la obra ejecutada aquellos que realicen o hayan ejecutado obras de edificación en las condiciones siguientes:

f) Que aunque sean legalizables, no se solicite la legalización en el plazo fijado por la Administración."

Por ello, vistas, entre otras, las anteriores sentencias, se redactó el apartado segundo del artículo 186 de la LUIB:

“a) Instruir y resolver conjunta y simultáneamente, con la posibilidad de agrupar los siguientes actos administrativos:

i. Una única resolución de inicio que incluya la iniciación del procedimiento de restablecimiento y la del procedimiento sancionador.

ii. Una única propuesta de resolución que incluya la propuesta de restablecimiento y la propuesta de sanción.

iii. Una única resolución final que incluya la resolución del procedimiento de restablecimiento y la resolución del procedimiento sancionador.

b) Iniciar en primer lugar el procedimiento de restablecimiento y con posterioridad el procedimiento sancionador.”

Otra cuestión que aparecía erróneamente recogida en la LOUS, era la mezcla de conceptos o disfunción terminológica entre dos conceptos, lo cual ya fue objeto de crítica de autores como BLASCO ESTEVE, de esta forma el reconocido profesor señala “En este punto, hay que decir ya que en la LOUS se produce una disfunción terminológica clara: en la terminología tradicional de la legislación estatal y de la doctrina, esta consecuencia general y esta potestad de la Administración ante la comisión de una ilegalidad urbanística se denominaba “Protección de la legalidad urbanística”, la cual se descomponía en dos subespecies de medidas de reacción:

(i) la restauración del orden jurídico infringido, lo cual supone una actuación puramente jurídica (sea anular los actos administrativos ilegales que se hayan producido, o sea producir un acto administrativo habilitante si no lo había). Esta actuación jurídica siempre precede a la reposición de la realidad física alterada, que sigue después.

(ii) la reposición de la realidad física alterada a su estado original, lo que supone una actuación material en el plano de los hechos, aunque requiere a la vez de un título habilitante, como puede ser por ejemplo una orden de demolición. Así lo reconocía el RDY y la LDU Balear de 1990 (art. 25) y, con carácter general, la LRJPAC prevé asimismo la reposición de la situación física alterada por la ilegalidad. Como he dicho antes, esta actuación material es posterior a la restauración del orden jurídico infringido: primero hay que restaurar el orden jurídico y, como consecuencia de ello, hay que reparar el orden físico, es decir, reponer la realidad física alterada.

Sin embargo, la LOUS mezcla continuamente el género con las especies, siguiendo a la Ley andaluza 7/2002...se mezcla indebidamente el género (protección de la legalidad urbanística) con una de las especies (el restablecimiento o restauración del orden jurídico infringido), cuando seguramente se estaba refiriendo a las dos especies (o bien a todo el género). Este defecto de sistematización aparece de manera reiterada en el CAP. V del Título VII.”

La propia exposición de motivos de la LUIB reconoce tal “error” señalando “La disciplina urbanística, que siempre ha sido entendida como el conjunto de medidas sancionadoras y de restablecimiento de la legalidad y de la realidad física que se tienen

que adoptar ante las infracciones urbanísticas, se engloba en un único título, en contraposición con la ley precedente, donde aparecía dividida en dos.

La deficiente sistemática y terminología de la LOUS, que mezclaba continuamente conceptos como los de protección de la legalidad urbanística, restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada, obliga a rehacer todo el contenido de este título”

10.-SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Una de las cuestiones que se modifica con la LUIB es el plazo para cortar los suministros energéticos, así como para paralizar las obras que se estuviesen realizando, reduciéndose el plazo de 48 horas a 24 horas. Ya 48 horas eran suficientes para considerar una medida tan drástica como es suspender unas obras, porque una cosa es paralizar unas obras que carecen de título habilitante y otra muy distinta que presuntamente no se ajuste al planeamiento una licencia de obras, o que se realice una obra contraviniendo los requisitos de la licencia. Todo ello, sin dar audiencia de ningún tipo al presunto infractor. Me parece un exceso del legislador reducir este plazo a tan solo 24 horas, puesto que ya el existente de 48 era suficiente para que no se construya un edificio de cuatro plantas.

Otro aspecto novedoso que incluye la LUIB en su artículo 187 es el siguiente:

“En caso de que en el momento de notificar la orden de suspensión en el lugar de las obras o usos no se encuentre presente ninguna persona relacionada con la ejecución, el personal de la administración podrá colocar en un lugar visible un cartel informativo de la suspensión, donde se hará constar expresamente la fecha y la hora en que se cuelga el cartel y que el transcurso del plazo de 24 horas a partir del momento de la colocación del cartel sin que se haya cumplido la orden habilitará el precinto de las obras, instalaciones o usos.”

Vemos que este cartel constituye el “auténtico BOE” del procedimiento disciplinario urbanístico. Así como la Ley de Procedimiento Administrativo exige que se realicen dos notificaciones, siendo efectuadas estas en dos períodos diferentes, sea de mañana o de tarde, en el ámbito disciplinario balear esta cuestión parece menor, con lo cual, la Administración podrá suspender las obras, mediante la colocación del cartel. Esto es directamente “Kafkiano”. Señala directamente “in fine” el presente apartado “y que el transcurso del plazo de 24 horas a partir del momento de la colocación del cartel sin que se haya cumplido la orden habilitará el precinto de las obras, instalaciones o usos.” ¿Cómo va a incumplir ninguna orden si no tiene conocimiento de la misma?, ¿y si el cartel lo colocan el viernes a las 3.30 de la tarde, se entiende suspendida la obra a las 3.30 del sábado? ¿Dónde queda la labor indubitada, diligente y probada de la Administración de localizar a los supuestos infractores?

Fuera de bromas, desde luego parece existir una contradicción evidente con el artículo 42 y siguientes de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo, puesto que

prácticamente no se deja margen de reacción alguno al presunto infractor, pudiendo existir ciertamente una indefensión en el procedimiento, susceptible de ser alegada por los interesados.

En cuanto a la consideración de la suspensión de las obras, puede tener dos consideraciones:

Un acto de trámite cualificado, que puede ser impugnado a tenor del art. 25 LJCA, o puede ser incluso considerada como un acto definitivo o resolución del breve procedimiento de suspensión (STSJ de Madrid de 30 de Junio de 2011).

El TSIB lo consideró como acto de trámite cualificado en la sentencia 14.03.1996, pero debe quedar claro que en la impugnación sólo se puede cuestionar la concurrencia de los presupuestos fácticos o requisitos previstos para dictar la suspensión, sin entrar en el tema de fondo.

