

LA REPOSICION DE LA REALIDAD FISICA ALTERADA. LA DEMOLICIÓN

Presentación del tema

La Sociedad requiere de los Poderes Públicos, y en la actualidad más que nunca, el efectivo ejercicio de las potestades que componen la competencia que denominamos “disciplina urbanística”.

Desde un punto de vista finalista, las razones que legitiman a los Poderes Públicos al ejercicio de la disciplina urbanística, encuentran su razón en los principios rectores de la ordenación urbanística, previstos, entre otros, en el Art 3 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que plasma por medio de los fines específicos de la actividad urbanística que relaciona; fines éstos que traen su origen del marco de los Principios Rectores de la Política Social y Económica contenidos en la Constitución española (Cap III del Tit. I), y de los objetivos básicos contemplados en el Estatuto de Autonomía para Andalucía (Art. 10.3, en especial números 5 y 7) y de los Principios Rectores de las Políticas Públicas descritos por el Estatuto de Autonomía para Andalucía (Art. 37, números 20 y 22).

En relación con lo anterior, y para lograr sus fines, el Art. 2 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía define la competencia urbanística como la función pública que comprende la planificación, organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como la transformación de éste mediante la urbanización y edificación y sus consecuencias para el entorno.

A los efectos del desarrollo de la actividad urbanística, como instrumento, este precepto atribuye a la Administración Pública competente el ejercicio de potestades-entre otras- de

“f) Policía del uso del suelo y de la edificación y protección de la legalidad urbanística,

g) Sanción de las infracciones urbanísticas y

h) Cualesquiera otras que sean necesarias para la efectividad de los fines de la actividad urbanística.

En conexión con lo señalado, el Título VI de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, regula la Disciplina Urbanística, disponiendo en su Art. 168, que la Administración asegura el

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

cumplimiento de la legislación y ordenación urbanísticas mediante el ejercicio de las siguientes potestades:

“a) La intervención preventiva de los actos de edificación o construcción y uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, en las formas dispuestas en esta Ley.

b) La inspección de la ejecución de los actos sujetos a intervención preventiva.

c) La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, en los términos previstos en esta Ley.

d) La sanción de las infracciones urbanísticas”.

Según esta enumeración, cabría clasificar las potestades de disciplina urbanística distinguiendo entre preventivas y represivas; esto es, podríamos enmarcar, entre las preventivas, el otorgamiento de licencias y demás formas de intervención preventiva de los actos de transformación o uso del suelo, y entre las de naturaleza represiva, la potestad sancionadora y la restauración de la legalidad urbanística -con la reposición del estado físico alterado.

No obstante la distinción anterior, la disciplina urbanística se comporta como un sistema global que requiere del ejercicio coordinado del conjunto de potestades que la integran, de tal forma que la eficacia de cada una de ellas, requiere de la acción conjunta de las restantes. Dado que tienen como un objetivo común, la protección de la legalidad urbanística, la Administración queda obligada al ejercicio íntegro de las competencias en materia de disciplina urbanística, y no sólo al ejercicio aislado de una u otra potestad.

Pero hasta el momento, de la lectura de los preceptos citados encontramos la mención a “Administración Pública competente”, sin que de los mismos podamos diferenciara qué Administración se está refiriendo el legislador, dado que realmente todas las Administraciones Públicas están obligadas, si bien habremos de diferenciar su alcance e intensidad en función del marco de distribución de competencias previsto en nuestro ordenamiento.

1.- LA DISCIPLINA URBANÍSTICA EN EL MARCO DE LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ESTADO-CAA-ENTES LOCALES. DOCTRINA DEL TC.

1.1.- Regulación en la Constitución Española

Se puede afirmar que, a partir de las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 (con ocasión de recurso de inconstitucionalidad de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y el Texto Refundido de 1992) y 164/2001 (dictada en relación con recursos de inconstitucionalidad de la Ley 6/1998, de Valoraciones), el urbanismo es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

No obstante, el Estado cuenta con títulos que inciden en la política urbanística, esencialmente la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (Art. 149.1.1 CE), lo que se conecta con el derecho a la propiedad urbana, así como en la competencia relacionada con determinadas instituciones y técnicas jurídicas que inciden en el urbanismo, como sucede con la valoración del suelo.

Estos títulos de intervención estatal no guardan relación con la protección de la legalidad como para que exista una posible controversia sobre la ubicación de estas potestades en sede autonómica.

Otros títulos competenciales estatales con incidencia en el urbanismo son:

-El Art. 149.1.18 (regulación de la publicidad de los instrumentos de planeamiento y determinación de las garantías expropiatorias) y

-El Art. 149.1.23 (determinadas prohibiciones en relación con servidumbres de protección demanial y con el suelo no urbanizable de especial protección).

El ejercicio de estas competencias de disciplina medioambiental ha de considerarse preferente, por un principio de especialidad, al ejercicio de competencias de disciplina urbanísticas, si bien sobre la zona de servidumbre del dominio público marítimo-terrestre o sobre bienes protegidos por la legislación medioambiental puedan ejercerse potestades

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

disciplinarias de naturaleza urbanística cuando los hechos constituyan infracción en relación con normativa o planeamiento urbanístico.

1.2.- Regulación del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Para enmarcar tal relación, el Art. 56 del Estatuto reserva a la Comunidad Autónoma la competencia sobre la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada, y la disciplina urbanística.

Esta enumeración desgranada resulta un tanto heterogénea, ya que recoge un concepto que actúa como género, “la disciplina urbanística”, y unos subconceptos que constituyen una especie del anterior, como son la potestad de intervención previa en forma de inspección urbanística, medidas de policía de carácter definitivo, que son la reposición o restauración de la realidad física alterada y medidas de carácter provisional (la suspensión de obras y licencias).

No se cita el ejercicio de la potestad sancionadora, sin que su omisión deba tener mayores consecuencias, por el carácter meramente enunciativo de las que relaciona. La heterogeneidad de la enumeración atiende también a que se incluyen potestades estrictamente municipales (“la suspensión de licencias”) y otras que pueden corresponder al ejercicio de la Corporación Local o Autonómico.

El ámbito competencial de la Administración Municipal en el Estatuto de autonomía lo declara expresamente el Art. 92 al disponer en su párrafo 1º que

“El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad”,

Y también señala en su párrafo 2º que los Ayuntamientos tienen competencias propias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

Así, en estricta teoría, si definiéramos el territorio de la Comunidad Autónoma como el resultante de la suma de términos municipales de cada provincia -artículo 2 del Estatuto de Autonomía)- el eficaz ejercicio de las competencias propias por cada uno de los municipios que conforman aquella supondría el efectivo control de legalidad urbanística en el conjunto del territorio de la Comunidad Autónoma, sin necesidad de intervención de la segunda instancia, protagonizada por la Administración Autonómica, por el principio de subsidiariedad.

El Art. 92 del Estatuto, por tanto, viene a consolidar y garantizar el papel de los Ayuntamientos en el control de la legalidad urbanística, como competencia municipal. La disciplina urbanística aparece como componente necesario de la autonomía municipal según el bloque de constitucionalidad compuesto por el Estatuto de Autonomía y la propia Ley de Bases de Régimen Local, y el desarrollo pormenorizado del mismo en la LOUA.

