



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

N/Ref.: 8/02

RECEIVED FISCALIA 27 ENE. 2004
del 576 AL 630

EXCMOS. /ILMOS. SRES.:

Pongo en conocimiento de VE/VI que la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes (publicada en el BOE de 21 de mayo de 2003), ha modificado el art. 9.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, dándole una nueva redacción que ha alterado el supuesto de hecho que dio origen a la Consulta nº 1/2003 de esta Fiscalía General. Hay que considerar, por tanto, que han quedado sin efecto el contenido y conclusiones de dicha Consulta, a partir de la entrada en vigor de la citada ley.

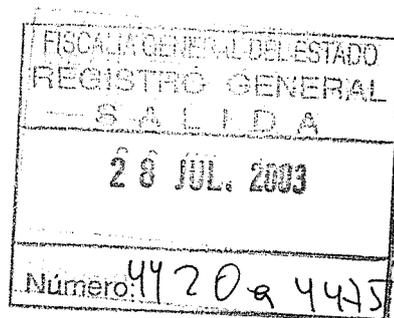
Madrid, 27 de enero de 2004

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS./ILMOS. SRES. FISCALES JEFES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



CONSULTA 1/2003

Sobre la nueva configuración típica que presenta el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP a partir de las medidas de liberalización del sector inmobiliario adoptadas en el Real Decreto-Ley 4/2000

La reforma del art. 9.2 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y valoraciones, operada por el RD Ley 4/2000 de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, ha suprimido la posibilidad de crear el denominado "suelo no urbanizable común". La Fiscalía consultante cuestiona, en primer lugar, la hipótesis de que la reforma citada haya supuesto un vaciamiento de contenido del actual apartado 2 del art. 319 CP, por venir a coincidir prácticamente con el tipo descrito en el apartado 1 del mismo artículo. Asimismo, plantea la duda acerca de si, en el caso de que exista una legislación autonómica que contemple la posibilidad de crear "suelo no urbanizable común", dicha normativa autonómica puede ser utilizada para integrar el contenido del tipo previsto en el art. 319.2 CP; o si, por el contrario, debería prevalecer la norma estatal en todo caso, por lo que la norma autonómica que permitiese la creación de "suelo no urbanizable común" carecería de virtualidad a la hora de pretender incardinar una conducta en el citado precepto penal.



-I-

La definición del estatuto jurídico de la propiedad del suelo ha experimentado un importante cambio de resultados de la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes (BOE 151/2000, de 24 de junio), norma que aspiraba a atajar la escasez de suelo urbanizable mediante la ampliación de la oferta del mismo con el fin de contener el incremento del precio final de los bienes inmobiliarios.

La nueva ordenación reduce la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad de planeamiento y vincula sus decisiones a criterios reglados mediante una reforma del artículo 9.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LSV), que en su nueva versión contrae la clasificación del suelo no urbanizable y libera extensas áreas territoriales para su eventual transformación urbanística.

Para un entendimiento más sencillo de la operación legislativa conviene reproducir el texto original del artículo 9 LSV, que en sendos apartados sintetizaba los dos criterios básicos de determinación de la clasificación del suelo como no urbanizable, en función de su incompatibilidad con la transformación urbanística, o de su mera inadecuación a la misma. Decía el precepto:

Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurran alguna de las circunstancias siguientes:

1º).- Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o



la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

2º).- Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano.

Sobre el texto original, el artículo 1 apartado primero del Real Decreto-Ley 4/2000 introduce una reforma consistente en la supresión del inciso final del apartado 2º que queda redactado como sigue:

2º).- Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

Con tan limitada variación textual, el legislador ha operado una importante revisión de las bases del régimen estatutario de la propiedad del suelo al supeditar la clasificación del suelo no urbanizable a la existencia comprobada y razonada de un valor digno de especial protección, derogando la libertad de que gozaba la Administración competente en materia de planeamiento para excluir del proceso transformador terrenos no comprendidos en áreas de especial protección o carentes de un valor singular y propio.

La Fiscalía consultante llama la atención sobre la incidencia que este cambio tiene en la delimitación típica del artículo 319.2 CP, que sanciona a los



promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable, y que, como tipo penal en blanco, demanda ser integrado mediante la aplicación del ordenamiento sectorial que delimita el concepto de suelo no urbanizable y los usos autorizables del mismo.

