



**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 1**
Calle Sol 28
Santander
Teléfono: 942367323
Fax.: 942367325
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ABREVIADO**
Nº: **0000236/2013**
NIG: 3907545320130000671
Materia: Otros actos de la Admon no incluidos en los
apartados anteriores (SAN)
Resolución: Sentencia 000022/2015

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante		EVA ALVAREZ CANCELO	ALEX ENSESA CASULLERAS
Demandado	AYUNTAMIENTO DE SANTANDER	MARIA GONZALEZ- PINTO COTERILLO	JUAN DE LA VEGAHAZAS PORRUA

SENTENCIA nº 000022/2015

En Santander, a 28 de enero de dos mil quince.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santander los autos del procedimiento abreviado 236/2013 sobre potestad sancionadora, en el que actúa como demandante representada por la Procuradora Sra. Álvarez Cancelo y defendida por el Letrado Sr. Ensesa Casulleras siendo parte demandada el Ayuntamiento de Santander, representado por la Procuradora Sra. González Pinto Coterillo y asistido por el Letrado Sr. De la Vega Hazas Porrúa dicto la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Álvarez Cancelo presentó, en el nombre y representación indicados, demanda de recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Ayuntamiento de Santander de 29-5-2013 que imponía sanción de 6000 euros por infracción en de la normativa urbanística.

SEGUNDO.- Admitida a trámite se dio traslado al demandado, citándose a las partes, con todos los apercibimientos legales, a la celebración de la vista el día 27 de enero.



TERCERO.- El acto de la vista se celebró el día y hora señalados, con la asistencia del demandante y del demandado. La parte demanda formuló su contestación oponiéndose a la pretensión. A continuación, se fijó la cuantía del procedimiento en 6000 euros y se recibió el pleito a prueba. Tras ello, se practicó la prueba propuesta y admitida, esto es, la documental. Practicada la prueba, se presentaron conclusiones orales, manteniendo el actor las pretensiones de la demanda, en tanto que, los demandados reiteraron sus alegaciones iniciales y solicitaron la desestimación de la pretensión de la actora.

Terminado el acto del juicio, el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante presenta recurso contra la Resolución sancionadora alegando la mala fe, prescripción caducidad, no concurrencia del tipo y desproporción solicitando la nulidad o subsidiariamente que se califique como leve del art. 218.2.b) LOTRUS con multa de 300 euros.

Frente a dicha pretensión se alza la Administración alegando que no se ha incurrido en infracción alguna.

SEGUNDO.- La potestad sancionadora de la Administración constituye una manifestación del ius puniendi del Estado reconocida en el art. 25 CE y que, como tal, debe estar respaldada por una habilitación legal. Es por ello que se acepte pacíficamente por doctrina y jurisprudencia la necesidad, proclamada reiteradamente por el TC, de aplicar a tal potestad los principios inspiradores y las garantías del Derecho Penal, si bien, con las matizaciones necesarias para adecuarlos a su especial naturaleza, en los términos que ha ido precisando el Alto Tribunal. Así, se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional la aplicación de los principios y garantías derivados del art. 25 CE aplicables al proceso penal, concretamente, legalidad (art. 127 LRJAP), tipicidad (art. 129), irretroactividad (art.128), culpabilidad (art. 130), proporcionalidad (art. 131) y non bis in idem (art. 133). De igual manera, se ha declarado la plena aplicación de los derechos y garantías del art. 24 CE, especialmente, el derecho a la presunción de inocencia y la interdicción de la indefensión.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, se hace necesario hacer una breve reflexión sobre el objeto del recurso contencioso administrativo en materia de ejercicio de potestades sancionadoras de la Administración. Como ha señalado la doctrina del TC, no son los Tribunales del orden contencioso administrativo quienes, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, sancionan al administrado, pues la sanción la pone siempre la Administración en el ejercicio de la potestad reconocida por la CE (SSTC 59/2004, 89/1995) sino que su función consiste en el control, como



garantía del administrado, del ejercicio de esa potestad, de su adecuación a derecho. Es por ello que la Administración no puede realizar una actividad superior a la de justificar mediante sus alegaciones la juridicidad de su actuación, aunque al administrado, en virtud del derecho de defensa del art. 24 CE y lo establecido en el art. 56 LJ, si se le permitan nuevos alegatos o pruebas con independencia de si se plantearon o no en la fase administrativa previa (SSTC 74/2004). Es por ello que el proceso judicial no puede ser utilizado por la Administración para ejercer sus potestades sancionadoras ni para subsanar vicios, omisiones o vulneraciones de derechos de la fase previa (SSTC 59/2004) ni por el órgano judicial para ejercitarlas por aquella (SSTC 161/2003, 193/2003).