1.3.- La Doctrina del TC y su valoración sobre el contenido mínimo de la autonomía municipal. El concepto social de la Autonomía municipal.

Desde las primeras Sentencias (STC 84/1982) el Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de un contenido mínimo de la autonomía municipal que el Legislador debe respetar en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 137 y 140 de la Constitución; más allá de este contenido mínimo, la autonomía local es un concepto jurídico de configuración legal (STC 46/1992), que permite su modulación según las diferentes opciones políticas con las que se ejerzan las competencias sectoriales. Así al no existir una lista tasada de atribuciones locales, como sucede en los Arts. 148 y 149, respecto de las Comunidades Autónomas y el Estado, se dificulta la concreción de lo que haya de entenderse por la gestión de los intereses locales.

En relación con la disciplina urbanística, el Tribunal Constitucional para determinar cuál sea el contenido mínimo (Sentencias 32/1981 o 159/2001) se ha basado en un “principio sociológico”: la Administración territorial con competencia normativa en urbanismo está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística, y para otorgar en ella a los entes locales, una mayor o menor presencia siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

atribuciones que haga que los municipios sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma, fundamentalmente, el otorgamiento de licencias urbanísticas. Por consiguiente, la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que la conciencia social en cada tiempo y lugar tenga de la misma.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía acoge esta tesis en el Art. 92, ya que contiene una declaración de respeto institucional:

“El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad”, para –a continuación, artículo 92.2.a)- declarar que los Ayuntamientos tienen competencias propias, en los términos que determinen las leyes, sobre una serie de materias entre las que se cita la disciplina urbanística”.

Este texto llama a la disciplina urbanística como contenido necesario del núcleo competencial municipal. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, atribuye a los municipios competencias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, si bien en los términos que establece la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Podemos concluir afirmando que en el ámbito del urbanismo, la esfera de intereses locales y de las competencias municipales tienen una de sus manifestaciones más importantes (STC 159/2001) y la comunidad local tiene derecho a participar en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias, correspondiendo al legislador con competencia urbanística la elección de entre las distintas opciones posibles (STC 32/1981, STC 170/1989).

1.4 La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA en adelante).

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

La LOUA parte de un principio esencial: la disciplina urbanística corresponde en primer grado a las Corporaciones Locales y sólo de manera subsidiaria, a la Comunidad Autónoma andaluza.

El respeto por la autonomía municipal se manifiesta en la Ley andaluza reconociendo como propio del núcleo de dicha autonomía el control y la corrección sobre los actos de construcción o edificación que se materialicen en el propio término municipal; si bien esto no puede implicar una ausencia absoluta de competencias autonómicas sobre una materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma como es la ordenación del territorio. La Ley 7/2002 prevé la competencia subsidiaria autonómica en determinados supuestos en los que la infracción urbanística trasciende del ámbito estrictamente municipal, afectando a la ordenación territorial.

Así, en líneas generales, las pautas competenciales marcadas por la normativa urbanística son:

- 1- El otorgamiento de licencias y demás actos declarativos de derechos de contenido urbanístico son competencia exclusiva municipal (Art. 171 LOUA).
- 2- La restauración de la legalidad urbanística y ejercicio de la potestad sancionadora son consideradas competencia primaria de las Corporaciones Locales y competencia subsidiaria de la Comunidad Autónoma en los términos del Art. 188 de la misma ley.

En relación con las actuaciones amparadas en licencia municipal u otros actos declarativos de derechos de contenido urbanístico (supuesto 1), la Administración Autónoma ostenta asimismo competencias por estas vías:

- Impugnando en vía contencioso-administrativa las licencias y actos declarativos de derecho de contenido urbanístico otorgados por los Ayuntamientos en caso de ser contrarios a la ordenación urbanística (Arts. 65.4 LBRL y 46.1 LJCA).

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

- Solicitando al Ayuntamiento la revisión de oficio en vía administrativa para el caso de haber transcurrido el plazo de impugnación en vía contencioso-administrativa las licencias y actos declarativos de derecho otorgados (Arts. 190 de la LOUA y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de LRJAPyPAC). En caso de que por el Ayuntamiento no se atienda la petición de revisión de oficio, se impugnara en sede contencioso-administrativa la desestimación expresa o presunta de la petición de revisión en los términos del Art. 46.1 de la LJCA.

Estos preceptos constituyen una acción de nulidad por iniciativa propia o a solicitud de interesado. Sirva como ejemplo la Sentencia de 3 de mayo de 2007 del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de los de Málaga sobre el deber de revisar de oficio las licencias nulas, Sentencia dictada con ocasión de la demanda interpuesta por la Junta de Andalucía contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de revisión de oficio de una licencia urbanística por el Ayuntamiento de Valle de Abdalajís.

Por tanto existe un régimen de clara atribución competencial de primer grado a los Municipios, siendo el ejercicio de potestades por la Administración Autonómica de carácter subsidiario y limitado a determinados ámbitos materiales ligados a las infracciones de mayor incidencia estructural o supramunicipal. Son los supuestos previstos en los Arts. 188 y 195 LOUA., delimitando este último las competencias en el régimen sancionador.

Por su parte, el Art. 188 de la LOUA determina las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la protección de la ordenación urbanística, que transcribimos por su especial relevancia para determinar el ejercicio de competencias de la Comunidad Autónoma andaluza. Así este precepto señala que:

“1. En las actuaciones llevadas a cabo sin licencia u orden de ejecución, la Consejería con competencias en materia de urbanismo, transcurridos diez días desde la formulación del requerimiento al Alcalde para que adopte el pertinente acuerdo municipal sin que se haya procedido a la efectiva suspensión de dichas actuaciones, podrá adoptar las medidas cautelares de suspensión previstas en el artículo 181.1 cuando los actos o los usos correspondientes:

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

a- Supongan una actividad de ejecución realizada sin el instrumento de planeamiento preciso para su legitimación

b- Tengan por objeto una parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable

C- Comporten de manera manifiesta y grave una de las afecciones previstas en el Art. 185.2.B) de la LOUA, el cual se refiere a:

- Terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral*
- Bienes o espacios catalogados*
- Parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente*
- Las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o de los Planes de Ordenación Intermunicipal, en los términos que se determinen reglamentariamente*

La Administración que haya adoptado la medida cautelar como hemos señalado, lo pondrá inmediatamente en conocimiento de la otra Administración, que deberá abstenerse de ejercer dicha competencia. (Pensemos en el problema que supondría el inicio de un Procedimiento de Legalidad Urbanística por un Ayuntamiento cuando ya se hubiere tramitado y resuelto por la Comunidad Autónoma y la posibilidad del cumplimiento de una Resolución ya adoptada por esta última).