Como acertadamente indica la Consulta, el cambio legal provoca un juicio negativo de tipicidad en todos aquellos supuestos en que la edificación objeto de incriminación se levante sobre terrenos clasificados en el planeamiento como suelo no urbanizable común, puesto que éste ya no existe y el propietario tendría el derecho a instar su transformación urbanística. Cuestiona igualmente el supuesto vaciamiento del tipo penal del artículo 319.2 CP si se estimare que las razones legales para clasificar el suelo como no urbanizable recogidas en el artículo 9 LSV resultan coincidentes con los supuestos del artículo 319.1 CP.

En un segundo, pero no menos importante, orden de consideraciones, la consulta advierte el problema que suscita un eventual conflicto de leyes, estatales y autonómicas, cuando establecen criterios de clasificación incompatibles. Particulariza esta crisis centrándose en el supuesto de una Ley emanada del Parlamento de la Comunidad Autónoma en que radica la Fiscalía que, en el ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, instauró una disciplina del régimen jurídico del suelo no urbanizable que autoriza una clasificación del mismo en términos sumamente amplios, recogiendo con carácter residual la totalidad del suelo no clasificado como urbano o urbanizable, con independencia de que esté sometido a un régimen de especial protección.

La Ley autonómica se acomodaba en el momento de su promulgación a la legislación básica del Estado, pero a partir de la reforma entra en abierta confrontación con ella y aunque la Consulta se ciñe a un caso particular, el



criterio de solución del conflicto de leyes ha de tener un valor unívoco y extensible al resto de las Comunidades Autónomas, lo que hace sumamente aconsejable un pronunciamiento de alcance general y desvinculado de las concretas circunstancias expresadas en el texto de la misma.

La búsqueda de respuestas al problema que plantea la selección de la ley aplicable para la integración del tipo penal exige por ello un análisis preliminar del bloque de constitucionalidad que arbitra la concurrencia competencial del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación territorial, así como de los principios constitucionales que disciplinan las relaciones interordinamentales que la naturaleza compuesta del Estado de las autonomías genera en este sector de la realidad.

-II-

La Constitución generó en su día un intenso debate en torno a la delimitación competencial en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. A juicio de la mejor doctrina la redacción dada por el constituyente al artículo 148.1.3ª CE fomentó un cierto grado de confusión interpretativa al comprender dichas materias entre las de competencia asumible *in toto* por las Comunidades Autónomas sin introducir el necesario matiz sobre la posible existencia de reserva de bases en favor del Estado en relación con algunos aspectos implicados en la configuración del suelo.

La legitimidad con que cuenta el Estado para efectuar, en el desempeño de competencias propias, ciertas determinaciones condicionantes del ejercicio de las facultades autonómicas de ordenación del territorio se funda en el hecho incontestable de que Estado y Comunidades Autónomas son entes coextensos que operan sobre un espacio común, sin que sea dable ni factible en la práctica contemplar el territorio como una pertenencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.



De este modo, si bien la totalidad de las Comunidades Autónomas han asumido durante el proceso de descentralización política desencadenado por el Título VIII de la CE competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, esta opción estatutaria no ha derogado los títulos competenciales esgrimibles por el Estado y proyectables sobre el mismo, entre los que ocupa una posición preeminente, aunque no aislada, el relativo a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1ª CE), que en el ámbito del derecho constitucional a la propiedad (artículo 33 CE) habilita al Estado para legislar sobre el estatuto jurídico básico de la propiedad del suelo, definiendo los criterios mínimos de su clasificación.

Otros títulos competenciales del Estado que pueden condicionar en aspectos básicos la ordenación territorial los encontramos en el artículo 149.1.8ª -legislación civil, particularmente en materia de propiedad y derechos reales inmobiliarios-, 13ª -bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica-, 18ª -bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, procedimiento administrativo común y legislación sobre expropiación forzosa- y 23ª -legislación básica sobre protección del medio ambiente-.

La solidez de este criterio doctrinal es avalada, en esencia, por la doctrina constitucional, que ha declarado que la clasificación tripartita del suelo (urbano, urbanizable y no urbanizable) realizada por la legislación del Estado tiene perfecto encaje en la competencia atribuida ex art. 149.1.1ª CE por su carácter de instrumento técnico para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana, sin que ello limite la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar y regular, a efectos de planificación o gestión, otras clasificaciones del suelo distintas y superpuestas a las anteriores (SSTC 61/1997, FFJJ 14.b y 15.a y 164/2001, FJ 12).