TERCERO.- Se recurre la sanción impuesta a consecuencia de la denuncia formulada por la Policía Local por infracción dos infracciones graves del art. 217.2.e) LOTRUS consistente en dos multas de 3000 euros conforme a los arts. 222 y 223 LOTRUS.

El art. 217.2.e) tipifica como infracción grave “La realización sin licencia u orden de ejecución, o contraviniendo sustancialmente sus condiciones, de actos de edificación o uso del suelo contrarios a lo dispuesto en el ordenamiento urbanístico, salvo cuando la infracción esté tipificada como muy grave.”

En este caso, se entiende vulnerado el art. 12 de la Ordenanza de Instalaciones y actividades publicitarias BOC 6-10-1998 conforme a la cual “Artículo 12. En los cerramientos de solares (Modalidad 1, Soporte I, Situaciones E y F).

1. La publicidad mediante carteleras se aceptará en los cerramientos provisionales o definitivos de solares, con las limitaciones establecidas en el presente artículo.

2. Cuando se trate de espacios calificados como zonas verdes, solamente se permitirá la colocación de carteleras mediante convenio, o cuando el solicitante de la licencia lleve a cabo el ajardinamiento del solar, de acuerdo con un proyecto aprobado por el Ayuntamiento, o lo ceda.

3. No se autorizarán carteleras en esta situación, coexistiendo con otras situadas en las medianeras de las fincas contiguas.

4. La disposición de estas instalaciones deberá respetar en cualquier caso las siguientes reglas y condiciones:

a) Las carteleras se instalarán solamente con la condición del artículo 10, apartado 3.

b) En el solar no se podrán desarrollar actividades de ningún tipo, ni siquiera publicitarias, ni existir construcciones o edificaciones, incluso cuando estén declaradas legalmente ruinosas o incluidas en el registro de



edificaciones ruinosas e inadecuadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 228 y siguientes de la Ley del Suelo. Se exceptúan de esta limitación los casos en que en el interior del solar haya casetas de transformadores u otros servicios público.

c) El solar tendrá que estar y mantenerse limpio, y a la vez dotado de cierres en sus lindes con las vías o espacios públicos. Los cierres tienen que ajustarse a las condiciones y limitaciones establecidas en el artículo 4.5.8. de la Normativa Urbanística del Plan General de Ordenación Urbana de Santander...”

Frente a tal resolución se argumenta por el recurrente prescripción, caducidad, mala fe, error de tipo y desproporción. Se ha alegado otra sentencia del Juzgado nº 2 cuya doctrina legal comparte este juzgador, en cuanto a que, todos y cada uno de los elementos del tipo 8 en este caso, una norma penal en blanco) deben quedar totalmente probados, ya que en otro caso, juega la presunción de inocencia del art. 24 CE y el in dubio pro reo y, la doctrina que impide al juez contencioso cambiar el tipo. Así, el proceso contencioso no es un proceso sancionador si no revisor. El juez, solo pueda moderar la sanción pero dentro del mismo tipo de modo que si ha habido un error de tipificación, deberá anular el acto sin más. Sin embargo, la resolución y conclusiones fácticas no vinculan a este juzgador por dos razones. Primero, porque no sabe cuáles son los hechos que se enjuiciaban. Y en segundo lugar, porque la resolución se toma por una cuestión de prueba, es decir, porque en ese pleito nos e acreditó un elemento del tipo.

CUARTO.- Pues bien, para resolver muchas de las alegaciones primero hay que fijar con claridad qué hechos sanciona la administración. Así, habrá que dilucidar si sanciona el ejercicio de una actividad, la publicitaria, de forma indebida, en cuyo caso, la sanción no sería urbanística o sanciona unos hechos de trascendencia urbanística (es el tipo aplicado). Y en este caso, si el hecho es una edificación, en cuyo caso sería una infracción instantánea o, se sanciona un uso, actividad continuada. Ello tiene gran relevancia desde la perspectiva de la prescripción (basta leer la propia STS de 2-9-1987 aportada por el demandado) y el tipo.