Finalmente señala este precepto que,

“3.- Cuando se lleve a cabo alguno de los actos o usos previstos en el apartado 1, la Consejería con competencias en materia de urbanismo, transcurrido sin efecto un mes desde la formulación de requerimiento al Alcalde para la adopción del pertinente acuerdo municipal, podrá adoptar las medidas necesarias para la reparación de la realidad física

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

alterada. Todo ello sin perjuicio de la competencia municipal para la legalización, mediante licencia, de los actos y usos, cuando proceda”.

El plazo de prescripción para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística es de cuatro años. Sin embargo, son imprescriptibles los supuestos previstos en el Art. 185.2 LOUA.

2.- EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. POTESTAD DE CARÁCTER IMPERATIVO. LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. LA REPOSICIÓN DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA. LA DEMOLICIÓN.

2.1.- El restablecimiento de la legalidad urbanística. Potestad de carácter imperativo.

Las potestades de disciplina urbanística son potestades debidas de ejercicio indisponible por la Administración titular y ello se demuestra en el mismo articulado de la Ley 7/2002 al utilizar los tiempos verbales imperativos para obligar a la Administración Pública a actuar.

La presunción de legitimidad de las decisiones administrativas se plasma en el Art. 57 de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC al disponer que *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. Ello supone, a sensu contrario, que el incumplimiento de la normativa o planeamiento urbanístico vigente, siempre que el acto de transformación o uso del suelo carezca de amparo en un acto administrativo respecto del cual haya que presumir su validez obliga a toda Administración Pública con competencias a reaccionar para restaurar la legalidad urbanística.

No obstante, el grado de reacción será diferente ya que, si bien el restablecimiento de la legalidad urbanística es de ejercicio imperativo para todas, existe un diferente presupuesto respecto de cada una de ellas; esto es, mientras que la Administración municipal tiene competencia para producir la

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

legalización o, en su defecto, reponer la realidad física, la Administración de la Comunidad Autónoma sólo tiene competencia para esto último, y previo requerimiento al Municipio sin que por éste se hayan ejercido efectivamente las correspondientes potestades, y aún así, únicamente en los supuestos ya estudiados del Art. 188 de la Ley 7/2002.

El primer paso por tanto, -Art. 182 Ley 7/2002- radica en que, efectuado el requerimiento al interesado, éste inste la legalización, en caso de obras compatibles con la ordenación urbanística vigente; fuera de este supuesto, se habrá de estar a lo dispuesto para proceder a la reposición de la realidad física alterada, según el Art. 183 y ss LOUA.

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

A diferencia de lo que ocurre con la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, la naturaleza de ius puniendi de la potestad sancionadora impide su ejercicio al mismo tiempo con la actuación en sede penal: en este sentido se manifiesta el Art. 195.4 de la Ley 7/2002 cuando indica que *“En los casos de indicios de delito o falta en el hecho que haya motivado el inicio del procedimiento sancionador, la Administración competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo la instrucción del procedimiento hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial. Igual suspensión del procedimiento sancionador procederá desde que el órgano administrativo tenga conocimiento de la sustanciación de actuaciones penales por el mismo hecho”*.

2.2.- Competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en el restablecimiento de la legalidad urbanística, la reposición de la realidad física alterada y la demolición.

La Comunidad Autónoma andaluza ejerce las potestades disciplinarias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda a través de la Dirección General de Inspección de Ordenación del territorio, Urbanismo y Vivienda adscrita a la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

El Decreto 220/2006, de 19 de diciembre, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo y se modifica el Decreto 202/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería, contempla el ejercicio de las competencias correspondientes al Centro Directivo arriba referenciado, en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, señalando las siguientes:

“a) Impulsar la cooperación con las Corporaciones Locales y otras Administraciones Públicas en materia de inspección de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y disciplina de ordenación del territorio y urbanística.

b) La inspección para el control de legalidad y de la potestad sancionadora (...) sin perjuicio de las competencias de las Corporaciones Locales.

c) La inspección para el ejercicio de la potestad sancionadora (...), sin perjuicio de las competencias de las Corporaciones Locales.

d) La tramitación de los procedimientos de protección de la legalidad (...) que correspondan a la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo, en su caso, la adopción de las medidas para la reparación de la realidad física alterada.

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

e) La tramitación de los procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora (...) que correspondan a la Comunidad Autónoma, así como dictar las resoluciones que recaigan en otros procedimientos de su competencia.

f) Instar la impugnación jurisdiccional de actos o acuerdos de las Corporaciones Locales relativos a licencias, proyectos de actuación, proyectos de urbanización, órdenes de ejecución y declaraciones de innecesariedad de licencia que infrinjan el ordenamiento territorial, urbanístico y de la vivienda, sin perjuicio de las competencias (...) que se atribuye a los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía”.

La persona titular de la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, tiene atribuidas de forma expresa las potestades disciplinarias de restauración de la legalidad urbanística, reposición de la realidad física alterada y de demolición. El Art. 7. 2 del Decreto 220/2006, de 19 de diciembre, señala que le corresponde el ejercicio de las competencias de:

“a) Dirigir y coordinar (...) las labores inspectoras que sean necesarias para (...) la restauración de la legalidad urbanística.

d) Adoptar las medidas necesarias para la restitución de la realidad física alterada de las actividades de intervención singular que (...) se ejecuten sin acomodarse a las determinaciones de la Ley 1/1994, de 11 de enero, y de los Planes de Ordenación del Territorio que les afecten, así como acordar su paralización.

f) Iniciar, impulsar y resolver los procedimientos de protección de la legalidad urbanística competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y adoptar las medidas para la reparación de la realidad física alterada, incluyendo la ordenación de la demolición cuando proceda, así como la adopción de las medidas cautelares que se determinen, de conformidad con el Art. 188 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

i) Imponer las multas coercitivas en los casos de infracciones urbanísticas y en los procedimientos de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico perturbado, en los términos de los artículos 181.4, 182 y 184.4 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía”.

3.- EL TÍTULO JURÍDICO QUE HABILITA A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA A LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DISCIPLINARIA DE REPOSICIÓN DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA Y SU POSICIONAMIENTO JURÍDICO RESPECTO DE LA MISMA.

Toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto. Este acto, a su vez, ha de tener una constancia formal inequívoca y una certeza de contenido y de destinatario que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita pasar a su realización inmediata: ha de ser por tanto lo que técnicamente se llama un “título ejecutivo”. En ello se funda el viejo principio “nulla executio sine titulo” ya se derive de un acto emanado de la propia Administración, o de un título emanado del Poder Judicial.

3.1.- LA ADOPCION DE UNA RESOLUCION ADMINISTRATIVA DEFINITIVA Y FIRME.

La coacción administrativa puede aplicarse o imponer la ejecución forzosa de los actos administrativos, lo que implica llevar a su aplicación práctica, en el terreno de los hechos, la declaración que en el mismo se contiene, no obstante la resistencia, pasiva o activa, de la persona obligada a su cumplimiento.

El título de la ejecución forzosa administrativa es un acto administrativo, esto es, una decisión que sirva de fundamento jurídico a la ejecución, según el Art. 93 de la Ley 30/1992, y más concretamente un acto administrativo formal del que resulte una obligación precisa para uno o varios destinatarios distintos de la Administración autora del acto y que va a convertirse en ejecutora del mismo ante el incumplimiento de dicha obligación.