En mi opinión debe ser un acto de trámite cualificado, en tanto no parece que tenga cabida en la definición que señala el artículo 52 de la Ley 7/1985, en su apartado 2:

“2. Ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades:

a) Las del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Juntas de Gobierno, salvo en los casos excepcionales en que una ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la comunidad autónoma, o cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2. Letra a) del número 2 del artículo 52 redactada por el apartado 1 del artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

b) Las de autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.

c) Las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.”

Sí tendría encaje dentro de los supuestos que marcaba el antiguo 107 LRJPAC y actual 112 de la Ley 39/2015, puesto que según dichos artículos son actos de trámite los actos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, con lo cual, en mi opinión sería más defendible esta primera opción que la postura mantenida por el Tribunal madrileño.

11.-PROCEDIMIENTO RESTABLECIMIENTO.

En este apartado serán tratadas las cuestiones principales que atañen al procedimiento, a la vista de la jurisprudencia que en los últimos años se ha ido pronunciando sobre la cuestión.

Es oportuno referirse a la sentencia 239/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 8 de abril, que desgrana todos los conceptos, que, ahora sí, aparecen diferenciados en la LUIB:

“Antes de analizar la cuestión concreta relativa a la interpretación del informe, interesa efectuar unas precisiones previas:

1ª) Ante la comisión de una infracción urbanística, debe distinguirse entre lo que son las consecuencias sancionadoras (imposición de multas), de lo que son las medidas de la protección de la legalidad urbanística, comprendiendo éstas últimas, tanto las necesarias para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, como en su caso también la reposición de la realidad física alterada.

3ª) En la determinación del modo en que estas medidas pueden afectar al importe de la sanción, es obligado efectuar una distinción entre lo que es el restablecimiento del orden jurídico perturbado, de lo que es la reposición de la realidad física alterada.

Lo primero se mueve en el ámbito puramente jurídico y al objeto de restaurar la legalidad formal. Para el caso, mediante la presentación y obtención de licencia de legalización.

Lo segundo —reposición de la realidad física alterada—, se mueve en el plano de la actuación material, y se logra normalmente mediante la demolición de obras que no sean legalizables o de la reconstrucción de lo ilegalmente destruido.

Tanto la anterior LDU 10/1990 como ahora la LOUS 2/2014, regulan de forma separada la incidencia de la restauración de la legalidad y de la reposición de la realidad física alterada, sobre la cuantía de la multa.

Distinta era la operatividad de la reposición de la realidad física alterada y así se indicaba en el art. 72, 2º de la LDU que "Sin perjuicio de lo que establece el art. 33, el hecho de que el infractor restituya la realidad física alterada a su estado anterior, dentro del plazo previsto en el apartado primero del art. 67, dará lugar, a instancia de la persona interesada, a la condonación del 80% de la sanción impuesta". En lo que ahora importa, y para ello era necesaria la previa distinción entre medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado y medidas de reposición de la realidad física alterada, el art. 72, 2º LDU sólo opera en el segundo caso, es decir, de restitución de la realidad física al estado anterior dentro del plazo concedido por la administración conforme al art. 67 (orden de demolición o reconstrucción).

Lo mismo ocurre ahora con la LOUS 2/2014. El restablecimiento del orden jurídico perturbado mediante la legalización solicitada en plazo se premia con reducción de la multa en un 95 %, y en un 80 % si la legalización se solicita fuera del plazo otorgado, pero antes de la imposición de la sanción (art. 177, 2º LOUS). La reposición

de la realidad física alterada también tiene efectos favorables: reducción de la sanción en un 90 % si se realiza antes de la imposición de la sanción (art. 177, 2º LOUS) y reducción al 80% si se realiza después, pero dentro del plazo fijado en la orden de reposición de la realidad física alterada (art. 152, 2º LOUS). Aunque no lo indique el precepto, en este último supuesto (reducción 80 %) se ha de incluir la reposición efectuada después de la imposición de sanción, pero antes de que se formalice requerimiento de plazo para reposición.”

A diferencia de la LOUS, la LUIB recoge más ampliamente el tema, no obstante, nos referiremos a ello en sus aspectos más relevantes. De esta forma, la LOUS dedicaba los artículos 150-154 mientras que la LUIB se refiere a ello en los artículos 187-196.

11.1 Legalización de usos ilegales.

La legalización de los usos ilegales, pretende que la Administración se ahorre una serie de trámites, que desde luego son costosos en toda la tramitación administrativa que conlleva, con lo cual deja a la voluntad del infractor que se realice “ex ante” la actuación de adecuación al ordenamiento jurídico.

“Pero esta disfunción tiene su justificación en que la bonificación lo que pretende es incentivar el cumplimiento voluntario de obligaciones, liberando a la administración de los costosos y farragosos procesos de ejecución subsidiaria. En definitiva, peculiar aplicación de técnicas de fomento al infractor como respuesta a la insufrible realidad: la incapacidad administrativa para lograr que se obedezcan sus órdenes de reposición y, singularmente, las de demolición. Así, la bonificación de que tratamos sólo es posible cuando con ello se evita la demolición subsidiaria. Si esta demolición no era necesaria -por legalización de todas las obras- no tiene sentido bonificar con una reducción de la multa aquella actuación que no se llevará a cabo, por innecesaria. El infractor que puede corregir la falta mediante la legalización sin demolición, tiene su específica bonificación: la del art. 46,1º LDU y, ahora, la del art. 177,2º LOUS.” (TSJ Baleares 239/2015)

El artículo 189 de la LUIB trata la cuestión, otorgando, al igual que la LOUS, un plazo de 2 meses para legalizar la situación al orden anterior:

“1. Las personas responsables de los actos o de los usos ilegales estarán siempre obligadas a reponer la realidad física alterada, o a instar a su legalización dentro del plazo de dos meses desde el requerimiento hecho por la administración.” (TSJ Baleares 239/2015).

La jurisprudencia ha establecido que este plazo de dos meses para legalizar la situación interrumpe el plazo a efectos de caducidad del expediente.

La sentencia 666/2016 de 29 de diciembre del TSJ de Baleares señala:

“TERCERO: Y no mayor éxito ha de tener la apelación respecto a la apreciación de la caducidad del expediente que declara la sentencia de instancia. Tanto el Ayuntamiento apelante como la sentencia del Juzgado coinciden en que el plazo de caducidad es de un año, plazo que ha de tenerse en cuenta que no correrá durante el plazo de dos meses de que dispone el afectado para solicitar la legalización de las obras. Esta es la doctrina sentada por esta Sala de forma reiterada y constante en sentencias nº 440/2014 de 18 de septiembre entre otras en la que decíamos:

“En este punto no cabe sino reiterar la doctrina de esta Sala, contenida en las sentencias aludidas en la apelada (Ss. TSJIB de 16.12.2008; 19.01.2010) en el sentido de que el trámite derivado del necesario requerimiento de legalización, interrumpe el plazo de caducidad. Interrupción que, como mínimo será de dos meses, que es el plazo de que dispone conforme al art. 65. 1º de la LDU, pero como indica ésta última sentencia, también puede extenderse " hasta que el interesado comunique a la autoridad urbanística autonómica que no ha atendido el requerimiento de legalización” (Sentencia 666/2016 de 29 de diciembre TSJ. Baleares).”

En lo que respecta al apartado segundo del artículo 189 LUIB, al igual que comentamos anteriormente con los propietarios de “buena fe”, la obligación de legalizar no se extingue, sino que se transmite a terceros adquirentes o sucesores de los responsables, cuestión que ya había sido abordada por la jurisprudencia:

“2. Las obligaciones de reponer y de legalizar se transmitirán a las terceras personas adquirentes o sucesoras de las personas responsables, que quedarán subrogadas en la misma posición que estas, sin perjuicio de las acciones civiles que, en su caso, puedan ejercer entre ellas”.

Por otra parte, en lo que respecta a INCOMPATIBILIDAD MANIFIESTA ENTRE LAS OBRAS REALIZADAS Y LA ORDENACIÓN APLICABLE, debo suscribir las palabras emitidas por BLASCO ESTEVE (pág. 813):

“Hay que tramitar un procedimiento de legalización aunque sea abreviado. En efecto, resulta claro que la Administración no puede en ningún caso adoptar medidas de reposición de la realidad física de plano, ni tener la absoluta seguridad de que las obras o los usos no son legalizables, dada la trascendencia irreversible que pueden tener las medidas de reposición. Pues bien, salvo casos extremos esa seguridad sólo puede obtenerse de un examen detallado y cuidadoso de las obras o usos realizados, por una parte, y del análisis de la ordenación aplicable, por otra. Ello exigirá sin duda los pertinentes informes técnicos y jurídicos de los servicios municipales. Por otra parte, la propia Ley exige que se dé audiencia al interesado, el cual tiene sin duda el derecho de proponer pruebas y de que éstas se practiquen por la Administración (art 80 LRJPAC). ¿Qué ocurrirá si el interesado presenta en este caso una solicitud formal de legalización, acompañada de todos los documentos preceptivos---proyecto técnico, etc.---? Entiendo que la Administración no tiene otra opción más que la de tramitar dicha solicitud por los cauces ordinarios.”

Coincidimos con el citado autor en tanto es evidente que una medida tan drástica requiere un procedimiento al efecto, por la propia indefensión que ello generaría al afectado.

La misma STSJIB 24/2010 citada reconoce a este respecto lo indicado anteriormente:

“En realidad, en materia de urbanismo lo ilegal raras veces aparece pacíficamente como clara, evidente y manifiestamente incompatible con la ordenación urbanística, con que tenemos que concluir que la omisión de ese trámite (de legalización) no es exigible y prevalece así la garantía de defensa del interesado, esto es, que la previa demolición no impida la prueba, siempre fundamental para impugnar, sea el acuerdo de demolición o sean las sanciones pecuniarias impuestas”

Por ello, BLASCO ESTEVE concluye “también en estos casos hay que tramitar un procedimiento de legalización, aunque sea más o menos extenso, a fin de demostrar que existe verdaderamente esa incompatibilidad manifiesta entre las obras realizadas y la ordenación urbanística aplicable.”

11.2 Restablecimiento de la realidad física alterada.

Este procedimiento está más desarrollado que en la LOUS. En el supuesto que se produzca el incumplimiento de la legalización de los actos que perturbaron el ordenamiento jurídico, se iniciará el procedimiento de restablecimiento de la realidad física alterada.

Al igual que indicaba la LOUS, la LUIB manifiesta que el plazo para proceder a la demolición será de dos meses. Así “El plazo mencionado incluirá el de ejecución de las tareas materiales indicado en la propuesta de restablecimiento y el plazo de que disponga la persona interesada para presentar ante el ayuntamiento el proyecto de restablecimiento, que no podrá exceder de dos meses”.

Se incluye otra cuestión novedosa en la LUIB, como es la no sujeción a licencia, en ciertos casos, de las demoliciones, en el supuesto de una orden de restablecimiento ya dictada o de un procedimiento de restablecimiento ya iniciado, tal y como establece el procedimiento previsto en el artículo 193 de la LUIB:

“a) El proyecto de restablecimiento recibirá el visado previo del colegio profesional correspondiente si incluye obras de demolición de edificaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.d) del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio.

b) El proyecto de restablecimiento se presentará ante el ayuntamiento, junto con la documentación que el planeamiento urbanístico municipal pueda exigir a este tipo de proyectos. Una vez presentada la documentación completa, el ayuntamiento dispondrá

del plazo de un mes para comprobar si el proyecto contiene toda la documentación e información que la normativa vigente exige a un proyecto de restablecimiento. En todo caso, el ayuntamiento no solicitará ningún informe o autorización sectorial a otras administraciones u organismos públicos, dado que el proyecto tendrá como único objeto restablecer las cosas a un estado preexistente.

Transcurrido este plazo sin que el órgano municipal competente notifique a la persona interesada una resolución en contra, empezará a contar el plazo de ejecución de las obras de restablecimiento que figura en la orden de restablecimiento, o que figura en la resolución de inicio del procedimiento de restablecimiento si el proyecto se presentara durante la tramitación de este procedimiento pero antes de que se dicte la orden de restablecimiento. Si el órgano municipal detectara, transcurrido el plazo de un mes, que el proyecto no contiene toda la documentación e información requeridas, el ayuntamiento ordenará la paralización inmediata de las obras y requerirá la presentación de un nuevo proyecto que haya subsanado los incumplimientos detectados.

c) Los municipios podrán establecer el cobro de una tasa por las tareas administrativas que genera la tramitación del proyecto de restablecimiento, en especial por la emisión de los informes necesarios para constatar si el proyecto contiene toda la documentación e información requeridas por la normativa aplicable.

d) En caso de que la orden de restablecimiento haya sido dictada o que el procedimiento de restablecimiento haya sido iniciado por una administración distinta de la municipal, una vez elaborado, y en su caso visado, el proyecto de restablecimiento y antes de presentarlo ante el ayuntamiento, la persona interesada solicitará de aquella administración la emisión de un informe, que se regirá por las siguientes reglas:

i. Se adjuntará a la solicitud de informe un ejemplar del proyecto.

ii. El informe tendrá por objeto constatar si los actos o usos que se pretendan restablecer con el proyecto abarcan la totalidad de los que son objeto del expediente de infracción urbanística.

iii. La administración emisora dispondrá del plazo de un mes para emitir y notificar el informe, transcurrido el cual, sin haberlo recibido, la persona interesada ya podrá presentar el proyecto ante el ayuntamiento.

iv. La administración emisora notificará el informe a la persona solicitante y también al ayuntamiento para su conocimiento.”

11.3-Acción demolición.