Pues bien, a pesar de los términos de las denuncias, que aluden al hecho de instalar un cartel sin licencia, los informes técnicos y, sobre todo, las resoluciones de incoación y finales, se refieren a la existencia de dos vallas publicitarias en suelo urbano consolidado, sin licencia en solar el que existen edificaciones o construcciones en contravención del art. 12 de la Ordenanza de Instalaciones y actividades publicitarias BOC 6-10-1998. Es decir, se denuncia y sanciona un uso del suelo sin licencia y además, ilegalizable, por contravención de la norma citada. El objeto de esta ordenanza no es solo regular una actividad sino también el régimen e las instalaciones, esto es, un uso del suelo urbano que afecta al dominio público.

Por ello, se trata de sancionar un uso indebido y por tanto, una infracción continuada. De ahí resulta ser irrelevante quién hizo la



construcción (que nos sanciona) pues no cabe duda de que la parte actora ha hecho un uso del suelo. Y no cabe alegar la mala fe, por cuanto la responsabilidad en el cumplimiento del régimen del suelo y de unas instalaciones corresponde a su titular.

Tampoco se aprecia prescripción conforme al art. 221.2 LOTRUS ni es aplicable el art. 208, que nos refiere a la potestad sancionadora sino de restablecimiento de la legalidad.

Esto lleva a la última argumentación, la referida al tipo. El actor entiende que el tipo aplicado es incorrecto por cuanto con consta un daño relevante a los intereses públicos. Así, defiende que el tipo correcto es el previsto en el art. 218. 2

b) LOTRUS establece que es infracción leve "La realización sin licencia u orden de ejecución, o contraviniendo sus condiciones, de actos de edificación o uso del suelo cuando tales actos sean legalizables por ser conformes con el ordenamiento urbanístico o el daño producido a los intereses públicos tenga escasa entidad."

En este caso, consta que el uso carece de preceptiva licencia, exigida en la Ordenanza y en el art. 183 LOTRUS que dispone que " Están sujetas a previa licencia las parcelaciones urbanísticas y todos los actos de edificación y uso del suelo o el subsuelo tales como movimientos de tierra, obras de nueva planta, modificación de la estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, modificación del uso de las mismas, demolición de construcciones, colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública, cierre de vallados y fincas, colocación de construcciones prefabricadas e instalaciones móviles, y los demás que señalen los planes u otras normas legales o reglamentarias."

Ahora bien, el tipo aplicado en la resolución exige además de este requisito, que la actividad sea contraria al ordenamiento urbanístico. Y se trata de un requisito distinto al previo de la ausencia de licencia, pues son muchos los tipos que castigan actos no autorizados. Lo que exige el tipo es que la actividad no sea legalizable y ello se observa claramente en contraposición al art. 218.2.b).

En este caso, la actividad es ilegalizable. Sin embargo, el tipo del art. 218 califica de leves aquellas conductas que supongan actos de uso sin licencia cuando sean legalizables o el daño producido a los intereses públicos tenga escasa entidad. De la conjunción disyuntiva usada se infiere que aún cuando el uso no sea legalizable, si el daño es mínimo, la conducta es leve, lo cual es lógico y se ajusta al principio de proporcionalidad.



Y en este caso no hay una mínima justificación del daño generado por lo que la duda opera a favor del imputado y la conducta se califica como leve. Pero, como se ha dicho, este error de tipificación lleva a la nulidad del acto sin que el juez contencioso pueda completar la función sancionadora que corresponde en exclusiva a la administración, aplicando otro tipo distinto y otra sanción.

QUINTO.- De conformidad con el art. 139 LJ, las costas se imponen a la parte demandada.

FALLO

SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Álvarez Cancelo, en nombre y representación de
contra la Resolución del Ayuntamiento de Santander de 29-5-2013 y en consecuencia, **SE ANULA** la misma.

Las costas se imponen a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciendo constar que la misma es firme y no cabe recurso alguno contra la misma.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha.