

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 LOGROÑO

SENTENCIA: 00142/2019

Equipo/usuario: BGM

N.I.G: 26089 45 3 2018 0000195

PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000091 /2018A /

Sobre: SANCIONES URBANISTICAS

De D/D^a: JUAN PEDRO MARTINEZ ARNAEZ

Abogado: ANTONIO MORENO VERA

Procurador D./D^a: ESTELA MURO LEZA

Contra D./D^a: AYUNTAMIENTO DE VILLAMEDIANA DE IREGUA

Procurador D./D^a: MARIA DEL PILAR ZUECO CIDRAQUE

SENTENCIA Nº 142/19

En LOGROÑO, a cinco de junio de dos mil diecinueve.

El Sr. D. Carlos COELLO MARTÍN, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de LOGROÑO ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número **91/18** y seguido por el procedimiento ORDINARIO, contra la resolución de fecha 9 de febrero de 2018, dictada por el Ayuntamiento de Villamediana de Iregua por el que se le imponía a la actora una sanción urbanística por importe de 92.999'99 euros.

Son partes en dicho recurso: como recurrente **D. JUAN PEDRO MARTINEZ ARNAEZ**, representado por la Procuradora **D^a María Estela MURO LEZA** y dirigido por el Letrado **D. Antonio MORENO VERA** y como demandado el **AYUNTAMIENTO DE VILLAMEDIANA DE IREGUA** representado por la Procuradora **D^a. Pilar ZUECO CIDRAQUE** y asistido por el Letrado **D. Adolfo A. DE LEONARDO-CONDE**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Por la Procuradora **Sra. MURO LEZA** actuando en nombre y representación de **Juan Pedro MARTÍNEZ ARNÁEZ** se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Villamediana de Iregua de 9 de febrero de 2018 por el que se le imponía a la actora una sanción urbanística por importe de 92.999'99 euros



1.1.- La parte actora comparece asistida del Letrado Sr. **MORENO VERA**.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, por el cauce del procedimiento ordinario se incoó el **procedimiento ordinario 91/2018**.

TERCERO.- Compareció en representación del Ayuntamiento de Villamediana de Iregua de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LJCA la Procuradora Sra. **ZUECO CIDRAQUE** y asistida del Letrado Sr. **DE LEONARDO**.

CUARTO.- La actora formuló demanda el 25 de junio de 2018 sobre la base de los hechos que alegaba y respecto de los que invocó los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminando con la solicitud de que se admitiera la demanda y se dictase Sentencia interesando que se declara no conforme a derecho el acuerdo plenario de 9 de febrero de 2018

QUINTO.- La representación procesal de la corporación demandada contestó a la demanda en escrito del 30 de julio de 2018. Alego los hechos y fundamentos de derecho que entendió pertinentes e interesó que se desestimara el recurso contencioso-administrativo.

SEXTO.- Por Decreto del 10 de septiembre de 2018 se fijó la cuantía del recurso en **92.999'99 euros**.

SÉPTIMO.- Mediante diligencia de ordenación del 12 de septiembre de 2018 se dejó sobre la mesa para resolver sobre el recibimiento a prueba, resolviéndose la propuesta por Auto del 3 de octubre de 2018.

1.- Se ha practicado la prueba propuesta en los términos que constan en las actuaciones.

OCTAVO.- Las partes evacuaron el trámite de conclusiones en la forma prevenida en la LJCA.

NOVENO.- Se han observado las prescripciones legales y procedimentales establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- **OBJETO DEL RECURSO**.-



1.- Impugna la actora el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Villamediana de Iregua por el que se imponía a la recurrente una sanción urbanística muy grave por la realización de obras sin licencia en Calle Bodegas 84 de Villamediana de Iregua.

1.1.- La sanción se le impone al recurrente por entender que los hechos denunciados, la ejecución de obras sin licencias o no amparadas por el título habilitante inicial constituyen una infracción de las disposiciones contenidas en el artículo 192 en concordancia con el artículo 218.2 de la LOTUR y el artículo 3.3.12 de las NNSS.

1.2.- Se le impone al actor una sanción de 92.999'99 euros de conformidad con el artículo 221.1 de la LOTUR sin perjuicio del cumplimiento de la orden de demolición dictada en el marco del expediente de restauración urbanística.

1.2.1.- La actora ha impugnado la resolución sobre la medida de restauración de la legalidad urbanística dando lugar a los autos del recurso contencioso-administrativo número 2 de Logroño, que ha sido resuelto de modo estimatorio por la SJCA 34/2018 de 19 de febrero.

SEGUNDO.- PRETENSIÓN DE LA ACTORA.-

1.- Como hemos señalado la pretensión de la recurrente articulada en el suplico de su escrito de demanda es de naturaleza sustancialmente declarativa y se articula en una pretensión anulatoria principal.

2.- Interesa la actora que se dicte en su día Sentencia por la que estimando el recurso y anule el acuerdo impugnado; con imposición de las costas a la Administración demandada.

TERCERO.- MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.-

1.- La actora funda su recurso en diversos motivos relativos a cuestiones de orden sustantivo y procedimental que agavillamos:

1.- Sustancialmente señala la recurrente que su patrocinado ha sido sancionado por realizar obras sin licencia en la calle Bodegas 84 del municipio de Villamediana de Iregua.

1.1.- Las citadas obras consistieron, según la actora, en obras de consolidación estructural de calado de su titularidad que forman parte integrante del



Barrio de Bodegas de Villamediana de Iregua contando el “*calado de mi representado con una antigüedad estimada según catastro del año 1950.*”

1.2.- Que el 30 de mayo de 2013 registró en el Ayuntamiento un denominado *Proyecto de Legalización de calado existente y básico y de ejecución de obras necesarias para consolidación estructural*” redactado por el Arquitecto **Sr. DE PABLO GARCÍA**. Solicitaba a la sazón la actora con el proyecto la legalización de las obras ejecutadas en su calado si bien, recalca la actora ese proyecto no fue tramitado por la corporación demandada.

1.2.1.- La finalidad no era sino la de “*consolidación estructural y estabilidad del calado ya existente*”

2.- Alega la recurrente que en virtud de una queja verbal el Ayuntamiento tuvo conocimiento de la ejecución de las obras, incoándose el expediente sancionador por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de febrero de 2017.

2.1.- Al tratarse la cuestión debatida de la sanción impuesta al recurrente por obras ejecutadas sin licencia en el *barrio de Bodegas* de Villamediana de Iregua y en cuanto que la causa última de su calificación como obras no legalizables no era otra que la ocupación del subsuelo del viario público, aduce la representación de la actora cómo el Ayuntamiento demandado había otorgado licencia de obras a otros titulares de bodegas que ocupaban el subsuelo de la vía pública.