Dentro del restablecimiento de la realidad física alterada, concretamente de la demolición, ha habido un problema que ha suscitado numerosa controversia, y este no es otro que el plazo para ejercer la acción de demolición.

Desde luego que el duro y arduo trámite que lleva a la finalización de un expediente de disciplina urbanística, después de que el político de turno reciba en su despacho al infractor, y tras haber realizado las alegaciones pertinentes, de las más variadas (mi vecino tiene otra casa igual al lado, los técnicos del Ayuntamiento me dijeron que podía hacerlo, etc.), y que el político no haya decidido dejarlo dormir en un cajón (ya hablaremos de la caducidad), finalmente el expediente llega a su fin con la resolución adoptada por el concejal de urbanismo, la Junta de gobierno o el alcalde/sa si no ha delegado la competencia en materia urbanística.

Son numerosas las excusas para no proceder a la demolición, siendo el principal, el mantener una edificación con el correspondiente negocio, como por ejemplo así lo dispone la STC 97/2011 18 de febrero de dos mil once. No obstante, este “interés” cede ante el interés general de protección de la legalidad urbanística:

“Trasladando esas consideraciones al caso que nos ocupa, es claro que a la hora de ponderar los intereses en conflicto no puede ignorarse que el interés público demanda el restablecimiento de la legalidad urbanística y la no persistencia de una construcción que ha sido ejecutada sin la preceptiva autorización de la Administración autonómica y sin licencia municipal. Pues bien, frente a ese interés público innegable, y partiendo de que la recurrente no ha negado ni cuestionado siquiera la falta de autorización autonómica y de licencia municipal, queda necesariamente relegado a un segundo plano el interés privado en el mantenimiento de la edificación y en la continuación de la actividad de hostelería que allí se desarrolla”

Pues bien, una vez alcanzado ese trámite queda el último, iniciar la demolición. No son pocas las Administraciones que se “duermen” en este trámite, y no son pocas las alegaciones que se han expuesto en este sentido.

La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretada esta vez en la Ley 42/2015 en vigor desde el día 7 de octubre de 2015, ha traído entre sus novedades la modificación del art. 1964.2 del Código Civil, que establece una reducción significativa del plazo de prescripción de las acciones personales sin plazo especial señalado, pasando de 15 a 5 años.

Dicha modificación de calado afecta a la actual prescripción de las obligaciones de hacer derivadas de órdenes administrativas decretadas en el marco de un procedimiento de disciplina urbanística, tales como los requerimientos de legalización, u órdenes de derribo, cuando lo edificado resulta ilegal e ilegalizable.

Esta doctrina ya venía siendo admitida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de enero de 2008, descartando la posible aplicación del plazo de 15 años contenido en el art. 1964 del código civil (plazo que había sido acogido en sentencias anteriores) tal y como señala CABA:

De este modo concluye el Tribunal:

*“Ahora bien, dicha doctrina debe ser matizada después de la entrada de la LEC/2000 donde en su artículo 518 referente a la caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial o resolución arbitral se establece que “La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los **cinco años** siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.” Por tanto, tras la entrada en vigor de dicho texto legal ya no es necesaria la interpretación analógica del art. 1964 del Código Civil al regularse expresamente el plazo de caducidad de cinco años. Si bien no es necesario que un órgano jurisdiccional sancione un acto administrativo para que el mismo sea ejecutivo, no por ello se puede entender que la Administración no tiene plazo alguno para llevar a cabo la ejecución de sus propios actos, ya que ello vulneraría el principio de seguridad jurídica, por lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes descrita deberá estarse al plazo establecido en el art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de aquellos actos administrativos dictados con posterioridad a la entrada en vigor de dicho texto legal, siempre que la ley de aplicación no establezca otro plazo, tal como ocurre en el presente caso en que la orden de demolición es de fecha 16 de enero de 2001. De acuerdo con la anterior doctrina jurisprudencial expuesta, y tal como se ha manifestado en la sentencia objeto de apelación, es evidente que a la vista de la fecha de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 11 de marzo de 2003, la acción para proceder a demoler las obras abusivamente realizadas no ha prescrito.”*

No obstante, con carácter supletorio, ya quedaba más concretado el plazo de cinco años contenido en el art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

*“... La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del Tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los **cinco años** siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución...”*

Hasta la aparición del apartado que nombraremos con posterioridad, en Baleares imperaba la doctrina establecida por el Supremo (plazo para el ejercicio de la acción 15 años). No obstante era habitual confundir, o querer hacer confundir, el plazo para resolver el expediente, con el plazo para ejercitar la acción. Concluido un expediente, disponías de 15 años para demoler la construcción, obra o edificación que fuese.

Así lo disponían, entre otras, la sentencia del TSJ de Baleares nº 537/2010 de 15 de junio:

“Respecto al plazo prescriptivo, la parte considera que es el de ocho años del artículo 73 de la LDU, con lo que habría finalizado ese plazo a contar desde la fecha en que se adoptó el acuerdo de demolición por la Gerencia de Urbanismo. La Sala considera que ese plazo no es correcto, por cuanto la prescripción del artículo 73 que consagra un plazo de ocho años, afecta a la acción de la administración para perseguir la restitución de la legalidad alterada o infringida, transcurrido el cual, ya no es

posible declarar esa ilegalidad y conseguirla restauración de la legalidad infringida. Pero en este caso esa actuación administrativa ya se ha producido con el dictado del Acuerdo de Gerencia de Urbanismo de 28 de diciembre de 1994 que ordenó la demolición de unas obras ilegales en la vivienda que hoy es propiedad del recurrente. Y la legalidad de ese Acuerdo viene confirmada en sentencia firme de esta Sala dictada el 29 de octubre de 1998, por lo que la administración dispondrá del plazo quincenal para poder hacer efectivo ese derecho reconocido en sentencia a tenor del artículo 1964 del Código Civil. Plazo donde el día a quo es el de la firmeza de la sentencia dictada”.

Es importante resaltar el cambio de doctrina que se estableció con la sentencia 381/2015 de 3 de junio del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que hasta la fecha venía defendiendo la postura que la acción de demolición no estaba sujeto a plazo de prescripción, utilizando la conocida doctrina del “Donde dije digo, digo Diego”. En estos términos se manifestaba:

“Esta Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, ha venido manteniendo que la orden de demolición, como acto no sancionador sino inserto en procedimiento de reposición de la realidad física alterada, no estaba sujeto a plazo de prescripción.

Lo afirmamos en sentencias de fechas 15.10.99 (rec. 87/1998), 29.10.99 (rec. 698/1999), 30.05.00 (rec.682/1997), 02.06.08 (rec. apel. 77/2008) y 11.05.2009 (rec. apel. 39/2009).

En esta última, con cita de las anteriores se argumentaba:

“Por lo que concierne a la caducidad, debe destacarse, como señala la sentencia apelada, reproduciendo la Sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 2000, que la eficacia de un acto administrativo puede quedar demorada o suspendida (artículo 57.2 de la Ley 30/92) o quedar anulada por efecto de su revisión administrativa (artículos 102 y siguientes) o por el resultado de recursos administrativos y judiciales. Pero mientras no se produzca alguno de tales supuestos que priven de eficacia al acto administrativo, éste seguirá siendo eficaz y sin que el mero transcurso del tiempo sea causa, en sí misma, de pérdida de eficacia.

La caducidad opera en el procedimiento administrativo cuando se produce una paralización antes de llegar a este acto final, pero en nuestro caso el Decreto de demolición ya está tomado y ha adquirido firmeza, por lo que no cabe caducidad alguna. Los actos posteriores serán actos de ejecución para los que no hay plazo de caducidad o prescripción por la simple razón de que serán meros actos ejecutivos de un acto administrativo definitivo y firme que ponía fin a la fase declarativa del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística.

Desde el momento en que se ordena la demolición, siempre se está obligado al cumplimiento de dicha orden, y el cese de la obligación no puede quedar supeditada a que la Administración se decida o no a dar cumplimiento a sus obligaciones subsidiarias de ejecución forzosa, ya que, con independencia de ello, el infractor debe

proceder a la demolición y el hecho de que la Administración no ejercite su facultad de ejecución subsidiaria, no le libera de aquél deber.

Por ello, no se puede compartir que "prescribiera" o quedase de algún modo ineficaz la orden de demolición firme, por el simple hecho del transcurso del tiempo sin proceder a su ejecución, sin que ello implique una cercenación de los principios de eficacia de la actuación administrativa, de interdicción de la arbitrariedad, ni tampoco de seguridad jurídica, constitucionalmente consagrados".

No obstante, vista determinadas sentencias del Supremo que sentaron un cambio de doctrina en este aspecto, se tuvo que modificar el criterio de la Sala, como así lo tuvo que manifestar en las siguientes líneas (todo ello, antes de la modificación anteriormente comentada del año 2015):

"Pues bien, entendemos que el mencionado criterio lo debemos rectificar por otro más acorde con doctrina del Tribunal Supremo que si bien ya se había apuntado en una antigua sentencia de 5 de junio de 1987, dicha doctrina se ha consolidado por otras posteriores como la de 25 de marzo de 2002 (rec. 1017/1999).

En particular, las sentencias del TS de 25 de noviembre de 2009 (rec 6237/2007) y 29 de diciembre de 2010(rec.500/2008), en relación al plazo de caducidad de la acción para instar la ejecución de una sentencia firme que acordaba la demolición de una obra, indican que debe estarse al plazo general de 15 años del Código Civil, por lo que es evidente que carece de sentido mantener que la orden de demolición acordada por la Administración no esté sujeta a plazo de eficacia, mientras que sí lo esté la que emana de órgano jurisdiccional.

Son los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3º de la CE) los que motivan que a falta de legislación específica al respecto (la norma urbanística autonómica o subsidiaria estatal) o a falta de norma reguladora del procedimiento administrativo general, se acuda en último término al plazo de prescripción de los quince años que, para las obligaciones personales, establece el art. 1.964 del Código Civil. Es decir, el destinatario de la orden de demolición tiene obligación de cumplirla durante al menos 15 años y la inactividad de la Administración durante este plazo, no realizando actuaciones tendentes a exigir dicho cumplimiento, provoca la extinción de la obligación del que recibió la orden."

En lo que respecta a la ejecución subsidiaria, cabe decir que se ha producido un cambio en la normativa, ya que allá donde la LOUS (artículo 153) decía que se podría ejecutar subsidiariamente por la Administración en cualquier tiempo, por parte de la LUIB (artículo 194) este plazo se reduce a 15 años, en términos similares a lo dispuesto por el artículo 1964 del Código Civil:

"Se establecerá un plazo máximo de 15 años para la ejecución subsidiaria de la orden de restablecimiento por parte de la administración. Este plazo se iniciará el día que adquiera firmeza la resolución que ordene el restablecimiento, y se interrumpirá con cualquier acto administrativo formal tendente a la ejecución de la orden. Se

consideran actos administrativos tendentes a la ejecución de la orden de restablecimiento, entre otros, la imposición de multas coercitivas o la resolución de inicio del procedimiento de ejecución subsidiaria. Una vez producida la interrupción, volverá a empezar el plazo de 15 años mencionado.”

Desde luego, si atendemos a razones de Seguridad Jurídica (artículo 9,3 Constitución Española), supone una medida más correcta que aquella que figuraba en la LOUS. Ahora bien, si ya a la Administración “le cuesta” que lo tramite el ciudadano, y en su caso, proceda a demoler la construcción o edificación correspondiente, no menos le costará llevarlo a cabo ella por sus propios medios, donde normalmente tendrá que licitar la demolición, con todo el procedimiento contractual que conlleva...por tanto 15 años hasta parecerán pocos, por todas las “trabas” que pueden ir surgiendo “por el camino”.

11.4. Caducidad del procedimiento de demolición.

Previa a la demolición propiamente dicha, se encuentra el expediente que debe servir de fundamento y motivación para proceder a tal hecho. Ya hemos dicho en líneas anteriores que la acción en sentido estricto era costosa, sin embargo ya avanzábamos que el procedimiento era igual o más de infructuoso.

En todo caso la caducidad, si efectivamente se ha producido, supone la “muerte” del expediente administrativo, a diferencia de la prescripción que supone la “muerte” de las infracciones urbanísticas en todo caso. Ante tan luctuosos acontecimientos cabe no obstante que se “reviva” al “muerto” en el caso de tratarse de una caducidad. Habrá que tomar en consideración qué documentación se introduce, en el caso de reiniciar un nuevo expediente. Así lo expresa la sentencia 666/2016 de 29 de diciembre. La sentencia analiza el proceder administrativo y concluye que, si bien es posible mientras la acción no esté prescrita, reiniciar el expediente administrativo declarado caducado, no lo es menos, que deberá en su caso hacerse salvaguarda de aquellas actuaciones que fueran de interés guardar, o bien practicar nuevas.

El Tribunal Supremo se refiere a la caducidad citando al efecto la de 21 de diciembre de 2015 que cita a su vez otras de ese mismo Alto Tribunal en el que se declara que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente puede y debe fundarse en los mismos documentos que con el valor de denuncia determinaron la actuación del expediente, pudiéndose salvaguardar determinadas actuaciones que deberán detallarse expresamente, e incluso practicar nuevas actuaciones si así se desea pero lo que no cabe es que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.