El TC respalda la legitimidad constitucional del artículo 9 LSV en su Sentencia 164/2001 (FJ 14.2ª):

El precepto impugnado, en su redacción de 1998, establece en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable: que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualación de todos los propietarios del suelo. Tal fin igualador atrae en principio la regulación del artículo 9 LRSV a la esfera competencial del Estado ex art. 149.1.1 CE.

Criterio que la Sentencia extiende al nuevo texto del artículo 9.2 LRSV, en la medida en que la reforma legal no ha producido alteración alguna de los términos de la controversia competencial.

En definitiva, los criterios mínimos que el artículo 9.2 LRSV determina para la clasificación del suelo no urbanizable, la incompatibilidad y la inadecuación para su transformación, constituyen criterios de igualación de todos los españoles en el ejercicio de un derecho constitucional y son constitucionalmente legítimos, por lo que las normas autonómicas de ordenación territorial deben, en consecuencia, respetarlos.

Esta prevalencia de la legislación del Estado no responde, sin embargo, al principio de jerarquía normativa, pues en un Estado compuesto como es el de las Autonomías los diversos ordenamientos jurídicos conviven en un plano de igualdad dentro de sus respectivas esferas competenciales; tampoco obedece a una sucesión temporal de normas, como se apunta en la Consulta, pues tratándose de normas jurídicas pertenecientes a ordenamientos diversos no se puede hablar en sentido propio de derogación tácita por incompatibilidad



de contenidos (artículo 2.2 CCiv); descartado queda, igualmente, el principio de especialidad, pues la legislación estatal y la autonómica tratan aspectos distintos, aunque concurrentes, de la ordenación territorial.

En conclusión, el único principio que aporta un criterio válido para dirimir la cuestión es el de competencia, en función del cual la norma válida es la emanada del poder público competente en la materia, criterio que se aplica a la resolución de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero que excede el ámbito de actuación de la jurisdicción ordinaria, al implicar el cuestionamiento de la eficacia de normas jurídicas de rango legal.

Se plantea por ello un sensible problema de naturaleza procesal cuando el aplicador jurídico –en nuestro caso, el Fiscal que ha de seleccionar la norma de complemento de un tipo penal en blanco en el estudio de un caso concreto de infracción de la ordenación del territorio- afronta normas de rango legal que establecen criterios de clasificación del suelo de imposible conciliación; así, cuando la legislación autonómica fija un régimen jurídico del suelo no urbanizable incompatible con las bases determinadas en la normativa estatal, no es razonable instruir a los Sres. Fiscales en el sentido de que aguarden al planteamiento formal de un conflicto constitucional de competencias entre el Estado y de la correspondiente Comunidad Autónoma en espera de un pronunciamiento expreso del TC que aclare la cuestión.

También resultaría inadecuado el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad respecto de las leyes que considerasen desajustadas al reparto competencial de la CE, pues ya existe una doctrina constitucional consolidada afirmativa de la competencia estatal para fijar los aspectos básicos del estatuto jurídico del suelo.

Propugnamos por ello acudir directamente a la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE que dice que



La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

Mediante la aplicación directa del precepto constitucional no se pretende en absoluto suplantar al Tribunal Constitucional en su función dirimente de potenciales conflictos de competencia que pudieren plantearse, sino meramente dar una aplicación práctica y útil a la eficacia vinculante *erga omnes* que conforme al artículo 38.1 LOTC despliegan las sentencias recaídas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, lo que nos permite acudir a la doctrina sentada en la STC 164/2001, citada *supra*, sobre legitimidad y prevalencia del artículo 9 LRSV para aplicarla como principio general eficaz para la configuración jurídica de los hechos en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, la prevalencia de la ordenación estatal en este aspecto y su directa incidencia en los instrumentos normativos de planeamiento queda confirmada desde el punto de vista de la legalidad ordinaria si se considera que la reforma introducida en el artículo 1 del Real Decreto-Legislativo 4/2000 quedó incorporada al texto de la LRSV cuyo régimen transitorio, atendiendo a la negativa experiencia acumulada en reformas precedentes, ha procurado evitar inaceptables soluciones de continuidad imponiendo la vigencia inmediata del nuevo régimen jurídico sin necesidad de aguardar a la revisión del planeamiento; de acuerdo con su Disposición Transitoria primera la nueva ordenación del suelo no urbanizable introducida en los artículos 9.2, 15.2 y 16 sería aplicable desde su entrada en vigor a los planes y normas vigentes en dicho momento, sin perjuicio de la obligación, establecida en la Disposición



Transitoria segunda, de adaptar el planeamiento cuando se proceda a su revisión

-III-

La afirmación de la prevalencia de la legislación del Estado en materia de clasificación del suelo no resuelve de inmediato la totalidad de las cuestiones implicadas en la Consulta; se ha de atender a la peculiar configuración del ordenamiento urbanístico, a su naturaleza compuesta, que combina en un bloque articulado la legislación estatal y autonómica con la existencia de planes territoriales que tienen por objeto el agotamiento ulterior de las determinaciones de la Ley sobre la totalidad del suelo.