2.2.- Según la actora “*las mismas que se consideran ilegalizables*” en el caso de las ejecutadas por su patrocinado eran autorizadas en otros supuestos, tanto con anterioridad como con posterioridad a la aprobación del nuevo PGM de Villamediana de Iregua de 2013, lo que a su juicio “*supone un trato desigual, discriminatorio y contrario a la doctrina de los actos propios*”.

3.- En se orden de cosas describe la actora el denominado *Barrio de Bodegas* de la localidad, y como los 211 calados que lo forman ocupan el subsuelo de los viales de las calles (*vide* folios 43 a 183 y 491 a 631 del expediente administrativo), sin que se haya incoado el correspondiente expediente de investigación demanial, lo que supone, según alega otro “*trato desigual y discriminatorio*”, y sin que esa causa demanial relativa al subsuelo haya sido causa, en otros supuestos, de denegación de la autorización interesada.



4.- Que el expediente sancionador enjuiciado “*dimana del expediente 3/2013 RLU que fue declarado caducado el 25 de agosto de 2015*”.

5.- Señala la actora, lo que constituye una causa específica de nulidad según su criterio, que determinados informes y valoraciones que se citan hayan sido realizados por el Sr. **PARDO CALDERÓN** que no tiene la condición a la sazón de empleado municipal (ni funcionario ni laboral), lo que vicia todo el procedimiento administrativo tanto el de comprobación e inspección urbanística como en este caso el disciplinario urbanístico concluido con la sanción recurrida.

5.1.- Añade la actora que la instructora nombrada la **Sra. URBIOLA IÑIGUEZ** era funcionaria interina lo que determina, en su criterio, la nulidad del expediente sancionador incoado y concluido por la sanción impugnada.

6.- En relación con la suspensión del procedimiento disciplinario, por la remisión de las actuaciones disciplinarias urbanísticas señala la recurrente que la misma era improcedente, dado que se remitió a un órgano no jurisdiccional como es el Ministerio Fiscal.

6.1.- Así, recalca la actora, el expediente estuvo en suspenso al haberse remitido las actuaciones a la fiscalía desde el 6 de abril al 25 de octubre de 2017, lo que contraviene la “*Norma y comporta la caducidad del expediente*”.

6.2.- Que en el procedimiento penal se dictó Auto de archivo en fecha 16 de junio de 2017, que acompaña como documento número 5, cuyos razonamientos invoca posteriormente, para alegar el “*carácter legalizable*” de las obras sin título habilitante ejecutadas por el actor en el calado de su propiedad.

7.- En relación con el expediente conexo de restauración de la legalidad urbanística, subraya la representación de la actora que la Resolución de la Alcaldía de 24 de noviembre de 2015 por la que se acordaba la incoación del expediente disciplinario así como la posterior por la que se resolvía el recurso de reposición fue impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa dando lugar a la Sentencia 34/2018 de 19 de febrero del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de esta plaza.

7.1.- La precitada Sentencia anulaba la resolución de restauración de la legalidad urbanística combatida por los motivos que se aducen relativos a la



inclusión de la misma en el BIC del *Barrio de las Bodegas* de Villamediana de Iregua en aplicación de la Ley de Patrimonio Cultural de La Rioja.

8.- En relación con la ampliación del plazo de resolución del expediente disciplinario resuelta por el acuerdo plenario del 20 de noviembre de 2017, sostiene la actora que dicha ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del expediente sancionador, que fue notificado al actor el 23 de noviembre de 2017, fue adoptado cuando ya había caducado el expediente.

II.- En relación con los hechos sucintamente descritos la argumentación del escrito de demanda, en ocasiones reiterada y autorreferenciada, la representación de la actora articula diversas causas de nulidad o de anulabilidad de la resolución sancionadora que agavillamos.

A) En primer lugar la nulidad por infracción de los principios de legalidad y seguridad jurídica, arbitrariedad, trato desigual, discriminatorio y contra a la doctrina de los actos propios. Funda básicamente este motivo impugnatorio en el hecho de que por parte de la corporación local demandada se han concedido licencias de obras para otros calados que ocupaban también el subsuelo de las vías públicas tanto con anterioridad, bajo la vigencia de las derogadas NNSS de Planeamiento de Villamediana, como con posterioridad a la aprobación del PGM de Villamediana de 2013.

B) En segundo lugar que concurre la causa de nulidad o de anulabilidad principios de legalidad y seguridad jurídica, arbitrariedad, trato desigual y discriminatorio. Se basa, acendrando lo ya alegado en el motivo anterior, en el hecho de que otras bodegas del barrio de Bodegas de Villamediana de Iregua, protegido como BIC, su calado también se encuentra en el subsuelo de la vía pública y como en el caso de la propiedad del actor, su verdadera antigüedad se sitúa en torno a los 30 años y su última ampliación la hubiese datado hace más de 15 años, por lo que está sujeta al régimen de protección de la disposición autonómica citada.

C) En tercer lugar la nulidad de pleno derecho por indefensión al amparo del artículo 47 de la LPA, por entender que ha prescrito la acción sancionadora de la corporación local demandada según el artículo 219 de la LOTUR.

D) En cuarto lugar y engarzado con la prescripción del ilícito invocada en el motivo anterior, aduce, de moto reiterado, la concurrencia del instituto de la



caducidad del expediente disciplinario urbanístico por varios motivos concurrentes. En este caso, a juicio de la recurrente, ha de apreciarse una causa de anulación por vulneración del artículo 22.1 g) en relación con el artículo 21.3 y 25.1 b) de la LPA de 2015, por entender que con la remisión a la Fiscalía según acuerdo plenario de la demandada del expediente sancionador de 6 de abril de 2017 (folios 221 y 222), se acordaba la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, cuando la mera remisión al Ministerio Público del expediente no permite suspenderlo al no tratarse de un órgano jurisdiccional.

E) En quinto lugar, como causa específica de anulabilidad que cuando por acuerdo plenario del 20 de noviembre de 2017 se había procedido a la ampliación del plazo máximo de resolución de tres meses conforme al artículo 23.1 de la LPA de 2015, el expediente administrativo sancionador ya había caducado. Entiende además la actora que no solo la ampliación indicada no es ajustada a derecho al haberse acordado con posterioridad a que operara la caducidad del expediente sancionador, sino que tampoco concurren ninguna de las causas que justifiquen su ampliación en los términos establecidos en la LPA de 2015.

F) En sexto lugar invoca la nulidad de pleno derecho de la sanción recurrida, sobre la base de que las actuaciones inspectoras no han sido llevadas a cabo por un funcionario público, sino que el Arquitecto actuante está unido a la corporación local por un contrato administrativo de servicios. A juicio de la demandante, las actuaciones y diligencias documentales requeridas por el arquitecto actuante, así como el requerimiento de documentación o el de entrada a domicilio, las propias, actuaciones inspectoras realizadas y la consecuente emisión de informes de inspección o de valoraciones realizadas lo han sido por un arquitecto no funcionario contratista de la administración. Según la actora todas estas actuaciones inspectoras y de comprobación en cuanto que responden al ejercicio de funciones públicas, están reservadas a funcionarios públicos locales, sin que puedan realizarse por los técnicos contratados, y sin que el contrato, al amparo de la LCSP de 2011 pueda “*trasladar*” ni “*suplantar*” ese tipo de funciones públicas (inspección urbanística etc.) a un Arquitecto contratado.

Concluye la representación de la recurrente que se produce una ilicitud de prueba e infracción del principio de presunción de inocencia y vulneración de los



artículos 18.2 y 24 de la CE, dado que los informes técnicos municipales que se citan y relacionan en el motivo de impugnación, no han sido redactados por un funcionario público sino por el Sr. **PARDO CALDERÓN**, Arquitecto Asesor Municipal, y en consecuencia sus actas de inspección no tienen la condición de documento público.

Esa argumentación, sobre la condición necesaria de funcionario público, se extiende, en el motivo posterior, además, también a la función de instrucción del expediente sancionador dado que su instructora no era funcionaria de carrera sino funcionaria interina, y a criterio de la actora el “*inspector urbanístico debe ser funcionario de carrera por ejercer autoridad*”, sin que como contratista pueda ejercer la actividad o función de inspección.

G) En séptimo lugar reitera la actora la causa de nulidad o de anulabilidad específica en su fundamento octavo por vulneración de la legalidad por la actuación de la instrucción desarrollada por personal no funcionario de carrera.

Según la recurrente dado que la instructora que ha tramitado el expediente sancionador era funcionaria interina, constituye una infracción del artículo 9 del EBEP y concordantes artículos 92.3 de la LRBRL.

H) En octavo lugar invoca la causa de nulidad de la resolución sancionadora por cuanto por Sentencia 34/2018 de 19 de febrero del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Logroño ha anulado la resolución municipal relativa a la orden de restauración de la legalidad urbanística. Señala la actora como la SJCA 34/2018 de 19 de febrero anula la resolución impugnada por entender que el “*calado-bodega*” de su representada forma parte integrante del *Barrio de Bodegas* de Villamediana de Iregua. Al estar integrada en el mismo, se trata de un BIC y goza, por ende, de la protección de la Ley 7/2004 de 18 de octubre del *Patrimonio Cultural Histórico Artístico de La Rioja*, y en consecuencia está sujeto a las disposición autonómicas invocadas.

Sostiene la actora que el proyecto de legalización del calado existente y su consolidación que se presentó durante la tramitación del expediente 3/2013, y que caducó el 24 de agosto de 2015, debió dirigirse a la Consejería para tramitar la autorización correspondiente que es “*previa y condicionante de la Licencia Municipal*”;



I) En noveno lugar, alega la recurrente que la resolución es nula de pleno derecho por incorrecta aplicación de la norma al tratarse de una “obra legalizable” por aplicación de la Ley 7/2004 de 18 de octubre de Patrimonio Cultural Histórico Artístico de La Rioja y en consecuencia había prescrito la infracción por esa causa. Funda en este caso el motivo de impugnación en la argumentación desarrollada por el Auto de 16 de junio de 2017 del Juzgado de Instrucción número 2 de Logroño que, a juicio de la recurrente, archiva la denuncia por no existir conducta susceptible de reproche penal, entendiéndose que la actuación es legalizable tanto con arreglo al PGM de 2013 como con arreglo a las anteriores NNSS y de la argumentación de la precitada SJCA-Administrativo nº 2 de esta plaza 34/2018 de 19 de febrero.

Aduce la recurrente, en consecuencia, que si la obra es legalizable ha de ser recalificada la infracción urbanística como leve y en cualquier caso habrían prescrito todos los plazos tanto respecto del expediente sancionador cuanto del de restauración de la legalidad, por lo que el acuerdo es anulable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LPA de 2015.

J) En décimo lugar que concurre una causa de nulidad de pleno derecho por incorrecta aplicación del artículo 218 de la LOTUR. En esta ocasión el actor invoca como motivo de impugnación o de descargo las alegaciones del grupo municipal de IU al dictamen del pleno municipal. Las alegaciones al dictamen o a la propuesta efectuadas por el grupo municipal en la forma prevista en el ROF se basan, sustancialmente, en el hecho de que la calle Bodegas bajo la que radica parcialmente el calado del actor no constituye un espacio libre viario pues dicha calle constituye exactamente parte del viario municipal no pudiendo ser calificado como integrante del “sistema de espacios libres públicos en ningún caso”.

K) En undécimo lugar alega la recurrente la infracción del principio de proporcionalidad en lo relativo a la graduación de la sanción. Entiende que esa infringido ese principio sobre la base del coste de ejecución global de las obras que asciende a la suma de 6.604'00 euros. Determinación del *quantum* que deriva de los criterios del informe municipal de 15 de noviembre de 2017 (folios 855 a 867 del expediente) basado en el *Proyecto de Legalización de calado existente y básico y de ejecución de obras necesarias para la consolidación estructural*, y que considera la superficie total del calado de 37 m² y no únicamente la superficie supuestamente no



legalizable por encontrarse bajo la vía pública, que se limita a 10'62 metros cuadrados.

CUARTO.- DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL AYUNTAMIENTO DE VILLAMEDIANA DE IREGUA.

1.- La representación procesal de la demandada ha interesado la desestimación de la demanda, sobre la base de determinados *“hechos materiales determinantes de la tramitación del expediente sancionador urbanístico”*.

1.1.- Entre los que se encuentran: a) que el actor solicitó el 11 de mayo de 2012 licencia para la *“construcción de un baño en lonja”* del edificio sito en C/. Bodegas, nº 84, sobre la base de un presupuesto de 1800 euros, concediéndosele la oportuna licencia (folio 732 y ss.); b) que como consecuencia de diversas quejas vecinales se requirió a la actora para que justificara las obras que estaba ejecutando (*vide* folio 669); c) fruto del requerimiento, el hogaño actor interesó el 30 de mayo la legalización de la denominada *“obra de consolidación del calado en la calle Bodegas, nº 84” acompañada de los “planos necesarios para dicha legalización”* (Doc. 1).