La Sentencia del TSJ de Baleares nº 375/2016 de 21 de junio explica con detalle y claridad la posibilidad de utilizar documentación de un procedimiento caducado:

“Ciertamente declarada la caducidad de un procedimiento administrativo en el que se ejercitan potestades sancionadas o de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen por falta de la resolución expresa en el plazo legalmente establecido (art. 44,2 de la LRJPC), las consecuencias legalmente previstas son el archivo de las actuaciones y que el procedimiento caducado no sirva para interrumpir los plazos de prescripción. Pero sin perjuicio de ese proceder, si no ha prescrito la infracción presuntamente cometida, puede la Administración incoar unas nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos. El Tribunal Supremo en sentencias de 1 de octubre de 2001, 5 de noviembre de 2001 así lo permiten y en la de 24 de febrero de 2004 y en la citada por la sentencia apelada de 21 de diciembre de 2.015 se señala:

"a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (dos), 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001.

Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.”

Por tanto, habrá que tomar en consideración que la redacción de decretos que sirvan de inicio a un expediente sancionador o de demolición no se realice sobre actas inexistentes o que no se hayan conservado, puesto que puede afectar directamente al derecho de defensa de los interesados. Así lo indica la sentencia n.º 666/2015 de 29 de diciembre:

“El error o transcripción errónea que el Ayuntamiento sostiene, no es un error formal subsanable, sino un error muy relevante y sustantivo, que acarrea sus consecuencias. De un lado el Decreto dictado alude a un Acta nueva, que se ha demostrado inexistente, y en cambio, en el expediente se adjunta el Acta de 24 de agosto de 2009, que no se salvaguardó en el Decreto de 14 de febrero de 2011, y debió

hacerse tal mención expresa y salvaguarda. Ese olvido, o el error de considerar un acta nueva aquella que en verdad no lo era, determina que, al final, en el expediente iniciado nuevamente, no exista prueba y constancia de cuáles son en verdad las obras que se han hecho y se reputan sin licencia. Y ello tiene su trascendencia tanto para lo que afecta al Decreto que pretende la restauración de la legalidad urbanística, como obviamente a la Resolución que impone una sanción por ese proceder, puede debemos señalar que el expediente de restauración de legalidad no tiene carácter sancionador, como sí lo tiene el expediente que persigue y sanciona aquellas conductas tipificadas en la ley como constitutivas de infracción urbanística.”

El artículo 195 de la LUIB aparece redactado de conformidad, una vez más, de la jurisprudencia dictada por la Sala del TSJ de Baleares:

“1. El plazo máximo para notificar la resolución expresa que se dicte en el procedimiento de restablecimiento será de un año, a contar desde la fecha de la iniciación.”

La sentencia 380/2015 de 3 de junio del TSJ de Baleares expresa el plazo de caducidad. Veamos:

“Se dicta resolución en fecha 29/06/2007 ordenando la demolición. La resolución anterior fue notificada al Sr. José Ignacio el 18 de julio de 2007. Por lo que hay que concluir que, no había transcurrido el plazo de un año en el procedimiento para la restauración de la legalidad urbanística. Y es así, en aplicación de la anterior doctrina de nuestro Tribunal Superior, pues se interrumpió el plazo de un año cuando se le otorgó el plazo de dos meses para instar la licencia, hasta que el Ayuntamiento de Santa María de la Salut contesta el 18/12/2006. “

De acuerdo con el apartado 2 del nombrado artículo 195 LUIB, existen una serie de supuestos que suspenden la caducidad, como son:

1.-El plazo de dos meses para solicitar la licencia de legalización.

STSJIB N° 839 de 5 de diciembre de 2012 en rec. ap. 180/2012) en el sentido de que *el trámite derivado del necesario requerimiento de legalización, interrumpe el plazo de caducidad. Interrupción que, como mínimo será de dos meses*, que es el plazo de que dispone conforme al art. 65,1° de la LDU, pero como indica ésta última sentencia, también puede extenderse " hasta que el interesado comunique a la autoridad urbanística autonómica que no ha atendido el requerimiento de legalización, o bien que el Ayuntamiento hubiera denegado la licencia solicitada".

2.-La presentación de la solicitud de licencia de legalización ante el ayuntamiento. El plazo de caducidad quedará suspendido desde la fecha de presentación y hasta que el ayuntamiento no resuelva expresamente esta solicitud o se produzca el silencio administrativo. Sin embargo, en caso de que el procedimiento de restablecimiento sea instruido por una administración distinta de la municipal, la suspensión se iniciará el día en que la persona interesada o el ayuntamiento le

comuniquen que se ha presentado la solicitud, y se levantará el día en que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

i. La persona solicitante de la licencia o el ayuntamiento comunique formalmente a la administración instructora la resolución expresa de la solicitud de legalización.

ii. El ayuntamiento comunique expresamente a la administración instructora que se ha producido el silencio administrativo que corresponda, derivado de la falta de contestación de la solicitud dentro del plazo legalmente establecido.

iii. Transcurran 6 meses desde la fecha de inicio de la suspensión sin que se haya producido ninguna de las dos circunstancias anteriores y sin que el ayuntamiento haya comunicado a la administración instructora qué motivos de legalidad impiden resolver expresamente la solicitud y qué motivos de legalidad impiden la producción del silencio administrativo.

Sentencia del TSJ de Baleares N° 458/2004 de 4 de junio:

"Si el interesado quiere hacer valer la caducidad debe haber evidenciado un especial celo en la tramitación del expediente de legalización ya que no puede olvidarse que sobre el infractor recae la carga de legalizar la obra iniciada sin licencia o al margen de ésta si la caducidad del procedimiento es un mecanismo corrector de la inactividad de la administración que lo tramita, este correctivo no ha de entrar en juego cuando la inactividad, dilación o entorpecimiento, procede del interesado (caducidad provocada) o de otra administración distinta, como en el caso el Ayuntamiento que ha de tramitar el expediente de legalización que ha de preceder a la resolución sancionadora o de reposición de la realidad física alterada."

Cabe plantearse, ¿Si ha transcurrido el plazo de dos meses para legalizar se puede solicitar licencia?

Según las sentencias del TS de 22.06.1993 y 24.02.1988 "sería de todo punto absurdo que unas obras que pudiesen ser legalizadas fuesen demolidas porque se haya pedido su legalización extemporáneamente"

Por tanto, es obvio que se podría realizar, simplemente existiría una "penalización" en lo concerniente a la bonificación por subsanación en plazo, bajando el porcentaje del 95% al 80%.

En cuanto a la tramitación del procedimiento de legalización sigue los mismos trámites que para las aprobaciones de licencias, órdenes de ejecución o comunicaciones previas que deban ser otorgadas, inclusive si se requiere cualquier informe sectorial de tipo medioambiental, como pueda ser una evaluación de impacto medioambiental.

