

C. DERECHO PENAL	DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	Núm. 68/2004
-----------------------------	---	-------------------------

Ángel MUÑOZ MARÍN
Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Salvador, propietario de un solar ubicado en el término municipal X, decide edificar en el mismo, para lo cual contacta con Julián, propietario de una constructora, y éste a su vez con David, arquitecto, que elabora de acuerdo con los primeros el proyecto de edificación. Tras lo cual comienzan los trabajos de construcción. Agentes de la autoridad se personan en el solar, observando cómo con maquinaria pesada se realizan labores de remoción del terreno. La obra carece de licencia municipal, y las labores de construcción afectan a terrenos de suelo no urbanizable calificado de especial protección por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural XXX. En la obra participaban en aquel momento 10 operarios dirigidos por Miguel, que realizaba labores de capataz.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Es delictiva la conducta relatada?
2. ¿Quiénes son los autores de la misma?

• **SOLUCIÓN:**

Las respuestas al caso planteado se realizarán de manera conjunta, al entender que así se facilitará la labor docente y de resolución del mismo.

La primera tarea que debemos realizar es identificar la posible conducta delictiva que viene relatada, y si todos los sujetos reflejados son autores del mismo, o en caso contrario, la participación, y por ende, grado de responsabilidad de los mismos.

El tipo legal que podría enmarcar la conducta típica, es sin duda el artículo 319 del Código Penal (CP), recogido en el Título XVI del Libro II del CP, y que establece:

«Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados viales, zonas verdes, o bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico-cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.»

Siguiendo cronológicamente el desarrollo del precepto, la primera cuestión a solventar es, si tanto Salvador, Julián, David, Miguel, y el resto de operarios pueden ser considerados sujetos activos del

tipo legal. La conducta delictiva tipificada afecta a «promotores, constructores o técnicos directores», con lo cual nos encontramos ante un delito especial, es decir, un delito que sólo puede ser cometido por determinados sujetos, por lo que si las conductas descritas en el mismo vienen a ser cometidas por sujetos ajenos a la descripción típica, la conducta devendrá irremisiblemente impune. Ésta es pues, la primera dificultad que tendremos que abordar, ya que al encontrarnos ante una norma penal en blanco, tenemos que acudir obligatoriamente a conceptos recogidos en otras disposiciones legales para definir los conceptos jurídicos. El derogado artículo 264 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo, declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, del cual era una transcripción (en cuanto a los sujetos responsables) el vigente artículo 319 del CP, señalaba:

«En las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas serán sancionadas por infracciones urbanísticas el promotor, el empresario de las obras y el técnico director de las mismas.»

Este precepto no nos resuelve, ni siquiera a título meramente interpretativo quiénes tienen la consideración de promotores, constructores y técnicos directores, ya que vienen a ser una mera enumeración de las personas que en vía administrativa eran responsables de determinadas infracciones.

Esta ausencia de regulación precisa, vino a plantear una ardua discusión tanto a nivel doctrinal, como a nivel jurisprudencial sobre quiénes tenían tal consideración, sobre todo a la hora de determinar el concepto de promotor. Tuvo que ser la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, la que viniera a definir las. Así el artículo 9.º dice:

«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.»

Por su parte, el artículo 11 define la figura de constructor, y dice:

«El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.»

Finalmente, el concepto de técnico director, hay que encontrarlo en el artículo 10 bajo la figura del proyectista:

«El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.»

Sobre la base de estos conceptos, tratemos de determinar el encaje de los sujetos intervinientes. Salvador es el propietario del terreno, decide edificar en el mismo, y en definitiva es la persona que va a financiar el proyecto de edificación; por lo tanto, nos encontramos, sin duda, ante el promotor de la obra. A pesar de la sencillez de esta consideración, y de la claridad del artículo 9.º de la Ley de Ordenación de la Edificación, la jurisprudencia ha estado dubitativa sobre si considerar promotor sólo al que se dedica a dichas labores de forma profesional, o bien cualquier persona puede tener tal consideración. Así, la Audiencia Provincial (AP) de Almería en Sentencia de 5 de diciembre de 2000 es partidaria de

restringir el concepto de promotor, a los efectos del artículo 319, tan sólo a aquellos sujetos que ostentan la consideración de profesionales. Por su parte, la sentencia de la AP de Alicante de 27 de diciembre de 1999, mantiene que la figura de promotor abarca tanto a los sujetos que se dediquen a la promoción de forma profesional como a aquellos que lo hacen de forma ocasional. Esta última sentencia utiliza, a mi modo de entender un razonamiento tan elemental como demoledor, y así dice:

«Si lo que pretende el legislador es la ordenación del territorio, debe resultar indiferente quien lleve a cabo este ataque al bien jurídico protegido. Es inconcebible que la misma conducta realizada por un profesional o quien no lo es, produciendo el mismo daño, de forma consciente, no merezca el mismo reproche penal.»

Este segundo criterio es compartido por la AP de Baleares en sentencia de 29 de abril de 2000, AP de Jaén (Secc. 1.^a) de 4 de septiembre de 2000, AP de Palencia de 31 de diciembre de 1998, AP de La Coruña (Secc. 1.^a) de 15 de marzo de 2001. Por el contrario, defienden la primera tesis, las sentencias de la AP de Valencia (Secc. 2.^a) de 7 de marzo de 2001, y sentencia de la AP de Cádiz de 9 de mayo de 2000. Esta polémica parece que debe quedar zanjada con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 26 de junio de 2001, que entiende que el concepto de promotor debe aplicarse a cualquiera de los sujetos, con independencia de que sea o no profesional de la construcción.

Respecto a la consideración de constructor, entendemos que los términos de quien se haya comprendido en tal categoría son claros, y por ello, Julián goza plenamente de tal cualidad, al igual que David, a la sazón arquitecto, ostenta la consideración de técnico director, que a los efectos recogidos en el artículo 10 de la Ley de Ordenación de la Edificación hay que equiparar a la de proyectista; y en tal sentido, el artículo 10.2 a) de la mencionada ley viene a establecer que el proyectista debe de estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero, ingeniero técnico.

Por tanto, respecto a los tres sujetos mencionados, no hay duda alguna sobre la autoría de los mismos en la acción delictiva. Se nos podría alegar que en alguno de ellos podría no existir dolo, o error en la conducta, pero sobre la base de los hechos que se establecen en el relato fáctico, no se puede considerar tal posibilidad.

A continuación hay que abordar si la conducta de Miguel y del resto de los operarios que se encuentran en la finca puede tener encaje en el tipo legal. Miguel realiza labores de capataz, y de las normas contenidas en la referida Ley de Ordenación de la Edificación, no parece que el mismo tenga la consideración de director de la obra o de director de la ejecución de la obra, ya que los artículos 12 y 13 de la misma definen dichas categorías y parecen tener un carácter más técnico del que ostenta Miguel, con independencia de los títulos académicos que hay que poseer. Por tanto, en el caso de Miguel creemos que su categoría profesional puede encajar dentro del técnico director, reservada para los arquitectos, ingenieros, etc. Por su parte, los operarios que trabajan en la obra, son sujetos ajenos al delito, ya que los mismos no tienen las cualidades y categorías descritas en el artículo 319 del CP.

A continuación, y siguiendo el desarrollo del tipo, debemos analizar la conducta que en sí está describiendo el precepto legal. Así, dice el artículo «que llevan a cabo una construcción no autorizada». En primer lugar, el término construcción, es más amplio que el término edificación que se recoge en el apartado segundo del precepto, y no hay duda, de que dentro del concepto de construcción se encontraría abarcado el de edificación. La referida construcción debe estar amparada por la correspondiente licencia urbanística, de la que carece la obra, tal y como se describe en el supuesto. En este sentido, y aunque no es objeto del supuesto dada la redacción del mismo, debemos apuntar que, respecto a la obtención de las licencias urbanísticas, surge el problema de las licencias ile-

gales o nulas, incluso el de las licencias obtenidas por silencio administrativo. Respecto a este último supuesto, hay que remitirse a lo establecido en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y su interpretación respecto de lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En definitiva, la conducta de los sujetos activos, es sin duda, constitutiva de delito, ya que la construcción no se encuentra autorizada por la correspondiente licencia municipal. Se podría plantear si con posterioridad al inicio de las obras, y al inicio de las actuaciones penales, se obtuviera la licencia municipal. Entendemos que la conducta delictiva ya se encontraría consumada, y por tanto no tendría trascendencia alguna.

Finalmente, debemos cuestionarnos, si el hecho de ser paralizada la obra cuando las mismas están en un estadio de remoción de terrenos, esto es, de labores de movimientos de tierra, supone ya la consumación del tipo legal. Entendemos que las labores de remoción del terreno, son labores propias de la construcción, y por tanto, integradas en la misma, sin independencia de ella (art. 19 del Reglamento de Disciplina Urbanística).

Respecto al lugar donde se realizan las obras de construcción, y que es determinante para la constitución del tipo legal, el artículo 319 señala que la construcción deberá realizarse en «suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección». El terreno, según se nos dice, está considerado de especial protección con arreglo al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural, con lo que se confirma también este requisito.

En definitiva, del análisis efectuado, las conductas de Salvador, Julián y David al construir sin la oportuna licencia municipal en un suelo considerado de especial protección, es constitutiva del delito tipificado en el artículo 319 del CP.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 319.**
- **Ley 38/1999 (Ordenación de la Edificación), arts. 9.º, 10, 12 y 13.**