1.1.1.- Describe el proyecto las *“obras ejecutadas como consistentes en “la ampliación y consolidación de un calado con una superficie construida de 46,96 m², mediante la construcción de seis arcos de ladrillo caravista que descansan sobre un muro corrido de hormigón armado de altura variable atado a una losa armada que bajo los apoyos de los arcos se recrece a modo de tacones de cimentación. A su vez se ha procedido a ejecutar una red de ventilación, una red de saneamiento, una red de electricidad y alumbrado y una red de abastecimiento de agua”, y añade que “tal descripción de la documentación aportada para la legalización, se recoge en el informe técnico que obra al folio 10 del expediente administrativo que luego se ratificará en período probatorio del expediente sancionador (folio 855 y ss.); d) es decir que el actor ejecutó las obras indicadas que no estaban amparadas por la licencia de obras solicitada, sino que ha construido “un calado nuevo con todas las instalaciones correspondientes y, además, parcialmente bajo la vía pública”*.



2.- Que en relación con el procedimiento sancionador incoado, se acordó por Resolución de la Junta de Gobierno Local el 27 de febrero de 2017 incoar expediente sancionador por ejecución de obras sin licencia (folios 22 a 26).

2.1.- El anterior procedimiento adoptado por Resolución de la Alcaldía de 24 de noviembre de 2015 *“en el expediente también tramitado para el “Restablecimiento de la legalidad urbanística 1/2015” en cuyo punto cuarto se señalaba la procedencia del inicio de un expediente sancionador.*

2.1.- Que el acuerdo de incoación nombró como instructora *“a la Vicesecretaria Interventora del Ayuntamiento y Secretaria a la del mismo, haciéndose constar expresamente en este acuerdo que se notifica a la instructora y al interesado (folios 33 a 39) que “se estará a lo establecido sobre abstención y recusación en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.*

2.2.- Que el actor formuló las correspondientes alegaciones en los términos que se reflejan en el expediente administrativo (*vide* folios 40 a 205).

2.2.1.- La hogaño actora, no formuló alegación alguna sobre el nombramiento como instructora, sino meses *“más tarde en sus alegaciones de 23 de enero de 2018”* en las que se referirá a la inadmisibilidad de su nombramiento (folios 926 y ss.).

2.3.- Por parte de la instrucción del expediente, mediante informe de 28 de marzo (*vide* folios 210 a 216) advertía que al *“haberse ejecutado una obra en subsuelo de dominio público podría incurrir en la figura delictiva del artículo 319.1 del Código Penal, por lo que propone el Pleno municipal se dé traslado del expediente al Ministerio Fiscal quedando suspendido el procedimiento.*

2.3.1.- Mediante acuerdo plenario del 6 de abril de 2017 se remitió el expediente sancionador y los expedientes de restauración de la legalidad urbanística, al Ministerio Público *“a los efectos previstos en el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y suspendiendo el plazo de resolución del expediente sancionador en curso hasta que la autoridad judicial se haya pronunciado (folios 221 y 222).*

2.4.- El Ministerio Fiscal informó el 21 de junio de 2017 a la corporación *“que la denuncia presentada ante ella había dado lugar al registro de Diligencias de*



Investigación Penal 27/17 y ulterior presentación de denuncia por Fiscalía ante el Juzgado Decano de Logroño con ulterior reparto al Juzgado de Instrucción 2, registrándose Diligencias Previas 639/17”.

2.4.1.- Sin que hubiere sido notificado, se interesó información de las Diligencias Previas y por el Juzgado de Instrucción se comunicó su archivo, comunicando dicho extremo mediante oficio que tuvo *“entrada en el Ayuntamiento el 25 de octubre de 2017 (folio 832)”*, si bien no se adjuntaba copia del Auto de Sobreseimiento.

2.3.- Al tener conocimiento del archivo de la causa penal, se notificó al hogaño actor el *“levantamiento automático de la suspensión acordada desde la fecha en que se tuvo constancia del pronunciamiento judicial de archivo (folio 833)”*.

3.- Por parte de la instrucción se interesó motivadamente sobre la necesidad de ampliar el plazo de resolución del expediente sancionador acordándose tal ampliación por acuerdo plenario de 20 de noviembre (folios 835 y ss. y 847 y 848).

3.1.- Se acordó la apertura del período de prueba con el resultado que obra en el expediente, emitiéndose los correspondientes informes técnicos y jurídicos.

3.2.- Se elevó propuesta de resolución en la que se proponía la adopción de acuerdo plenario en que se declare al expedientado responsable de la comisión de una infracción urbanística muy grave e imposición de sanción de 92.999,99 € (*Vide folios 877 a 891*).

3.2.1.- La actora formuló las correspondientes alegaciones que fueron informadas y desestimadas.

4.- Añade la demandada, como *“redactada propuesta de dictamen para elevación al Pleno (folios 967 a 987), se celebra Comisión Informativa de 6 de febrero en la que se presenta escrito por el grupo municipal de IU entendiéndose que el dictamen incurre en error al ser la infracción cometida una infracción grave y no muy grave, tratándose en la Comisión tal cuestión con intervención del arquitecto e instructora y acordando la elevación al Pleno del dictamen para la adopción del acuerdo de declaración de responsabilidad por comisión de una infracción urbanística muy grave con imposición de la multa propuesta de 92.999,99 € (folios 990 a 1012)”*.



5.- La corporación en sesión plenaria del 9 de febrero aprobó el contenido del dictamen aprobado por la Comisión Informativa (*vide* folios 1013 a 1034).

QUINTO.- 1.- Alega la demandada que la cuestión a la que se contrae el recurso es determinar: A) Si se ha producido o no una infracción urbanística; B) su calificación, C) si ha prescrito la infracción, o ha existido alguna circunstancia en la tramitación administrativa que afecte al acuerdo recurrido, o se ha producido la caducidad del expediente; D) si la sanción impuesta resulta acomodada a la infracción cometida, y finalmente; E) si por ende el acuerdo impugnado se ajusta o no a derecho.

1.1.- Cita expresamente, la representación de la demandada el informe de la instrucción del expediente sancionador cuando señala:

“Para ello, es necesario centrar de forma adecuada el objeto del presente expediente sancionador: el objeto del presente expediente no es otro que la realización de obras sin licencia o contraviniendo las condiciones señaladas en la licencia de obra menor concedida por Decreto de Alcaldía de 19 de julio de 2012 (expediente 49/2012) y contraviniendo las entonces aplicables Normas Subsidiarias de Villamediana de Iregua, previas al actual Plan General Municipal. Estas obras consisten en la ampliación y consolidación de un calado con una superficie construida de 46,96 m², mediante la construcción de siete arcos de ladrillo caravista que descansan sobre un muro corrido de hormigón armado y consistentes asimismo en la ejecución de una red de ventilación, una red de saneamiento, una red de electricidad y alumbrado y una red de abastecimiento de agua. Se trata, conforme a la información incorporada al expediente, de una edificación de nueva planta que excede por completo la licencia concedida en su momento, efectuada con maquinaria de excavación y transporte de tierras, en lo que constituye un calado de nueva construcción ubicada –al menos parcialmente- en el subsuelo de espacio público (vial público)”.

2.- Según la representación de la demandada, y atendiendo a ese orden de pronunciamientos, recalca que en el caso enjuiciado concurre una infracción urbanística.

2.1.- No es, a juicio de la demandada, controvertido el hecho que el actor realizó obras sin estar amparadas en la licencia inicialmente solicitada conforme a los artículos 211 y ss. de la LOTUR, Ley 5/2006 de 2 de mayo.

2.2.- Respecto a la calificación de la infracción sostiene la demandada que se trata de una infracción muy grave *“de conformidad con el art. 218.2 de la citada Ley 5/2006 conforme al que son tales las que afectan “a zonas verdes, espacios libres, dotaciones, equipamientos o suelo no urbanizable especial”.*

2.1.1.- Invoca la demandada expresamente la citada SJCA de 19 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2, que señala:



“Y así, no puede discutirse que el subsuelo de la calle sí constituye un espacio libre público en el sentido que le otorga el Ayuntamiento y que consta en los informes del técnico Sr. Pardo. Dicha conclusión se desprende sin duda del propio artículo 212 LOTUR cuando alude a la utilización del suelo y del SUBSUELO en terrenos calificados como sistemas generales, zonas verdes ESPACIOS LIBRES o suelo no urbanizable de especial protección. Y así se ha reconocido en la Jurisprudencia al tratar, entre otros casos, los supuestos de construcción de aparcamientos subterráneos. En este sentido puede verse la Sentencia del TSJ Valencia nº 148/2014 de 19 de febrero JUR 2015/121613, STSJ de Cataluña 817/2002 de 30 de octubre RJCA 2003/430 y STSJ de Galicia 264/2008 de 3 de abril JUR 2009/11433.

Por lo tanto, siendo esto así, resultaría que cualquier obra (también el calado del actor) bajo el suelo, como espacio libre público, sería una obra ilegalizable y no sometida a plazo de prescripción alguno” (Documento 3 de la demanda).

3.- Siguiendo el orden argumental de la demandada, en relación con las cuestiones de orden procedimental o sustantivo que pudiera determinar la anulación del acto impugnado, analiza la concurrencia de dos institutos relacionados pero diversos en su naturaleza y efectos, la prescripción de la infracción y la caducidad del expediente.

3.1.- Respecto a la primera, la prescripción, se remite a la argumentación desarrollada por el Fundamento Quinto del acuerdo combatido (*vide* folio 1049) reiterando lo señalado en el apartado 1 del fundamento jurídico tercero (*vide* folio 1041).

3.1.1.- A juicio de la demandada, el inicio del cómputo del plazo prescriptivo ha de realizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 219.2 de la LOTUR, por lo que es claro *“que habiéndose construido un calado subterráneo con sus instalaciones anexas, mal puede entenderse que se ha producido tal aparición externa hasta que se produjo la primera visita del técnico municipal o, en cualquier caso, cuando se insta la legalización de lo construido, esto es un 30 de mayo de 2013”.*

3.1.2.- El acuerdo de incoación del expediente es de 27 de febrero de 2017 por lo que la infracción no ha prescrito.

4.- En relación con la intervención en expediente administrativo tanto de un arquitecto informante contratado cuanto de la instructora que es funcionaria interina.

4.1.- Se remite nuevamente la demandada la SJCA de 19 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de esta plaza, cuando desestimaba ese género de argumentación señalando que:

“SEGUNDO.- SOBRE LAS “ACTAS DE INSPECCIÓN”



Considera el recurrente que debe estimarse el recurso porque las actas que obran en el Expediente administrativo no están suscritos por funcionario público, Arquitecto con plaza en propiedad en el Ayuntamiento de Villamediana. Este motivo no puede acogerse, pues las funciones de asistencia en el ámbito urbanístico, en una gran mayoría de Ayuntamientos, se cubren mediante contratos de asistencia técnica como es el caso del Ayuntamiento de Villamediana, sin perjuicio de que como señaló la defensa de la administración, se hayan adoptado las medidas para cubrir el puesto con funcionario interino. Dichos contratos se encuentran previstos en el art. 10 TRLCSP 3/2011 y más específicamente en el Anexo II, categoría 12.

La decisión recurrida se adopta con base en los informes elaborados por el técnico asesor, Arquitecto, del Ayuntamiento de Villamediana, vinculado contractualmente con la Administración. Dispone la Ley 30/92, aplicable por razones temporales al presente caso, que “a los efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para resolver citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos y salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes. La Resolución recurrida se dicta por el Alcalde, con base en los informes emitidos por el Sr. Pardo Calderón, los cuales pueden ser contradichos por el actor mediante la articulación de otras pruebas técnicas que permitan contrastar pareceres. Dado que los informes emitidos por el técnico, son tan sólo eso, informes, no se aprecia incompetencia para su emisión, pudiendo ser cuestionados por el recurrente si considera que los mismos no se ajustan a la realidad. El hecho de que el Ayuntamiento de Villamediana no tenga en plantilla un Arquitecto no priva de validez a los informes emitidos en el seno del Expediente administrativo, por quien de forma legal, ha sido contratado para la prestación de servicios urbanísticos ni convierte a la Resolución de Alcaldía (que recoge las conclusiones del técnico) en una resolución contraria a derecho, por la razón esgrimida como primer motivo de impugnación por la parte recurrente”.

4.2.- En relación con la irregularidad invalidante alegada por la actora de que la instructora del expediente sea una funcionaria interina (vicesecretaria interventora).

4.2.1.- Amén de señalar que se trata de una *nova reperta*, sin perjuicio además de que no formulara en el momento procedimental oportuno alegación alguna cuando fue notificada con el acuerdo de incoación del expediente.

5.- En relación con la caducidad del expediente disciplinario invocado por la actora.

5.1.- Tal y como ha señalado la representación de la demandada, “se producen dos circunstancias que elevan considerablemente el plazo ordinario máximo de tramitación: su suspensión y la prórroga de tres meses de aquel.

5.2.- Entiende la demandada que “no existe irregularidad alguna que permita llegar a tal conclusión, por lo que el expediente instruido, pese a ser dilatado el tiempo de duración entre la incoación (27 de febrero de 2017) y la notificación de la resolución acordada (19 de febrero de 2018) no ha caducado.

5.2.1.- A juicio de la demandada la suspensión acordada el 6 de abril de 2017 lo fue por la causa justificada, que no es otra que la remisión del tanto de culpa al ministerio público por la posible concurrencia de un delito tipificado en el artículo 319.1 del Código Penal. Dicha remisión compele a adoptar la suspensión según el



art. 56 del R.D. Legislativo 7/2015, de 30 de octubre que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, *al igual que se prevé para todos los supuestos de expedientes administrativos sancionadores o disciplinarios en que durante su tramitación se aprecie la posible comisión de una infracción penal*, habiendo formulado la correspondiente denuncia el Ministerio Público con el resultado ya indicado de que finalmente fue dictado Auto de archivo.

5.2.2.- Que una vez que la corporación tuvo conocimiento de la interlocutoria indicada *“la suspensión se levanta inmediatamente después de tener conocimiento por el Juzgado de haberse acordado el sobreseimiento (Hecho segundo, 6º de esta contestación).*

6.- En relación con el acuerdo de ampliación de plazo entiende la demandada que está plenamente justificada en el informe de la instructora del expediente y se justifica en el acuerdo plenario al que se remite.

7.- Sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta. Señala la representación de la demandada, como en principio *“puede llamar la atención el importe de la sanción impuesta por contraste con el coste de la obra cuya ilegalidad se sanciona”*, pero que al tratarse de una *infracción muy grave, no puede olvidarse que la sanción a imponer lo es entre 30.000 y 299.999,99 €, por lo que la impuesta de 92.999,99 € se encuentra en la escala inferior de las que se podrían imponer.*

7.1.- Entiende la demandada que está plenamente justificada en el informe de la instrucción que realiza *“un detenido análisis de los elementos concurrentes a considerar en la actividad constructiva ilegal, con cita expresa y razonada de los factores contenidos en el artículo 221 de la LOTUR y 29.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, fijando así los seis criterios a valorar para fijar el quantum de la sanción a imponer, entre los límites inferior y superior de la misma.*

7.2.- Añade la representación de la demandada, que concurre además, la circunstancia no tenidas en cuenta para su tipificación, en el hecho de que el *“infractor sea precisamente uno de los concejales de la Corporación, obligado a cumplir la normativa más que cualquier otro ciudadano sin su responsabilidad política.*

8.- En relación con los motivos de impugnación de la actora, aborda la representación de la demandada los otros motivos de impugnación que agavillamos.



8.1.- En relación con la invocada infracción del principio de igualdad o de trato discriminatorio, cabe recordar, como ha señalado la doctrina constitucional que ha de hacerse en el ámbito de la legalidad no en el de la ilegalidad, por lo que carece de base jurídica alguna sostener la anulación de un expediente sancionador sobre la base *“como se dice en el fundamento primero de la demanda “por concesión de licencias en otros calados” es una pretensión carente de todo fundamento.*

8.2.- En relación con la cuestión de las denominadas denuncias que dieron origen a la incoación del expediente disciplinario urbanístico, señala la demandada que las mismas no generan indefensión alguna, y es con motivo de la inspección o del requerimiento de información por el técnico municipal cuando el hogaño recurrente presentó *“la solicitud de legalización de las obras construidas y se produce la inspección técnica que pone de manifiesto la realización de obras sin licencia, lo que da lugar después a la incoación del expediente de legalización y, dos años más tarde, del específico expediente que nos ocupa (folio 22) que, se repite una vez más, es distinto e independiente de aquel.*

9.- En relación a las normas urbanísticas de protección del Barrio Bodegas, y en general a las regionales constituidas por la Ley de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja en relación con el Decreto 20/2015, de 12 de junio que declara bien de interés cultural el Pasaje cultural del Vino y el Viñedo de La Rioja”, y añade la demandada que *“parece oportuna tal alusión en cuanto que, a lo largo del expediente sancionador, se viene haciendo alusión a tales normas, alusión que se repite en la demanda, fundamentalmente en los puntos noveno, décimo y undécimo del fundamento de Derecho VI, en argumentación que tuvo cierta fortuna con ocasión de la denuncia penal formulada por Fiscalía y del recurso contencioso-administrativo sentenciado por el Juzgado nº 2, docs. 2 y 3 de la demanda.*

9.1.- Recalca la demandada como *“ninguna de las alegaciones referidas a la indicada normativa es estimable en el caso que nos ocupa, un expediente sancionador por infracción urbanística derivado de una construcción sin licencia de, entre otros elementos, un calado subterráneo sito en parte bajo un vial público”, tal y como se señalaba oportunamente en el “informe jurídico obrante a los folios 868 a 876 del expediente, (en concreto en el punto 4, folio 873) y ratificado en el posterior*



emitido a la vista de las alegaciones formuladas ante la propuesta de resolución (folio 959).

9.1.1.- La representación de la demandada reproduce el Informe jurídico municipal que por su interés, transcribimos, dado que acota en buena medida alguna de las cuestiones debatidas en el presente procedimiento. Señala el precitado informe jurídico municipal lo siguiente:

“En cuarto lugar, el interesado alega que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, como otra causa de nulidad de pleno derecho, de conformidad con el artículo 47.1 e) de la LPAC, por no aplicar el procedimiento establecido en la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja y el Decreto 20/2015, de 12 de junio, por el que se declara Bien de Interés Cultural “El paisaje cultural del Vino y el Viñedo de La Rioja”.

Esta alegación debe ser rechazada de plano por cuanto resulta claro que el Decreto 20/2015, de 12 de junio, por el que se declara Bien de Interés Cultural “El paisaje cultural del Vino y el Viñedo de La Rioja” no es aplicable al presente caso. El ámbito de protección establecido por la citada declaración de interés general se refiere a dos elementos diferenciados: las bodegas anteriores al año 1950 y los barrios de bodegas. En este sentido, por una lado, la bodega en la que se han llevado a cabo las obras, sita en C/ Bodegas, 84, no se encuentra incluida dentro del ámbito de protección de la citada normativa en materia de patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja ya que su construcción es posterior a 1950, tal y como se pone de manifiesto en la documentación obrante en el expediente y asimismo reconoce expresamente el propio interesado.