3.-La presentación del proyecto de restablecimiento ante el ayuntamiento. El plazo de caducidad quedará suspendido desde la fecha de presentación hasta la fecha de finalización del plazo improrrogable para ejecutar el restablecimiento que figura en la resolución de inicio del procedimiento de restablecimiento.

Así la Sentencia 380/2015 de 3 de junio del TSJ De Baleares indica:

“Pues bien, no puede tener acogida la alegación del actor de que debió estar finalizado y notificado el expediente el 1 de abril de 2007, pues existen una serie de actuaciones que se realizaron por el propio Sr. Jose Ignacio, como es la presentación del proyecto y su ulterior verificación por parte de la administración municipal, que no culmina como se ha dicho hasta diciembre de 2006. Y en la fecha de 18/07/2007 en la que se notifica la resolución, no se había producido la caducidad. Se desestima la alegación de caducidad invocada.

Presentado proyecto de legalización por el interesado al Ayuntamiento, no se comunicó al Consell Insular, con lo que ya se produce el primer entorpecimiento al procedimiento imputable al aquí recurrente, que no puede tener efectos beneficiosos para el que pretende buscar la caducidad. El Consell Insular no tiene conocimiento de la presentación del proyecto de legalización (proyecto de ampliación almacén agrícola) hasta que se lo comunica el Ayuntamiento en fecha 6 de junio de 2006, por lo que el procedimiento debe entenderse interrumpido, al menos, hasta esta fecha. Una vez que el Consell Insular conoce la existencia de la solicitud de licencia, la interrupción se ha de mantener hasta el momento en que se conozca si se ha obtenido o no licencia, toda vez que la resolución sobre la demolición y la resolución sobre la sanción, dependerán de la concesión o no de la licencia pretendida. Y nuevamente aquí se produce entorpecimiento al Consell Insular, tanto del Ayuntamiento que le oculta el estado del expediente relativo a la licencia, como del particular -verdadero interesado en la obtención de la licencia de legalización- que nada informa al respecto. No es hasta el 19 de diciembre de 2006 cuando el Ayuntamiento informa al Consell que la mencionada solicitud de licencia, de fecha 19 de abril de 2006 " no ampara les obres abans esmentades objecte de l'expedient d'infracció urbanística". Con ello rechazamos el argumento de la parte apelante en el sentido de que el Consell Insular, a la vista del acta de inspección de 28 de junio de 2006, ya pudo conocer el carácter ilegalizable de las obras, por lo que -según la parte apelante- pudo haber reiniciado el procedimiento a partir de este momento. Entendemos que no es así, porque si estaba pendiente pronunciamiento municipal, que es el originariamente competente para la concesión/denegación de la licencia, es perfectamente lógico que, antes de resolver, se le pregunte a la administración municipal el sentido de su decisión. Y así se hizo, se le preguntó (20.11.2006) y el Ayuntamiento contestó (19.12.2006), quedando a partir de entonces liberado el obstáculo que provocó la interrupción del procedimiento.”

4º La solicitud del informe previsto en el artículo 193.1.d) de la presente ley. El plazo de caducidad quedará suspendido desde la fecha de presentación de la solicitud de informe y durante el plazo de un mes establecido para su emisión y notificación. Si la notificación se produjera antes del transcurso de este plazo, el plazo de caducidad se reanuda en la fecha de la notificación.

Así en palabras de NIETO: “lo verdaderamente importante en todo caso es que el momento de la iniciación de la caducidad es el acto de la incoación del

procedimiento, es decir, que no cuenta el tiempo dedicado a las informaciones y diligencias previas, que además, no están sujetas a caducidad.” (NIETO: Derecho administrativo sancionador, cita, pág. 556.)

12.-ACCIÓN PENAL

Aunque de modo breve, será tratado de manera somera, la última acción de la que se dispone, en el supuesto que fallan todos los mecanismos contemplados en la normativa administrativa.

Los delitos contra la Ordenación del patrimonio se encuentran regulados en el Código Penal dentro del Título XVI rubricado "*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*", en el Capítulo I "*De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*", artículos 319 y 320 CP.

La reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo apenas ha afectado a estos delitos que permanecen intactos tras la misma a excepción del artículo 319.3 CP, con relación a la medida accesoria de demolición de obra, que incorpora un supuesto de suspensión temporal de la misma, no previsto antes de la citada reforma.

Será necesario tener también en cuenta la abundante normativa de carácter autonómico y municipal existente en esta materia y la legislación estatal sobre suelos, habida cuenta las remisiones conceptuales y normativas que efectúa el Código Penal a la regulación administrativa.

Se distinguen dos tipos delictivos:

Delito urbanístico.

Se castiga la urbanización, construcción o edificación, no autorizable llevada a cabo sobre:

- Suelo especialmente protegido, (tipo agravado art.319 CP).
- Suelo no urbanizable común (tipo básico art.).

Delito de **prevaricación urbanística**, que castiga tres acciones:

- La prevaricación urbanística en los informes de expedientes urbanísticos, art.320.1 CP.
- Omisión de la inspección art. 320.1 CP
- La prevaricación urbanística en los actos administrativos de contenido urbanístico, art. 320.2.

En lo concerniente a la inactividad de la Administración local, los propios Tribunales de Justicia han contemplado, con pesadumbre, que los Ayuntamientos no han sido muy proclives en su defensa por la protección del medio ambiente. Los Tribunales se han manifestado en los siguientes términos «Decepcionante es comprobar,

por no utilizar términos más severos sobre la actuación permisiva del Ayuntamiento...» (Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1ª). Sentencia de 27 marzo 2007 (JUR 2007\202778). o bien como «la Administración puede y debe hacer mucho más en este campo, actuar con mayor celeridad y en labores de prevención, ya que cuenta en la actualidad con mecanismos preventivos de gran potencialidad» (Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1ª). Sentencia de 16 octubre 2007 (JUR 2008\236790) o Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª) Sentencia de 9 mayo 2012 (JUR 2012\390255).

“Por último no deja de causar estupor que en el supuesto de autos estemos en presencia de una vivienda ilegal y sin embargo no exista inconveniente por parte del Ayuntamiento [...] en que por parte del acusado se provea a dicha vivienda de energía eléctrica y agua potable, [...]”. (Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª) Sentencia de 31 marzo 2008 (JUR 2008\23471)

Ilustrativa es la sentencia de la SAP de Málaga (Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2ª) Sentencia de 28 mayo de 2007 (JUR 2007\359016). que viene a señalar el carácter “inductor” del Alcalde por lo que aprecia la existencia de error de prohibición en el acusado, o la SAP de Soria (Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª) Sentencia de 27 julio de 2007 (JUR 2008\7233). en la que curiosamente se absuelve al Alcalde de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, en la modalidad de comisión por omisión por no paralizar la obra cuando se da la circunstancia de que éste vive enfrente del acusado y de la obra ilegal, pues entiende el Tribunal que no está obligado a intervenir pese a su conocimiento de la ilegalidad, sino media denuncia o actuación de oficio de la Administración. Y es que se llega al punto, cómo señala la SAP de Jaén (Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª) Sentencia de 21 enero de 2009 (JUR 2009\164818). de que «siendo concedora la Administración Local de la existencia de una urbanización en la zona y teniendo la facultad de impedir la realización de obras, percibe tributos a través del Impuesto de Bienes Urbanos para una vez consolidada la situación trasladar la responsabilidad de restaurar el medio ambiente a los Tribunales».

Como señala la SAP de Baleares (Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª) Sentencia de 11 julio de 2011 (ARP 2011\1052) el legislador articuló los delitos contra la ordenación del territorio «debido, si no a la desidia, sí a la impotencia o a la ineficacia de la Administración (del procedimiento administrativo sancionador) para cortar los abusos y los desmanes, así como la anarquía, que en este ámbito del medio ambiente y también de la ordenación del territorio venían a ser algo frecuente e indeseable».

Como señala RODRÍGUEZ ALMIRÓN, se deben arbitrar unos mecanismos de control sobre los municipios, indicando el autor, con una medida más drástica aún, que se debe despojar de competencias a los municipios. Así, en palabras del autor “se debe controlar a responsables municipales a fin de controlar que efectivamente cumplan con su obligación de control de la legalidad urbanística, llegando a despojar de las

competencias urbanísticas a los municipios que no las ejerzan de una manera responsable.

En este sentido, ya se están comenzando a alzar algunas voces que abogan por limitar las competencias urbanísticas a los municipios de menor población, pues es difícil llevar a cabo actuaciones de disciplina urbanística en las poblaciones pequeñas, por lo complejo de las relaciones de vecindad. Llegados a este punto sería necesario plantearse incluso la posibilidad de reformar la Constitución y despojar a la CCAA de parte de las competencias urbanísticas que ésta les otorga en aras de una conseguir una uniformidad legislativa en todo el territorio nacional.

Soy de la opinión que la normativa urbanística debería de ser única y homogénea para todo el territorio nacional, con independencia que nos encontremos en Andalucía, Baleares, Canarias, Cataluña, o cualquier parte de España, no es admisible el caos actual en el que estamos sumidos con diecisiete legislaciones diferentes. Entiendo que los hechos diferenciadores han de venir constituidos exclusivamente por la ordenación fáctica establecida en los PGOU y los Planes de Ordenación Territorial, pero no en las normas por las que se rigen. Así, deberían de ser comunes las categorías de suelo, los conceptos, las diferentes denominaciones, y las vías para elaborar, aprobar, y ejecutar los diferentes instrumentos de planeamiento tanto generales como de desarrollo y la gestión urbanística. Sería aconsejable que estos instrumentos de planeamiento y desarrollo estuvieran sujetos a las normas estatales, y a la aprobación de las Comunidades Autónomas.

13. CONCLUSIONES

Por lo recogido a lo largo del presente trabajo, es claro y evidente que la labor efectuada por el legislador no ha traído los frutos esperados, siendo colaboradores “necesarios” los gestores que han contribuido al caos en materia medioambiental, así como determinados funcionarios que se han prestado a “dejar dormir” expedientes en algunas mesas.

Es desolador que haya existido cierta connivencia en la no tramitación de los expedientes, todo ello debido a los argumentos ya expuestos “ut supra”.

La ordenación del territorio, al ser un bien jurídico de contenido plural, con evidentes connotaciones de protección de ambientes paisajísticos, entornos rurales y bienes de interés histórico o cultural, no ha sido objeto de la protección adecuada. Es precisamente por esa obligación que tenemos todos de protegerlo, así como que ninguno es propiamente titular de esos bienes jurídicos, que la protección del Medio ambiente ha sido la crónica de un fracaso anunciado.

La tan manida “acción pública”, la cual ha servido para justificar la posibilidad de poder denunciar las infracciones urbanísticas, no ha sido suficiente para luchar contra los desmanes urbanísticos.

Así desde luego, esta “acción pública” no servirá para justificar que se demore en el tiempo la misma, tal y como señala la jurisprudencia balear (sentencia 1179/2010 de 29 de diciembre):

“El hecho de que el recurrente haga uso de la acción pública que el Derecho español establece en materia de urbanismo no equivale, sin más, a la apertura indefinida de la acción judicial que ese Derecho reconoce contra las actuaciones procedentes de órganos de poder público que agoten la vía administrativa: la del recurso contencioso-administrativo. Las importantes dificultades de establecimiento del dies a quo o fecha inicial para el cómputo del término legal de dos meses que fija el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional determina, desde luego, que cualesquiera dudas vigentes en este ámbito han de solventarse por la vía de alcanzar una decisión judicial lo más favorable al ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva (sobre ello existen, como es muy conocido, abundantes pronunciamientos jurisprudenciales procedentes tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala Tercera del Tribunal Supremo).”

Por tanto, es evidente que un adecuado control de la disciplina urbanística, y los bienes jurídicos que ésta protege, pasan por una descentralización, de tipo territorial, al albur de lo que está sucediendo en Mallorca con la cesión progresiva de competencias en materia disciplinaria urbanística.

Es de abalar las medidas que están tomando los alcaldes de los diferentes municipios de la isla de Mallorca, cediendo sus competencias en la citada materia, así como es digno de reconocimiento la dotación de medios personales y materiales que se está atribuyendo por parte del Consell de Mallorca a su Agencia de Disciplina Urbanística.

Con una lectura rigurosa de las diferentes memorias aprobadas por esta Agencia, se toma constancia de la evolución que ha ido tomando la cuestión disciplinaria en la isla de Mallorca, y desde luego animamos que así siga siendo.

Las otras islas (Menorca ya lo hace con su Consorcio creado al efecto) deben tomar ejemplo de lo dispuesto en Mallorca, que esperemos sirva para la adecuada protección del Medio Ambiente.

Es evidente que una comunidad como Baleares, cuya economía depende casi exclusivamente, directa o indirectamente del turismo, debe proteger su territorio si no quiere que “la gallina de los huevos de oro” se acabe muriendo de éxito. Uno de los estandartes de la economía Balear es precisamente su paisaje, y éste debe ser protegido si se quiere continuar con la prosperidad de la que dispone Baleares.

Esperemos por tanto que los futuros gobiernos sigan promoviendo la defensa del territorio, puesto que de esta manera se verá beneficiado no solo el Medio ambiente sino todos los ciudadanos de las Islas.

LISTADO ABREVIATURAS:

PACA: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRJ: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

TRLS 2015: 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

LUIB: Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears

LOUS: Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo

LDU: Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística

ROF: Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

CE: Constitución Española, 1978

TEBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

STC: SENTENCIA

TSJ: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SAP: SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL