

**TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA**

**INFRACCIÓN URBANÍSTICA. IMPOSICIÓN DE SANCIÓN ECONÓMICA.**

Infracción existente, prueba insuficiente.

Proporcionalidad estimada parcialmente. La intencionalidad del sancionado ya está en el tipo de sanción, no es circunstancia agravante. Conclusión reducción parcial multa.

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D<sup>a</sup> Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza a treinta y uno de julio, vistas las presentes actuaciones por Concepción Gimeno Gracia, Magistrada-juez de este Juzgado, y

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Partes del recurso:**

Recurrente: D. J.M.B.L., representado y defendido por el Letrado Sr. D. A.N.M.

Demandado: Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> S.S.S. y defendido por la Letrada Sra. D<sup>a</sup> R.S.G.

**SEGUNDO.- Actuación recurrida:**

Acuerdo de 20-04-11, del Consejo Municipal de Gerencia de Urbanismo, que impone al recurrente sanción de multa por infracción urbanística grave Expte. Nº 1058755/2010.

**TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:**

Se dicte Sentencia por la que estimando el recurso Contencioso-administrativo interpuesto, se declare no ajustada a Derecho la actuación administrativa impugnada, anulando la sanción, o subsidiariamente sea rebajada, con condena en costas a la parte contraria en caso de apreciarse mala fe.

**CUARTO.- Pretensiones de la Administración demandada:**

Por el Ayuntamiento demandado se solicite el dictado de una Sentencia desestimatoria del recurso Contencioso-administrativo interpuesto.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La parte recurrente solicita la anulación de la actuación impugnada, por entender que:

1- Características de la casa instalada por el recurrente. Usos por el recurrente.

En este punto mantiene la actora que la casa instalada por el recurrente no puede considerarse una residencia, siendo una casa prefabricada. Añade que no es una construcción fija ni una auténtica residencia y que el recurrente y su esposa tienen su residencia en la Calle Nobleza Baturra número 9, 5º C, de Zaragoza. Añade que el uso se limita a almacén de aperos y herramientas y lugar de cobijo mientras el actor y su mujer están en la parcela. Invoca en su defensa lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación y añade que la casa del recurrente encaja perfectamente en la definición que dicha norma da para las construcciones que no requieren proyecto. Mantiene además que es una construcción de escasa entidad que no tiene carecer de residencia y que se desarrolla en una sola planta.

Por lo expuesto, entiende que el supuesto de hecho en que nos encontramos no encaja en el precepto supuestamente infringido (204.b de la Ley Urbanística de Aragón), ya que la construcción del recurrente no se puede considerar como tal.

2- Abuso de derecho y transgresión de la buena fe.

En este aspecto la recurrente mantiene que la Administración no puede sancionar la conducta del recurrente y permitir conductas similares, carentes de sanción y apercibimiento, ya que nos encontraríamos ante un caso claro de desviación de poder o de abuso de derecho, al tolerarse unas conductas de unos ciudadanos pero no la misma conducta de otros.

3- Desproporcionalidad de la sanción.

La recurrente no comparte la afirmación de la Administración de que el recurrente ha actuado a sabiendas de la infracción que podía cometer. Concretamente, dice, ha estado los últimos años de su vida (más de 40) en Francia, no conociendo la normativa española, valorando únicamente que la parcela tiene más de 100 metros de distancia desde el Río. Asimismo valoró la existencia de numerosas construcciones en la zona, algunas también prefabricadas y otros de más de una altura y las propias características de la construcción, que es desmontable. Entiende por ello que la graduación de la sanción es totalmente desproporcionada atendida la posibilidad de imposición, que oscila entre los 3.000 y 30.000 €.

**SEGUNDO.-** Al recurrente se le sanciona con una multa de 30.000 €, por la comisión de una infracción urbanística grave, consistente en construcción de vivienda prefabricada sobre solera de hormigón, fosa séptica y toma de agua, en Suelo No Urbanizable de Especial Protección del Ecosistema Natural, Cauces y Canales de Crecida, incumpliendo el artículo 6.3.15 de las Normas del PGOU, en Torre Urzáiz, 60 Movera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 b) de la Ley 5/1999.

En primer lugar, lo que la recurrente opone a la sanción impuesta, es que a su entender no se ha cometido la infracción que se imputa (204 b) de la Ley 5/1999, por tratarse la construcción en esencia de una "Casa prefabricada" que no es una residencia, ni una construcción fija, siendo su uso exclusivamente el de almacén de aperos y herramientas.

Pues bien, el artículo 204.b) de la LUA mantiene:

*Constituyen infracciones administrativas graves y serán sancionadas con multa de 500.001 pesetas a 5.000.000 de pesetas:*

*a) Los actos de división que incumplan las normas materiales sobre parcelaciones siempre que no estén tipificados como infracción muy grave.*

*b) La realización sin licencia de actos de edificación o uso del suelo y del subsuelo de suficiente entidad, en contra de lo dispuesto en el ordenamiento urbanístico, salvo cuando esté tipificada como infracción muy grave."*

Sobre la construcción que aquí nos ocupa, al expediente administrativo remitido y obrante en autos obran los siguientes datos:

1-Atestado levantado por el SEPRONA en el que se mantiene que el día 18 de junio de 2010, los Guardia Civiles actuantes observaron que en la ZEPA de los Galachos de la Alfranca, la Cartuja y el Burgo de Ebro, a la altura de la Urbanización Torre Urzaiz de Movera, se encuentra un terreno con una edificación de reciente construcción, y en el que se hace constar (en lo que aquí interesa) que se realiza un estudio de las ortofotos del PNOA extraídas en vuelo realizado en el 2008, donde se aprecia una diferencia sustancial del estado inicial del suelo a la actualidad. Igualmente, el Atestado constata que el PGOU del Ayuntamiento de Zaragoza, especifica claramente que la zona de estudio se trata de Suelo No Urbanizable Especial (Cauces y canales de crecida), y que se encuentra dentro de la ZEPA (Zona de Especial Protección para las Aves), y concretamente dentro de la ZEPA de los Galachos de la Alfranca, de Pastriz, La Cartuja y El Burgo de Ebro.

Por estos hechos se iniciaron las diligencias aludidas para determinar el posible autor del supuesto ilícito penal.

2-En el Atestado mencionado se incluye una Diligencia de Informe en la que se hace constar:

*"....En el estudio del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, .....se comprueba que según dicta el artículo 1.1.2, en su apartado 2, especifica que todo el territorio municipal se incluye en alguna de las tres clases de suelo denominadas urbano, urbanizable y no urbanizable.*

*Que el suelo no urbanizable se divide en las categorías de especial y*

genérico....

*Entrando en mayor detalle, el título sexto del plan, viene a definir las clases de suelo no urbanizable,.....especificando en el artículo 6.1.1, apartado 2 epígrafe 1º, como protección del ecosistema natural (SNU EN), punto 1 A) b), como categoría sustantiva, "Protección de cauces y canales de crecida (CC)", y en el punto 1 B)h), como categoría adjetiva. Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) y Zonas de Especial Protección para las aves (ZEPA).*

*En el artículo 6.1.2, apartado 1, en cuanto al régimen general del suelo no urbanizable, marca que deben ser destinados a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos, ambientales, extractivos y otros, vinculados con la utilización racional de los recursos naturales, y dentro de los límites que en su caso establezcan las leyes o el planeamiento, especificando el artículo 6.1.4 las condiciones de las parcelas.*

*Es el capítulo 6.3 el que marca las Condiciones de Protección y Ordenación del Suelo No Urbanizable, haciendo referencia el artículo 6.3.2 a la Protección de cauces públicos, y el artículo 6.3.4 a la Protección respecto a la formación de núcleos de población.*

*En el artículo 6.3.13, referente a Suelo no urbanizable especial de protección de ecosistema natural, entra nuevamente a determinar las categorías sustantivas y adjetivas, y a su vez el artículo 6.3.14, entra a valorar las condiciones de protección el ecosistema natural, prohibiendo para todas las categorías las edificaciones de nueva planta, no estando admitidos otros usos más que los vinculados a las explotaciones agrarias existentes, con la condición de usos tolerados.*

*El artículo 6.3.15, en cuanto a las condiciones específicas de protección de sotos, galachos y riberas, cauces y canales de crecida, otros espacios naturales de interés LICs y ZEPAs, quedando prohibidas entre otras "Toda obra que no resulte estrictamente necesaria a los fines de protección y conservación de la naturaleza, admitiéndose únicamente usos públicos compatibles con dicha finalidad"..... "queda prohibido todo tipo de edificación, así como aquellos vallados y construcciones permanentes que pudieran entorpecer el flujo del agua en los momentos de crecida".*

Tras observar la Ley 3/2009, de Urbanismo de Aragón, se comprueba que es el artículo 19 en relación al 17.1.a), el que define el suelo no urbanizable especial, siendo el artículo 33, el que marca el régimen del suelo no urbanizable especial, que en su apartado 1ª, dice:

*"En el suelo no urbanizable especial está prohibida cualquier construcción, actividad o cualesquiera otros usos que impliquen transformación de su destino o naturaleza, lesionen el valor específico que se quiera proteger o infrinjan el concreto régimen limitativo establecido por los instrumentos de ordenación territorial, los planes de ordenación de los recursos naturales, la legislación sectorial o el planeamiento urbanístico".*

Tras lo expuesto, el informe concluye que examinadas las ortofotos digitales y demás documentación obrante en los anexos del atestado y contrastados los datos con la distinta normativa referenciada, se considera que se ha llevado a cabo una construcción no autorizada, de una zapata para sujeción de una vivienda, fosa séptica y pozo de captación de aguas, así como la instalación de una vivienda en suelo no urbanizable especial, por el PGOU de Zaragoza y que a la vez tiene una protección como Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA) con un sustancial y evidente cambio sobre la parcela. Añadía que además y al encontrarse en zona de policía según la vigente Ley de Aguas y el Reglamento para el Dominio Público, sería preciso además de la licencia urbanística, autorización de la Confederación Hidrográfica del Ebro, para cualquier tipo de actuación; así como para el vertido de la fosa séptica y la captación de aguas subterráneas.

Como ya se decía, el atestado incluye determinadas fotografías que revelan la entidad de la construcción su localización, la superficie donde se ubica y la toma de agua, el pozo ciego y la plataforma de hormigón sobre la que se posa la construcción.

Tras ello, el expediente contiene un informe del Servicio de Inspección Técnica del Ayuntamiento que mantiene:

1-Que en visita de inspección a la finca objeto de Autos, se comprueba la existencia de una vivienda prefabricada, apoyada sobre una solera de hormigón, fosa

séptica y toma de agua (se adjuntaban fotografías).

2-Que la finca tiene una superficie de suelo de 2.478 m<sup>2</sup>, de los cuales 165 m<sup>2</sup>, están edificados desde el año 1988. Físicamente se dividió en dos subparcelas mediante zócalo de bloque de hormigón y malla metálica, correspondiendo una de ellas a las edificaciones antiguas y a la otra, la vivienda que se denuncia.

3-Según el vigente PGOU, la finca en cuestión está clasificada como Suelo No Urbanizable Especial Protección del Ecosistema Natural, Cauces y Canales de Crecida, SNU EN (CC).

4-Le es de aplicación el Título VI de las Normas Urbanísticas y en particular el artículo 6.3.15 de las mismas, que establece que en los suelos no urbanizables de protección de sotos, galachos y riberas fluviales y de cauces y canales de crecida, queda prohibido todo tipo de edificación, así como aquellos vallados y permanentes que pudieran entorpecer el flujo del agua en los momentos de crecida. (Se adjunta concretamente una foto del interior de la construcciones momentos de edificación).

A instancia de la recurrente y ante el Juzgado, actuó como testigo D. A.M.O., que manifestó:

1-Que el recurrente fue su cliente.

2-Que él vendió a través de fábrica; la casa móvil al recurrente. Que se encargaron del transporte y participaron en la instalación.

3-Que la casa se puede colocar sobre caballetes móviles y de hecho lo está, y que se utilizan para sujetarla, para que apoye y para nivelarla.

4-Que sobre la solera de hormigón hay unos caballetes y que de la solera de hormigón podría prescindirse, simplemente con unos apoyos para los caballetes.

5-Que con la solera de hormigón, aunque no es imprescindible, queda más estable y más "curioso".

6-Que la casa podría desmontarse perfectamente. Que está hecha en cuatro módulos unidos entre sí, y que el recurrente, que él recuerde, compró la casa para ponerla en una parcela/huerto, para pasar los fines de semana.

7-Que la distribución de la casa contiene los servicios básicos y dotaciones propias para uso de vivienda.

Expuesto lo anterior, ha de manifestarse que el primero de los motivos de impugnación opuesto por la parte recurrente frente a la actuación administrativa recurrida, no puede ser acogido.

Por todas, nos parece de interés recordar aquí lo que establece la Sentencia del TSJ de Extremadura de fecha 30 de julio de 2009, conforme a la cual:

".....

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, que la Sala hace suyos.*

*Ciertamente y tal como se razona para la edificación en suelo urbanizable debe tenerse presente lo dispuesto en los arts. 18 y siguientes de la LSOTEX de 2001.*

*El art. 23 permite la vivienda familiar aislada donde no exista posibilidad de formar núcleo de población ni presumirse finalidad urbanizadora.*

*Para ello es preciso el cumplimiento de unos requisitos sustantivos y otros administrativos.*

*Los primeros exigen unas superficies mínimas superiores a 2 Ha. por vivienda siendo pacífico en el caso que la superficie de que se dispone en el caso no es sino de 1000 m<sup>2</sup> es decir muy inferior al mínimo exigible.*

*Los segundos, que es precisa una calificación urbanística previa en municipios de menos de 20.000 habitantes, cuando no se trate de suelo no urbanizable protegido en cuyos casos es precisa una tramitación y otorgamiento de la Consejería de Urbanismo para los actos previstos en el art. 182 de la LSOTEX citada.*

*De ahí debe deducirse que, tratándose de suelo no urbanizable común, la competencia corresponde exclusivamente, en su calificación el municipio.*

*Lo aquí dicho y dispuesto en la LSOTEX de 2001 tiene vigor y aplicación desde la entrada en vigor de la Ley según la disposición transitoria primera que se produjo en 2002 de ahí que se encontrase plenamente vigente cuando sucedieron los hechos.*

**SEGUNDO.-** De lo expuesto se deduce que la apelante yerra cuando mantiene que el art. 138.4 del Plan General de Ordenación Urbana de Almendralejo debe aplicarse al caso de autos, en tanto que, como hemos dicho, en municipios de más de 20.000 habitantes tratándose de suelo no urbanizable común la competencia para la calificación urbanística y el otorgamiento de la licencia corresponde íntegramente al Ayuntamiento.

En cualquier caso no se cumplirían los requisitos establecidos desde el punto de vista sustantivo, teniendo presente en cuanto al fondo que las formalidades no constituyen una ritualidad curialesca, sino que son relevantes desde el punto de vista de la defensa careciendo de sentido retrotraer actuaciones cuando el procedimiento fuese a concluir con idéntico pronunciamiento.

En el caso que nos ocupa, es evidente que se carece del requisito base de superficie mínima.

**Una casa, sea de madera, de ladrillos, de hormigón o del material que se construya está formada, originariamente, por bienes que no unidos son muebles y desplazables pero que al formar esa unidad, constituyen un inmueble (art. 334 de Código Civil EDL 1889/1).**

**Con una exhaustividad innecesaria, teniendo en cuenta el concepto, pero que se agradece en razones de seguridad jurídica, el art. 180 de la citada Ley de 2001 señala que es preceptiva la licencia para la ubicación de casa prefabricadas o similares, provisionales y permanentes.**

Ciertamente, la instalación en tal casa, supone el aprovechamiento urbanístico del suelo y constituye una edificación de ahí que la pretenda instalar el recurrente.

**TERCERO.-** Que en materia de costas rige el art. 139.2 de la Ley 29/98 EDL 1998/44323 que las impone al apelante cuando se desestima el recurso de apelación, como es el caso.

*Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española."*

La argumentación que se recoge en la Sentencia expuesta aquí parcialmente, es trasladable en el punto que aquí nos interesa, a la decisión a adoptar en relación al motivo de impugnación analizado. Así, la documentación obrante en autos y la descripción que se efectúa en el expediente administrativo concretamente en cuanto a superficie ocupada, descarta además la supuesta escasa entidad de la construcción, razones todas estas que deben llevarnos a la desestimación del motivo de impugnación analizado y a considerar que efectivamente se ha cometido la infracción que se imputa al recurrente y que se encuentra tipificada en el artículo 204.b) de la LUA.

Debe por tanto procederse a la desestimación del primero de los motivos de impugnación esgrimidos.

**TERCERO.-** El segundo de los motivos de impugnación debe ser igualmente desestimado. La recurrente mantiene que la Administración sanciona al recurrente y no otras conductas similares, pero en modo alguno acredita tal extremo y menos, que se trate de situaciones idénticas.

En su consecuencia debe procederse a la desestimación del motivo de impugnación analizado sin más análisis.

**CUARTO.-** Por último el recurrente mantiene que se vulnera el principio de Proporcionalidad en la sanción impuesta.

La infracción cometida es una infracción grave, que puede ser sancionada según establece el artículo 204 de la Ley 5/1999, con multa de 3.000 €, a 30.000 €, en sanción que debe ser proporcionada a la gravedad de los hechos y conforme a los criterios establecidos en la legislación de procedimiento administrativo común, de conformidad con lo que establece el artículo 207, del mismo texto legal.

La LRJAP y PAC, establece en su artículo 131:

«Artículo 131. Principio de proporcionalidad.

1. Las sanciones administrativas sean o no de naturaleza pecuniaria en ningún caso podrán implicar directa o subsidiariamente, privación de libertad.

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión

*de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.*

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

*a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*

*b) La naturaleza de los perjuicios causados.*

*La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme .”*

c) Al recurrente se le ha impuesto una sanción de 30.000 €, por entenderse que concurre:

1-Intencionalidad en el sancionado, y

2-Por la naturaleza de los perjuicios ocasionados.

Nada tenemos que decir en cuanto, a la circunstancia de agravación que tiene en cuenta la Administración y referente a los perjuicios ocasionados, circunstancia de agravación que compartimos y que se encuentra perfecta y extensamente motivada en la resolución impugnada, a la cual nos remitimos íntegramente.

Por el contrario no compartimos que se haya aplicado también como circunstancia de agravación la “intencionalidad en el sancionado” ya que, la Administración define la misma en que el denunciado no podía desconocer la ilegalidad que supone realizar obras careciendo de la preceptiva licencia, y tal circunstancia de agravación, al menos así definida, constituye realmente el tipo de la infracción, (tipo subjetivo en este caso), es decir, realizar obras sin licencia en los términos especificados en el 204, sin desconocer su ilegalidad, e insistimos, dicha circunstancia definida así, sin otra intensidad subjetiva, ya se que encuentra recogida en el tipo de la infracción, por resultar la misma imputable al recurrente sin que concurra causa alguna de exoneración de su imputabilidad, como sería la falta absoluta de intencionalidad o de culpabilidad, lo que excluiría la comisión del tipo.

En su consecuencia entendemos que la sanción impuesta debe minorarse y quedar fijada en 10.000 €, por concurrir tan sólo una de las tres causas de agravación previstas y que de concurrir todas, supondrían la imposición de la sanción en su máxima extensión.

**QUINTO.-** No procede efectuar una especial imposición de las costas causadas.

## **FALLO**

Estimar parcialmente el recurso Procedimiento Ordinario nº 289/2011-AA. interpuesto por D. J.M.B.L., con la representación y defensa antes expresada, y

**PRIMERO.-** Declarar a la actuación administrativa impugnada no conforme y ajustada a Derecho, anulándola en su consecuencia en el único y exclusivo aspecto de la cuantía de la sanción que impone (30.000 €) que queda fijada en 10.000 €, confirmándola por el resto íntegramente.

**SEGUNDO.-** No efectuar una especial imposición de costas.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de los de Zaragoza.