Estos planes territoriales no son meros actos administrativos de carácter general, sino genuinos reglamentos que comparten las características distintivas de las normas jurídicas, eficacia general y vigencia indefinida, y que configuran por remisión del bloque formado por la legislación estatal y autonómica, un segundo escalón del ordenamiento urbanístico que desarrolla hasta su detalle final la ordenación de cada parcela del territorio en ejecución de sus previsiones.

En su calidad de normas reglamentarias los planes están sujetos a un control ordinario de legalidad de parte de los tribunales, que pueden inaplicarlos cuando resulten contradictorios con la legislación vigente; a ello obedece que las determinaciones del planeamiento deban respetar las condiciones básicas de igualdad de los propietarios en el ejercicio de su derecho tal y como las delimita la legislación del Estado, sin que puedan resultar sustancialmente alteradas en ningún ámbito territorial por la normativa autonómica o por los instrumentos de planeamiento urbanístico.



Esta exigencia es más perentoria, si cabe, en el ámbito de la protección penal de la ordenación del territorio, en el que la delimitación de la esfera de lo ilícito no debe desvincularse de las condiciones básicas del estatuto jurídico de la propiedad del suelo definidas por el Estado, razón por la cual no resulta aplicable al caso la doctrina de la STC 120/1998, de 15 de junio, fijada sobre un supuesto típico distinto, relacionado con la represión del contrabando de especies protegidas, que atrae la aplicación de la legislación autonómica vigente en cada territorio como norma de complemento definidora de las especies susceptibles de tal protección.

La formación del juicio de tipicidad correspondiente a la conducta descrita en el artículo 319.2 CP obliga por ello a acudir, como norma de referencia inmediata, al instrumento de planeamiento urbanístico que contenga la particular clasificación del terreno en el que se ha verificado la construcción presuntamente ilícita, con el fin de precisar si se trata, como exige la norma, de un suelo no urbanizable.

Comprobada la clasificación, la reforma del régimen general de este tipo de suelo introducida en el Real Decreto-Ley 4/2000 obliga a llevar el juicio de tipicidad un paso más allá para alcanzar el análisis del fundamento de la misma al objeto de discernir si responde, como exige ahora la normativa estatal, a la concurrencia de un régimen especial de protección o a la finalidad de preservar algún valor o fin específico del suelo, o bien si, por el contrario, es fruto de una decisión discrecional de la Administración planificadora en el desarrollo de una determinada estrategia territorial, en cuyo caso se entenderá que el terreno en cuestión ha sido reclasificado en suelo urbanizable por ministerio de la Ley y ha quedado en su virtud al margen de la esfera de influencia del tipo penal.

En definitiva, el Real Decreto-Ley 4/2000 lejos de vaciar de contenido el artículo 319.2 CP, ha contribuido a desformalizar la conducta típica asociando la protección penal del suelo a la concurrencia de algún valor singular digno de



protección que, siendo distinto de los enunciados en el artículo 319.1 CP, justifique con arreglo al planeamiento su exclusión del proceso de urbanización. Ello obliga a efectuar un deslinde más cuidadoso de los criterios de subsunción, forzando una delimitación negativa del tipo que excluya de su esfera de aplicación únicamente los terrenos clasificados de no urbanizables por una opción estratégica del planeamiento en la configuración de las áreas de expansión de la población al margen de su valor intrínseco.

-IV-

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que

1º.- El sustrato fáctico del tipo penal del artículo 319.2 CP no desaparece tras las medidas de liberalización del suelo acordadas en el Real Decreto-Ley 4/2000, si bien queda circunscrito a aquellos tipos de suelo no urbanizable que el planeamiento haya decidido preservar en razón de la concurrencia de un singular valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

2º.- La ley autonómica que establezca un criterio de clasificación del suelo no urbanizable incompatible con el fijado en el artículo 9 LRSV no se aplicará como norma de complemento para la formación del juicio de tipicidad del artículo 319.2 CP.

Madrid, 25 de julio de 2003

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO



EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.