Por otro lado, de acuerdo con dicha normativa aplicable, los denominados barrios de bodegas tienen la consideración de unidades identitarias, estableciéndose que todas las intervenciones sobre la estructura urbana, los edificios y construcciones tanto aéreas como subterráneas, las alineaciones y los espacios existentes deberá solicitar la correspondiente autorización a la Consejería competente en materia de Cultura según lo establecido en el artículo 40 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, y que todas las intervenciones irán encaminadas a la conservación y mantenimiento de las características tipológicas específicas, morfológicas, elementos constitutivos de las mismas, colores, técnicas y materiales singulares que permitan definir su carácter. Por tanto, la inclusión en barrio bodegas es en sentido unitario, junto con las bodegas anteriores al año 1950 y a los que será plenamente de aplicación la normativa de La Rioja de patrimonio, y para las cuales se deberán ajustar los instrumentos urbanísticos vigentes para establecer las normas concretas y adecuadas de protección”.

9.2.- Y añade la representación de la demandada, que *“no puede olvidarse que aun admitiendo en pura hipótesis y frente a lo informado por el técnico en 2013 acerca de que la obra era “recientemente finalizada” (folio 10) como, por cierto denota el reportaje fotográfico incorporado al mismo y a la propia solicitud formulada por el actor para la regularización de la obra, aun admitiendo, se repite, como se dice en la demanda que “el calado fue excavado hace más de 30 años y se amplió en 1999”, lo cierto es que nos encontraríamos en cualquier caso con una obra clandestina muy posterior a 1950 año límite para la protección que se regula en La Rioja de calados y bodegas.*



9.2.1.- Y así lo ha entendido la consulta emitida por el servicio correspondiente del Gobierno de La Rioja, informe que la demandada adjunta como documento número 2 y que recoge las siguientes argumentaciones:

“En segundo lugar se pregunta si se puede entender que a una bodega/calado excavada en 2013 sin licencia y bajo dominio público antes de la incoación del expediente para la declaración del barrio de bodegas como BIC, le es de aplicación el Decreto 20/2015 de 12 de junio, por el que se declara Bien de Interés Cultural “El paisaje cultural del Vino y el Viñedo de La Rioja”. El Decreto 20/2015 citado señala en el apartado 2.1.1.c) del Anexo I que “a efecto de esta declaración se consideran incluidas todas las bodegas anteriores al año 1950”. Es decir sólo están amparadas por el Decreto las construcciones destinadas a la elaboración de vino, su envejecimiento y/o su conservación anteriores a esta fecha y no las posteriores, por no tener estas últimas la consideración de bienes a proteger por la Ley 7/2004 de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja. En tercer lugar se plantea la cuestión de si es preceptivo el informe de la Dirección General de Cultura y Turismo en los expedientes de restablecimiento de la legalidad urbanística y sancionadora en este caso. Cabe señalar al respecto que en base a las consideraciones vertidas anteriormente es el ayuntamiento el competente para tramitar los expedientes de restauración de la legalidad y sancionadores que procedan”.

9.3.- Concluye la representación de la demanda que nada que ver tienen las normas protectoras que se citan con el expediente que nos ocupa, como ninguna relación guarda un calado tradicional centenario de los muchos existentes en La Rioja, con un calado nuevo construido sin licencia alguna para ello, no siendo de aplicación la Ley 7/2004.

SIXTO.- DEL EXPEDIENTE DE RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

1.- Como queda indicado y así ha sido invocado por las partes se ha dictado la SJCA 34/2018 de 19 de febrero del Juzgado de lo Contencioso-administrativo.

1.1.- La Sentencia resuelve el recurso deducido por la actora contra:

La resolución del Alcalde presidente del AYUNTAMIENTO DE VILLAMEDIANA DE IREGUA, de 12 de diciembre de 2016, por la que se resuelve desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por el recurrente, contra la Resolución de Alcaldía de fecha 24 de noviembre de 2015, por la que se desestiman las alegaciones presentadas por el recurrente, se pone fin a la tramitación del expediente 1/2015 de restablecimiento de legalidad urbanística en relación a las actuaciones ejecutadas sin licencia en la C/ Bodegas nº 4 (118 según Catastro), las cuales se entienden no son legalizables, se proceda practicar liquidación del impuesto de construcciones Instalaciones y Obras, declarando procedente el inicio del expediente sancionador por la supuesta comisión de una infracción urbanística cuya tipificación inicialmente sería grave. LA resolución de 24 de noviembre de 2015 acordaba, entre otros extremos, la restitución al estado primitivo de la zona en la que se efectuaron por el actor las obras, que se declaran ilegalizables.



1.2.- En lo que es relevante a los efectos de este recurso, señala su

Fundamento Jurídico Tercero que:

La parte recurrente entiende que la bodega o calado de su propiedad la número 84, que está incluida en el Barrio de Bodegas de Villamediana de Iregua, cuenta con la protección prevista en la Ley de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de la Rioja. Merece detenerse en la cuestión planteada, que se sortea a lo largo de la vía administrativa, bajo la consideración – inmatizada – de que la licencia para la obra menor solicitada por el recurrente se concedió en el año 2012, fecha ésta en que no estaba vigente el PGM de Villamediana que sí recoge, en la actualidad, el Barrio de Bodegas y en que no se había hecho la Cartografía de las Bodegas (o Calados) del Barrio de Bodegas.

En el complejo examen que requiere la situación que se plante en el presente recurso, conviene sentar algunas bases.

Y así, no puede discutirse que el subsuelo de la calle sí constituye un espacio libre público en el sentido que le otorga el Ayuntamiento y que consta en los informes del técnico Sr. Pardo. Dicha conclusión se desprende sin duda del propio artículo 212 LOTUR cuando alude a la utilización del suelo y del SUBSUELO en terrenos calificados como sistemas generales, zonas verdes ESPACIOS LIBRES o suelo no urbanizable de especial protección. Y así se ha reconocido en la jurisprudencia al tratar, entre otros casos, los supuestos de construcción aparcamientos subterráneos. En este sentido puede verse la Sentencia del TSJ Valencia nº 148/2014 de 19 de febrero JUR 2015/121613, STSJ de Cataluña 817/2002 de 30 de octubre RJCA 2003/430 y STSJ de Galicia 264/2008 de 3 de abril JUR 2009/11433. Por lo tanto, siendo esto así, resultaría que cualquier obra (también el calado del actor) bajo el suelo, como espacio libre público, sería una obra ilegalizable y no sometida a plazo de prescripción alguno.