Asimismo, la autotutela declarativa y la presunción de legalidad de los actos administrativos no tiene otro significado que el de su ejecutoriedad; por lo que obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe de su legalidad, por lo que esta discrepancia habría de instrumentarse como una impugnación del acto. Por ello se dice que la decisión administrativa, como “decisión ejecutoria” se beneficia de una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin tener que

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

obtener ninguna sentencia declarativa previa. Previamente a cualquier decisión del juez, la decisión administrativa vincula a la obediencia.

Pero la autotutela administrativa va más allá, dado que, aparte de quedar eximida la Administración de la carga de obtener una Sentencia ejecutiva, queda facultada para el uso directo de su propia coacción, sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada. Ello supone el paso al terreno de los hechos del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros.

En el Derecho Urbanístico la Ley 7/2002, señalado bajo el rótulo “La protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado” (Tít. VI, Cap V), el Art. 182 prevé los supuestos de hecho que dan lugar a la adopción de medidas de reposición de la realidad física alterada. Darán lugar a aquellas, las actuaciones incompatibles con la ordenación urbanística vigente y aplicable, de imposible legalización, o que habiendo sido instada resulte improcedente por la disconformidad de los actos con las determinaciones de la legislación y de la ordenación urbanística aplicable.

Serán, por tanto, títulos jurídicos habilitantes las RESOLUCIONES dictadas en sede administrativa que acuerden el restablecimiento de la realidad existente al momento anterior en que se produjo la actuación no susceptible de legalización, a costa del autor de acto infringido.

Este título jurídico podrá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, ya que el Art. 177.1. j) de la LOUA incluye el acuerdo de reposición de la realidad física alterada a su estado originario, incluida la demolición y/o reconstrucción, entre los actos administrativos que pueden acceder al mismo. Ello a fin de que exista una adecuación de la realidad registral a la legalidad urbanística que se restituye.

La Administración Autónoma actúa en ejecución subsidiaria, lo que supone que estará facultada para la realización material de lo ordenado al administrado, por ella misma -la Administración- o a través de personas encomendadas ante el incumplimiento de aquel.

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

Dicho esto, no obstante cabría recordar que, como bien señalan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la autotutela administrativa - antes comentada - no es definitiva, de modo que ésta no excluye el eventual conocimiento ulterior de los Tribunales Contencioso-Administrativos.

El carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de las decisiones administrativas a través de un proceso, podrá abrirse bajo la forma de proceso de impugnación de validez de un acto administrativo como título ejecutivo, así como de la validez misma de la ejecución forzosa y la observancia de sus límites.

3.2.- LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES DICTADAS EN VIA CONTENCIOSO-ADMIVA.

Nos referimos a las resoluciones dictadas por órganos judiciales integrados en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo regulado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA).

El Art. 103 LJCA señala que:

“1.- La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.

2.- Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen.

3.- Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo par la debida y completa ejecución de lo resuelto.

4.- Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.”

La intangibilidad y la firmeza de las resoluciones judiciales son dos conceptos jurídicos que deben ser cumplidos en el momento de la ejecución de las mismas. La firmeza constituye un presupuesto

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, y la intangibilidad, una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha entendido el TC en su Sentencia 380/1993, de 20 de diciembre.”En lo que se refiere a la cuestión de fondo planteada el principio de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, integra, en conexión con el principio de seguridad jurídica, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, pues este derecho asegura a los que son o han sido partes en un proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello”.

Existen reiteradas manifestaciones de la doctrina del TC señalando la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como un derecho amparado en derecho constitucional a la tutela judicial efectiva - Art. 24.1 CE - configurándose así, la ejecución de sentencias, como un derecho fundamental de carácter subjetivo. Tal sentido se incorpora en las siguientes sentencias que se relacionan: STC 79/1993, de 1 de marzo, F J 1º y SSTC 32/82, 26/83, 61/1984, 109/84, 176/85, 34/86, 159/87, 119/889.

Serán título ejecutivo:

A.- LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN VIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA QUE DECLARAN SER CONFORME A DERECHO UNA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA QUE ORDENE EN UN PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE LEGALIDAD LA RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA, EN EL AMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 188 DE LA LOUA.

Entendemos que, confirmada judicialmente la Resolución administrativa en un procedimiento de restauración de legalidad urbanística dictada por la Comunidad Autónoma, ésta ejercita una potestad propia.

La sustitución en el ejercicio de una competencia no altera, ni los límites, ni los presupuestos de ésta, que sigue siendo la misma aunque la ejerza un “Ente” que no es titular ordinario. Prueba de ello es que la Junta de Andalucía no necesita recabar licencia de demolición a las Entidades Locales

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

en los supuestos de ejercicio subsidiario de competencias de restauración de la legalidad urbanística.

La Administración Autonómica podrá actuar en ejecución subsidiaria en los términos en que se expresa en el Art. 108.1 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en estos términos:

“1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada”.

En el procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales firmes confirmatorias de resoluciones administrativas recaídas en procedimientos de protección de legalidad- con reposición de la legalidad física alterada- se procederá del siguiente modo:

1- La Administración ejecutora habrá de estar al contenido exacto del Fallo judicial, que puede ser confirmatorio de la Resolución administrativa recurrida en todo o en parte.

2- Del resultado de la ejecución de la Resolución, la Administración Autonómica (Consejería de Obras Públicas y Transportes, a través de la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda), levantará Acta que será trasladada al Órgano judicial para la constatación de la reposición de la realidad física alterada. Acta que, igualmente, se trasladará al sujeto que impugnó la Resolución Administrativa confirmada en el Fallo.

B.- LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS QUE DECLARAN NULA UNA LICENCIA, ORDEN DE EJECUCIÓN O CUALQUIER ACTO DE CONTENIDO URBANÍSTICO OTORGADOS POR UN AYUNTAMIENTO.

Dispone el Art. 104 LJCA que *“Luego que sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquel.*

Transcurridos 2 meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo (...) cualquiera de las partes podrán instar la ejecución forzosa”.

El Juez, en este caso, puede solicitar colaboración de otra Administración en auxilio judicial –puede ser la Administración Autonómica- a la vez que, realizar una conminación reforzada al obligado (imponiendo multas coercitivas o deduciendo testimonio al Ministerio Fiscal por desobediencia).

El Art. 108.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevé la colaboración por auxilio judicial de la forma que se indica:

“Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

La LJCA prevé otras formas de cumplimiento del fallo judicial ante su imposibilidad. Imposibilidad que dará lugar a una ordenación genérica mediante indemnización. El Art. 105.2 de la ley determina este supuesto concreto, señalando que,

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

“Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior (dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo) a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

3.3.- RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES DICTADAS EN VÍA PENAL

Continuando con nuestra línea argumental, constituirán en sí mismas, título ejecutorio y ejecutivo para proceder a la restitución de la realidad física, las Resoluciones judiciales recaídas en sede Penal que ordenen la reposición de la realidad física alterada a su estado original, sin necesidad de procedimiento administrativo que resuelva en ese sentido el fallo judicial adoptado.

La razón no es otra que la actividad consistente en la construcción o edificación sin licencia (o con licencia nula, en su caso) en los supuestos del Art. 319.3, o de derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos, en los casos del Art. 321.2 del Código Penal, supone una actividad ilícita que puede originar diversos resortes de los Poderes Públicos tendentes a la restauración de la legalidad vigente.

Como venimos diciendo, ante la existencia de una actuación que vulnere el ordenamiento jurídico y requiera su corrección, cada uno de los Poderes Públicos actuará en función de la concurrencia de los supuestos que motiven la actividad de cada cual: así el mismo hecho (la construcción o edificación ilegal en suelo no urbanizable) posibilita el ejercicio de competencias por el Órgano Judicial Penal en atención a la tipificación de la conducta y el ejercicio de competencias de restauración de la legalidad urbanística por la Administración Pública con competencias en disciplina urbanística, en atención al incumplimiento de la normativa y planeamiento urbanístico. Cada uno de

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

estos Poderes Públicos actúa sobre una esfera distinta del mismo hecho con consecuencias jurídicas –la obra ilegal en suelo no urbanizable- y con un mismo fin: la restitución de la realidad física alterada a su estado anterior.

La reacción ante la obra ilícita puede dar lugar, a una actuación paralela de la Jurisdicción Penal y de la Administración con competencias en disciplina urbanística, o la actuación única de cualquiera de ellas. La actuación paralela es posible en la medida en que, como hemos señalado en otro apartado anterior, el principio non bis in idem juega respecto de manifestaciones del ius puniendi, careciendo el procedimiento de restauración de la legalidad, regulado en los Arts 182 y siguientes de la Ley 7/2002, de tal naturaleza jurídica.

Por consiguiente, la Sentencia Penal que ordene la reposición de la realidad física alterada-podría consistir en demolición- es título ejecutorio y ejecutivo para que se proceda a su inmediato cumplimiento. Ello significa que, en caso de que el Órgano judicial competente solicite el auxilio de la Administración Pública con competencias en materia de disciplina urbanística en la ejecución del Fallo, ésta actúa en ejecución de la Sentencia, sin que proceda el inicio de un procedimiento de restauración de la legalidad del Art. 182 y siguientes de la Ley 7/2002 para su ejecución. Por dos razones, una de carácter esencial y la segunda como consecuencia práctica derivada:

En la razón de naturaleza esencial nos asiste el carácter ejecutorio y ejecutivo la citada Resolución judicial, en virtud de preceptos fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico cuales son los artículos 117 y 118 de la Constitución Española y de los, no menos argumentales, Arts. 2 y 18 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. La Sentencia penal ya ha realizado el juicio de legalidad, sin que resulte admisible una nueva declaración en sede administrativa.

En segundo lugar, como decíamos, esa posibilidad nos conduciría a una situación contraria a la lógica jurídica y procesal más elemental: la Resolución administrativa que se dictara sería, lógicamente, impugnable en sede Contencioso-Administrativa, lo que nos situaría en un escenario enmarcado en un proceso judicial Contencioso-Administrativo, cuyo objeto sería decidir sobre la

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

adecuación al Ordenamiento Jurídico de un fallo ordenado por una Sentencia judicial dictada en sede penal.

Finalmente, como hemos venido manteniendo, el Órgano Judicial, para lograr la efectiva ejecución del Fallo, debe dirigirse, en primer lugar, al condenado que actuare sin licencia ni título habilitante alguno. En su defecto, al Ayuntamiento en cuyo término municipal radique la construcción, edificación o uso contemplados. Tal afirmación deviene del carácter preferente de la Administración Municipal, entendida como Administración Pública competente de primer orden para el ejercicio de la disciplina urbanística, toda vez que la competencia de la Administración Autonómica es de carácter subsidiario a aquella (recordemos el Art. 188 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía). Ello supone que la petición de auxilio judicial a la Administración Autonómica presupondría el incumplimiento por parte del Ayuntamiento del Auto que ordena a aquella el auxilio en la ejecución del Fallo, con las consecuencias que en Derecho tiene el incumplimiento de Resoluciones Judiciales. Por tanto, como se puede comprobar (salvando las lógicas diferencias propias de cada status en atención a la Jurisdicción actuante) el Orden Judicial Penal, resulta coincidente en su manera de proceder con los pertenecientes a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, luego de haber exigido el cumplimiento del Fallo al Ayuntamiento correspondiente, y su inobservancia, ha originado la imposición de sanciones y el traslado del citado incumplimiento por parte de los órganos competentes municipales a los efectos penales que originara.

Todo ello habida cuenta que, a efectos penales, el incumplimiento de las resoluciones judiciales (mandato constitucional), ha sido tipificado como delito en los términos que define el Art. 410 del Código Penal.

4.- CONCEPTO DE LA REPOSICION/RESTAURACIÓN DE LA REALIDAD FISICA ALTERADA Y LA DEMOLICIÓN

4.1 Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua:

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

- Reponer es “Volver a poner, constituir, colocar a alguien o algo en el empleo, lugar o estado que antes tenía”. También “Reemplazar lo que falta o lo que se había sacado de alguna parte”.

La Ley 2/1989 por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía en el Art. 35 que regula las sanciones, la contempla como “...reponer, por el infractor, los elementos naturales alterados a su ser y estado anterior”.

- Restaurar (término también utilizado) es “Recuperar o recobrar”. También “Reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía”. Asimismo, “Reparar una pintura, escultura, edificio, etc., del deterioro que ha sufrido”.

Entendemos que el Art. 183, párrafos 2º y 3º LOUA la recoge en estos términos: Restablecer la realidad existente al momento en que se produjo la actuación no susceptible de legalización, a costa del obligado, fijándose el plazo o plazos para el inicio y/o finalización de las obras y otras materias precisas para la reposición, incluyendo entre estas, expresamente, la demolición, la reconstrucción y la reparcelación forzosa para el caso de parcelaciones en terrenos clasificados como suelo no urbanizable

- Finalmente la alusión a Restablecer se refiere a “Volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía. Recuperarse, repararse de una dolencia, enfermedad u otro daño o menoscabo”
- Respecto de la acepción del término “Demolición” el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la define como “Deshacer, derribar, arruinar”.

La reposición de la realidad física alterada podrá consistir en, según la índole del ilícito urbanístico en cada caso constatado (Art. 183 LOUA) en:

- Órdenes de demolición total o parcial de las obras o edificaciones ilegalmente construidas, que sean, además, de imposible legalización. Lo que conlleva la retirada de mobiliario y enseres, así como de material de desecho producido con motivo de la restauración,

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

incluyendo así, todas aquellas actuaciones que se requiera para el restablecimiento de la realidad existente al momento anterior a la actuación.

- Ordenes de reconstrucción de lo indebidamente demolido, como en el caso de infracciones consistentes en derribo o demolición de inmuebles protegidos por el planeamiento urbanístico (Art. 224 LOUA).
- Si la actuación ilícita constituye una parcelación urbanística sobre suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo adicionalmente mediante la reagrupación de las parcelas, a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación, en la forma que se determine reglamentariamente (Art. 183.2 LOUA).
- En caso de actividades o usos contrarios al régimen urbanístico aplicable, órdenes de cese y prohibición de los mismos, y, en su caso, de clausura de establecimientos o dependencias.

De ello extraemos las notas de que

- ➔ La Reposición de la realidad física alterada no siempre conlleva la demolición, dado que aquella puede ser una actuación más amplia, o bien al contrario, podría consistir en una demolición parcial de lo construido.
- ➔ No toda actuación de reposición consiste en obras de demolición. Valga como ejemplo, dos supuestos previstos en el párrafo 1º de Art. 169 LOUA: Letra b (movimientos de tierra, extracción de áridos, la explotación de canteras y el depósito de materiales) y Letra f (talas en masas arbóreas, y vegetación arbustiva, de árboles aislados, que sean objeto de protección por los instrumentos de planeamiento).

4.2.- Actos que pueden dar lugar a la vulneración del orden jurídico urbanístico.

La vulneración del orden jurídico urbanístico puede provocar dos tipos de consecuencias jurídicas. De un lado, la adopción de medidas para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

física alterada o, como consecuencia de una actuación ilegal; de otra parte, la imposición de sanciones cuando la actuación, además de ilegal, ha sido objeto de necesaria tipificación como infracción. Sin embargo, en el ámbito urbanístico, se puede ampliar el concepto de “infracción urbanística” más allá del estricto marco del derecho sancionador, para convertirlo en figura central de todos los mecanismos legales de reacción frente a la vulneración del orden jurídico urbanístico establecido.

En la LOUA hallamos preceptos que aluden a los actos con mayor o menor precisión, como vemos a continuación:

- El Art. 183 alude a obras incompatibles con la ordenación urbanística.
- El Art. 181.1 hace referencia a “actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación e instalación, o cualquier otro de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo que estén sujetos a cualquier aprobación o a licencia urbanística previas que se realicen, ejecuten o desarrollen sin dichas aprobación o licencia o, en su caso, sin orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas...”.
- El Art.169 en alusión a “actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, realiza una enumeración de aquellos que están sujetos a licencia urbanística, que transcribimos a continuación:

a) Las parcelaciones urbanísticas a que se refiere la sección sexta del Capítulo II del Título II de la LOUA, con la salvedad de que estén contenidas en proyectos de reparcelación aprobados o sean objeto de declaración de innecesariedad de la licencia.

b) Los movimientos de tierra, la extracción de áridos, la explotación de canteras y el depósito de materiales.

c) Las obras de vialidad y de infraestructuras, servicios y otros actos de urbanización, que deban realizarse al margen de proyectos de urbanización debidamente aprobados.

d) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase y cualquiera que sea su uso, definitivas o provisionales, sean de nueva planta o de

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

ampliación, así como las de modificación o reforma, cuando afecten a la estructura, la disposición interior o el aspecto exterior, y las de demolición de las existentes, salvo el supuesto de ruina física inminente.

e) La ocupación y la primera utilización de los edificios, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso.

f) Las talas en masas arbóreas y vegetación arbustiva, así como de árboles aislados, que sean objeto de protección por los instrumentos de planeamiento.

g) Cualesquiera otros actos que se determinen reglamentariamente o por el correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística.

2. Están también sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción, edificación y uso del suelo o del subsuelo que realicen los particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deba otorgar la Administración titular de dicho dominio.

- Finalmente el Art. 191 señala que son infracciones urbanísticas las acciones u omisiones que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta Ley.

4.3. Medidas previstas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, con motivo de actos u omisiones tipificados como infracción urbanística.

Según el Art. 192 de esta ley, toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística en la LOUA dará lugar a la adopción de las medidas siguientes:

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

b) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria administrativas o penal.

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

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

Fundamentalmente, hemos de destacar, respecto de este precepto, el marcado carácter imperativo respecto de la reposición de la realidad física alterada:

“En todo caso se adoptarán las medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción”.

4.4.- Las personas responsables.-

Según el Art. 193 LOUA, encuadrado en el Tit. VII rotulado con la mención “Las infracciones urbanísticas y sanciones” señala que, a todos los efectos, lo serán:

“1.- En los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación o cualquier otro de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo ejecutados, realizados o desarrollados sin que concurren los presupuestos legales para su legitimidad:

a) Los propietarios, promotores, constructores, según los define la Ley de la Edificación, urbanizadores y personas con facultades decisorias sobre la ejecución o el desarrollo de los actos, los técnicos titulados directores de los mismos, y los redactores de los proyectos cuando en estos últimos concorra dolo, culpa o negligencia grave.

b) Los titulares o miembros de órganos administrativos y funcionarios públicos que, por acción u omisión, hayan contribuido directamente a la producción de la infracción.

2.- De los actos anteriores ejecutados, realizados o desarrollados al amparo de actos administrativos que constituyan o legitimen una infracción urbanística:

a) El titular del órgano administrativo 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, los miembros de los órganos colegiados que hayan votado a favor de dichas licencias o aprobaciones en idénticas condiciones y el Secretario que en su informe no haya advertido de la omisión de alguno de los preceptivos informes técnico y jurídico, así como los funcionarios facultativos que hayan informado favorablemente las licencias o aprobaciones.

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

b) Las personas enumeradas en el apartado 1 de este artículo en caso de dolo, culpa o negligencia grave.

3.- En los casos de prestación de servicios que se tipifican como infracción urbanística en el artículo 207.2.a) son responsables las empresas suministradoras.

4.- Las personas jurídicas son responsables de las infracciones urbanísticas cometidas por sus órganos o agentes y, en su caso, asumirán el coste de las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a terceros a que haya lugar.

No obstante, no podrá imponerse sanción a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las responsabilidades en que hayan podido incurrir las personas físicas que actúen por ellas y de la exigencia de indemnización de daños y perjuicios, así como de la restitución de la realidad física alterada y del beneficio ilícito obtenido.

De la obligación de pago de las multas y del beneficio ilícito obtenido impuesto a las personas jurídicas en virtud de lo establecido en esta Ley son responsables subsidiarios:

a) Los gestores o administradores cuya conducta haya sido determinante de que la persona jurídica incurriera en la infracción.

b) Las entidades que, por sus participaciones en el capital o por cualquier otro medio, controlen o dirijan la actividad de la responsable principal, salvo que deban ser consideradas directamente autoras de la infracción.

5.- También podrán ser sancionadas las entidades y uniones sin personalidad jurídica, tales como comunidades de bienes o herencias yacentes, cuando la infracción consista en la trasgresión de deberes o de prohibiciones cuyo cumplimiento les corresponda.

Asimismo el Art. 194 LOUA añade que en caso de extinción de la persona jurídica responsable, los socios o partícipes en el capital responderán solidariamente, y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado, del pago de la sanción o en su caso del coste de la reposición de la realidad física alterada.

5.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCION SUBSIDIARIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA EN LA REPOSICIÓN DE LA REALIDAD FISICA ALTERADA

5.1.1. Exigencia general de procedimiento.

El Decreto 225/2006, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía -Art. 29.4- dispone que *“cuando de las actuaciones inspectoras resulte la existencia de elementos de convicción suficientes para la exigencia de responsabilidades sancionadoras, del restablecimiento del orden jurídico perturbado de la reposición de la realidad física alterada, ello dará lugar a la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo, que se regirá por la normativa general y por la sectorial que en cada caso resulte aplicable”*.

Los procedimientos de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada, se regirán por lo dispuesto en la normativa general del procedimiento administrativo y en la normativa sectorial en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

La autotutela ejecutiva va más allá de la meramente declarativa: aparte de eximirse a la Administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, faculta a ésta para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrativa.

La autotutela ejecutiva puede referirse a la ejecución forzosa de los propios actos de la Administración, cuyos destinatarios resistan el cumplimiento; es lo que proclama la cláusula general del Art. 95 de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC. El acto administrativo juega aquí como “título ejecutivo”, de modo que la ejecución intenta llevarlo coactivamente a cumplimiento pleno. Así lo proclaman, como decíamos, el Art. 95 y el Art. 97 de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC.

El acto administrativo ha de establecer, pues, una obligación que ha de resultar incumplida para que pueda imponerse su ejecución forzosa.

Cabría señalar que la ejecución del acto administrativo está en línea directa de continuación del acto ejecutado, según Otto Mayer, lo que significa que la ejecución forzosa se limita a cumplir “omiso

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

voluntatis”, lo mismo que el acto ordenaba realizar al deudor por su propia intervención. Ello significa que, ni transforma ni añade obligación alguna, lo que nos conduce a clarificar la distinción de que la ejecución forzosa se diferencia de la sanción que deba pagar el obligado por incumplimiento de su obligación. No se trataría, en este caso, de medida de ejecución forzosa, sino de una acción sancionadora frente al incumplimiento.

Y como medida intermedia entre la ejecución forzosa y la sanción, está la multa coercitiva, prevista en el Art. 99 de la LRJAP y PAC. En este caso sí es medio de ejecución forzosa porque su finalidad se dirige a quebrantar la resistencia opuesta al cumplimiento por el propio deudor.

En el procedimiento para su ejecución, el Art. 96 de la LRJAP y PAC habilita los medios de que dispone la Administración para su consecución. Este precepto señala que la ejecución forzosa se efectuará por las Administraciones Públicas, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:

- “a) Apremio sobre el patrimonio.*
- b) Ejecución subsidiaria.*
- c) Multa coercitiva.*
- d) Compulsión sobre las personas”.*

La ejecución subsidiaria - Art. 98 LRJAP y PAC - como su propio nombre indica, consiste en la ejecución de lo ordenado en el acto administrativo previo por persona distinta al destinatario del mismo, y por cuenta de este, señalando este precepto en concreto que:

- “1. Habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado.*
- 2. En este caso, las Administraciones Públicas realizarán el acto, por sí o a través de las personas que determinen, a costa del obligado.*
- 3. El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto sobre el apremio sobre el patrimonio”.*

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

El procedimiento de ejecución subsidiaria se configura pues, como un procedimiento complejo, compuesto de procedimientos escalonados y conectados entre sí, aunque con una cierta independencia. Ejemplo de ello es que en él se contengan otros en sí mismos considerados, como un procedimiento de contratación para la realización de obras destinadas al restablecimiento de la realidad física alterada –demolición- y un procedimiento dirigido a fijar la cantidad adeudada por el ejecutado, a través de un procedimiento de ejecución por vía de apremio.

Por tanto, las actuaciones de ejecución subsidiaria, suponen el inicio de una serie de requisitos formales y un procedimiento administrativo “ejecutivo”, en contraposición al “declarativo” de adopción de una Resolución administrativa.

Así, el paso de un estado a otro, tiene lugar tras la puesta en conocimiento de la Resolución definitiva y firme al destinatario obligado el cumplimiento, para su cumplimiento, en plazo y para la ejecución voluntaria del restablecimiento de legalidad urbanística – y reposición de la realidad física alterada- por sí mismo. Ello, sin perjuicio de que, en este momento, en contra de aquella, pueda producirse la interposición del recurso que proceda.

En caso de inexistencia de “litis pendencia” en vía jurisdiccional Contencioso-Administrativa, y del transcurso del plazo señalado, se comprobará “in situ” el cumplimiento o la inactividad por el sujeto obligado. Las mismas actuaciones se adoptarán respecto de la Corporación municipal del ámbito territorial de las obras incursas en el acto ilícito, ello en base a los principios de colaboración interadministrativa consagrados en el Art. 3 de la Ley 30/92, de RJAP y PAC entre Administraciones Municipal y Autonómica.

Solo tras el incumplimiento de actuaciones, tanto por parte del sujeto obligado, como por parte de la Corporación municipal, y constatada la inactividad en este extremo, y previo informe sobre el estado del planeamiento en el referido municipio que haga constar la imposible legalización de las obras ilícitas, en los términos del art. 182 1 LOUA, procede el apercibimiento de ejecución forzosa.

5.1.2. El apercibimiento antes de la ejecución forzosa.

Transcurrido el primer periodo de cumplimiento voluntario, el procedimiento de ejecución forzosa se inicia, justamente, dando una nueva oportunidad para que el obligado cumpla por sí mismo lo obligado, previo apercibimiento.

El Art. 95 de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC formula un principio general de autotutela coactiva con fines de ejecución forzosa , en estos términos: *“Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales”*. Con independencia del alcance indebidamente general del precepto, se contiene aquí una cláusula general de habilitación a la Administración para la utilización de su autotutela ejecutiva que resulta aplicable en todos los casos posibles salvo que la ley haya dispuesto la necesidad de una ejecución judicial.

La STS de 6 de junio de 1997 señala que esta nueva oportunidad que comporta el apercibimiento, es necesaria, aunque el acto originario ya indicara los plazos de cumplimiento y advirtiera que se podría pasar a la ejecución forzosa.

El apercibimiento debe dirigirse, no a cualquier interesado, sino exclusiva y precisamente a aquel que está obligado a la conducta que se impuso, o a quien le haya sucedido en la relación jurídica transmisible, dada la naturaleza “ob rem” de las medidas de protección de la legalidad urbanística, que poseen carácter real y alcanzan a los terceros adquirentes de buena fe de las edificaciones, en tanto subrogados “ex lege” de las responsabilidades contraídas por su causante. En este sentido, STC de 7-10-1980, 30-6-1981, 10-5-1990, 29-1-1996, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder a posteriores adquirentes del inmueble frente al transmitente.

5.1.3. La posibilidad del cumplimiento voluntario concedido por el acto ejecutado.

Si en cualquier fase del procedimiento anterior a la contratación de la obra de reposición de la realidad física alterada – demolición - el interesado se aviene a efectuarla a su costa, le será

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

concedido plazo para su ejecución, efectuándose por parte de la Administración visitas reiteradas a los efectos de comprobar su cumplimiento. Ello se admite dada la complejidad de estos procedimientos de ejecución subsidiaria y las razones de eficacia administrativa (Art. 103.1 CE) que deben imperar en este tipo de procedimiento. Es, por tanto, necesario reconocer, en el procedimiento de ejecución subsidiaria, un cierto margen de flexibilidad para con el sujeto obligado, traducida en otorgamiento de plazo y su comprobación “in situ” su cumplimiento antes de hacerlo a su costa, la propia Administración.

5.1.4. Ejecución en el procedimiento de ejecución subsidiaria.

Esta actuación debe partir de la existencia de un acto notificado y eficaz, de un requerimiento, y de la comprobación de que, pese a haber expirado el plazo concedido en el apercibimiento, se mantiene el incumplimiento o, en su caso, se mantiene parcialmente; y finalmente debe despachar la ejecución estableciendo ya precisamente que se opta y se pasa a la ejecución subsidiaria.

La Administración inicia, de oficio, el procedimiento de ejecución forzosa, que se compone documentalmente del correspondiente expediente de contratación de obras. El procedimiento de contratación de obras de demolición –o las que proceda en la restauración de la realidad física alterada – cuando la reposición no difiere del regulado para obras de construcción, estará contemplado en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público (L 30/2007 de 30 de octubre, BOE de 31 de octubre), en vigor desde el 1 de mayo de 2008, RD Legislativo 2/2000, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su desarrollo reglamentario (para redacción de proyecto, dirección y demolición de las obras), hasta la entrada en vigor de la nueva ley.

La ejecución subsidiaria, aunque consiste esencialmente en actuaciones materiales, dirige y concreta aquellas actuaciones (establece cómo, cuándo y quién ha de llevarlas a cabo) y convierte la obligación inicial en otras distintas.

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

Finalmente conviene recordar que el incumplimiento del acto por parte del obligado, no excluye que el ejecutado deba abonar de manera especial las costas del procedimiento ejecutivo (Art. 98.3 de la LRJAPyPAC).

5.2.- Los sujetos intervinientes.-

Serán los sujetos que preceptivamente deben intervenir según la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación y el RD. 1627/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, siendo los siguientes:

Promotor: Según el Art. 9 de la LOE *“Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”*. En nuestro caso, la Comunidad Autónoma andaluza.

Constructor: Es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar las obras con sujeción al proyecto y al contrato, según el Art. 11 LOE.

Director de obra: El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto, según el Art. 12 de la LOE. Será arquitecto o arquitecto técnico según Ley 12/1986, de 1 de abril, de Atribuciones Profesionales

Director de la ejecución de la obra: El que asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado, según el Art. 13 de la LOE.

Coordinador de seguridad y salud: Persona designada por el promotor para redactar el Estudio de Seguridad y Salud y aprobar el Plan de Seguridad y Salud que remitirá a la Comunidad Autónoma para su aprobación. Debe coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.

Proyectista: El agente que, por encargo del promotor redacta el proyecto

Autoridad laboral: La Comunidad Autónoma de Andalucía deberá efectuar un aviso a la autoridad laboral antes del comienzo de los trabajos. El Plan de Seguridad y salud estará a disposición permanente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los Técnicos de los órganos especializados en materia de seguridad y salud laboral en las Administraciones públicas competentes.

6.- LA ENTRADA EN DOMICILIO

6.1.- Qué debe entenderse por domicilio.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el domicilio como “Morada fija y permanente; lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos; casa en que alguien habita o se hospeda”.

6.2.- Los sujetos pasivos de la entrada en domicilio.

Aunque el precepto constitucional no lo determina, sí lo hacen el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establecen que la inviolabilidad del domicilio es un derecho es inherente a toda persona física.

Respecto a las personas jurídicas la STC 137/1985 reconoció el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ratificada después por otras posteriores como la STC 69/1999. Esta última aclaró el

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

alcance de su protección, al establecer que el ámbito privado se extenderá a espacios físicos indispensables para el desarrollo de su actividad sin intromisiones ajenas. Así, será necesaria la autorización judicial (en defecto de consentimiento) para el acceso a aquellas partes de un domicilio social de una empresa en la que puedan contenerse datos privados (ficheros o documentos).

6.3.- La entrada en domicilio.

La entrada en domicilio es una cuestión muy debatida y carente de legislación estructurada. Ello ha dado lugar a la existencia de numerosa Jurisprudencia del TS y TC con el ánimo de concretar su alcance.

El Art. 18 de la Constitución Española consagra el derecho fundamental de la inviolabilidad de la entrada en domicilio al establecer que “el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

La entrada en domicilio es una actuación cuyo ejercicio implica la condición de autoridad, reconocida por una ley y de forma restringida.

El Cuerpo de Inspección en materia de Ordenación, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía, que ha sido dotado de tal condición para el ejercicio de sus funciones. Así se indica por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre al señalar que *“el personal inspector tiene el carácter de agente de la autoridad a todos los efectos en el ejercicio de sus funciones, de modo que los particulares, los funcionarios y las autoridades deberán prestar a aquéllos el apoyo y colaboración que precisen en el desarrollo de sus actuaciones”*.

En estos términos, y en los previstos en el Art.179, apartados 3 y 4, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, y Disposición adicional 4ª de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, el personal inspector podrá:

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

a) Entrar libremente, sin previo aviso y en cualquier momento, en el lugar objeto de inspección y permanecer en ellos, respetando en todo caso la inviolabilidad del domicilio, lo cual conllevará la necesidad de recabar el consentimiento de su titular o Resolución judicial que autorice la entrada en el mismo.

Posteriormente ha sido contemplada en el Decreto 225/2006, de 26 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, que dispone –Art. 22 a)- que “*el personal inspector esta facultado para entrar libremente, sin preaviso y en cualquier momento, en el lugar objeto de inspección, respetando en todo caso la inviolabilidad del domicilio, lo cual conllevara la necesidad de recabar el consentimiento de su titular o Resolución judicial que autorice la entrada en el mismo*”.

En relación con el requisito exigido de recabar el consentimiento del titular del domicilio, el Art. 96.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señala que si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado se deberá obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

El órgano judicial competente para conocer la autorización de entrada corresponde, en los términos del Art. 8.6 Ley 22/1998 (LJCA), a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que dispone que: “Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública”. En este sentido también se manifiesta el Art. 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), al señalar que lo será el juez de lo Contencioso-Administrativo.

Cabe observar que, para el ejercicio de la entrada en domicilio existen dos títulos habilitantes: el Auto judicial y el consentimiento del titular del derecho. No obstante, la negativa del titular no puede ser sancionada al igual que el cambio de criterio durante una visita de inspección. Por ello, la que goza de mayor garantía, y que se erige, en la mayoría de los casos, como única, será la autorización judicial de entrada en domicilio.

La reposición de la realidad física alterada. La demolición.

La autorización de entrada debe adoptarse mediante Auto, según dispone la LOPJ, que será motivado y valore si se cumplen estrictamente los requisitos de legalidad exigidos para su otorgamiento.

Finalmente, decir que el ordenamiento prevé el auxilio y la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al personal inspector en el ejercicio de sus funciones.