La segunda cuestión que conviene tener presente es de carácter terminológico. Existen diversidades en el régimen de protección otorgado por el Decreto 20/2015 que declara Bien de Interés Cultural “El paisaje cultural del Vino y el Viñedo de LA Rioja”. Así, dicho Decreto distingue Lagares Rupestres (2.1), Chozos y/o Guardaviñas (2.2) Bodegas (2.3), Barrios de bodegas (2.4) y Patrimonio Inmaterial. Y cuando nos referimos a la bodega del actor, nos estamos refiriendo a un calado, no nos referimos a la “Bodega” como inmueble objeto de protección por la Ley de Patrimonio y definida en el art 2.3 del Decreto 20 /2015, que se refiere a ellas de la siguiente manera: “*Las bodegas protegidas por la presente declaración, atendiendo a su carácter productivo y a las continuas labores de mantenimiento y modernización...*”.

Es decir, cuando se utiliza el término BODEGA en el Decreto 20/2015 y la Ley de patrimonio, se está aludiendo a la Bodega como centro de producción de vino. De esta forma, cuando en la Disposición Adicional Primera del Decreto 20/2015 se alude a las BODEGAS especifica que se trata de BODEGAS ANTERIORES AL AÑO 1950, como elementos patrimoniales a proteger. La antigüedad por lo tanto, no se predica más que de las bodegas como centros de producción del vino; en ningún caso se exige la antigüedad de 50 años respecto a los calados. Se sientan, ya, por lo tanto dos premisas: 1) el subsuelo de la calle es un espacio libre público y 2) la antigüedad del calado según la DA Primera del Decreto 20/2015 NO es requisito para otorgarle mayor protección o, mejor dicho, dejar de otorgar protección a los calados que no tengan 50 años de antigüedad. Dicha DA primera establece la obligación de los Ayuntamientos de ajustar los instrumentos urbanísticos a lo dispuesto en el Decreto que declara todos estos elementos como Bienes de interés cultural por integrar el “Paisaje Cultural del vino y el Viñedo”

Dicho lo anterior para esclarecer los términos del debate, ha de decidirse sobre la necesaria intervención o no de la Comunidad Autónoma en el Expediente de restauración de la legalidad urbanística que atañe al actor. Es obvio que el PGM no se hallaba aprobado, como señala, el técnico en el año 2012 y que es en el PGM de Villamediana en el que se alude, art 250; al Barrio de Bodegas.

Pero no es menos cierto que la Ley de patrimonio Cultural 7/2004 de la Rioja data del año 2004. Esta Ley como se dice en su exposición de motivos “nace con vocación de aplicación práctica directa, por lo que ha tenido presentes tanto las características del patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja como la legislación existente o proyectada sobre aspectos que pueden incidir en el mismo, como, entre otros, el régimen local, el turismo, el medio ambiente y, muy especialmente, el urbanismo y la ordenación del territorio, con cuyas normas se ha realizado una cuidadosa coordinación, con el fin de que el régimen de todas estas materias actúe siempre a favor de la protección de dicho patrimonio”.



No es controvertido que el calado del recurrente se halla en el Barrio de Bodegas de Villamediana de Iregua (así se afirma en los informes emitidos por el Sr. Pardo Calderón (f.12, f.28 del EA), y se encuentra afectado por art 250 del PGM, aprobado en 2013, que prevé la redacción de una Plan Especial de protección del Barrio de Bodegas.

La necesidad de un Plan Especial surge, en primer lugar de la declaración de los Barrios de Bodegas, integrantes del Paisaje Cultural de Vino y del Viñedo, como Bienes de Interés Cultural (BIC). La declaración de BIC del Paisaje Cultural del Vino y el Viñedo (que incluye entre los elementos que lo integran los barrios de bodegas) se realizó mediante Decreto 20/2015 de 12 de junio, siguiendo el procedimiento previsto en el art 13 de la Ley 7/2004.

Dicho artículo, por lo que aquí interesa dispone lo siguiente:

Artículo 13. Procedimiento de declaración:

1. La declaración de Bien de Interés Cultural requerirá la previa incoación y tramitación de un expediente administrativo por la Consejería competente en materia de Cultura del Gobierno de La Rioja (.....)

5. La iniciación del expediente de declaración, determinará, respecto del bien afectado, la aplicación inmediata y provisional del régimen de protección previsto en la presente Ley para los bienes ya declarados como de interés cultural. En el caso de los bienes inmuebles la iniciación del expediente producirá, desde la notificación a la Entidad Local correspondiente, la suspensión de la tramitación de licencias municipales en la zona afectada, así como la suspensión de los efectos de las ya concedidas. La suspensión se mantendrá hasta la resolución del expediente o caducidad del mismo.

No obstante, la Entidad Local podrá autorizar la realización de obras inaplazables para su conservación y mantenimiento, que manifiestamente no perjudiquen la integridad y valores del bien objeto del expediente administrativo.

Dentro de los elementos integrantes del BIC Paisaje cultural del Vino y el Viñedo,(Dc 20/2015) se encuentran los Barrios de Bodegas (2.4), respecto de los que se establece: *“Los barrios de Bodegas tendrán la consideración de unidades identitarias. Todas las intervenciones sobre la estructura urbana, los edificios y construcciones tanto aéreas como subterráneas, las alineaciones y los espacios existentes deberán solicitar la correspondiente autorización a la Consejería competente en materia de cultura según lo establecido en el art 40 de la Ley 7/2004 de 18 de octubre de Patrimonio Cultural Histórico y Artístico de La Rioja.”*

Tal y como consta en el Preámbulo de dicho Decreto, el Expediente para la declaración del BIC se inició por Resolución del Director General de Cultura de 8 de noviembre de 2013.

A partir de esta fecha, como se recoge en el art 13 de la Ley 7/2004, los Barrios de Bodegas, elementos integrantes del Paisaje Cultural de Vino, como BIC, gozan de la protección otorgada prevista en la Ley 7/2004 para los BIC ya declarados.

La inspección del calado del actor, fruto de las denuncias que constan en el EA, se produce, el 21 de mayo de 2013. Dicho EA queda paralizado, caducando el mismo y en fecha 12 de mayo de 2015 se inicia uno nuevo.

Por lo tanto , durante la tramitación del EA (a salvo de los meses que median entre la fecha en que se gira la inspección de 2013 y el inicio del procedimiento para la declaración del Paisaje Cultural de vino) la tramitación o adopción de decisiones en el Expediente incoado al recurrente por obras en su calado – independiente de la entidad de éstas – se realizó bajo la vigencia no sólo de la Ley 7/2004 sino más específicamente bajo la vigencia de la protección otorgada por la incoación de la Declaración del BIC Paisaje cultural de Vino (art 13 Ley 7/2004 y Decreto 20/2015).

A criterio de esta Juzgadora las actuaciones realizadas por el Ayuntamiento de Villamediana en el expediente de restauración de la legalidad urbanística debieron contar con la participación de la Administración autonómica, por tratarse de una actuación llevada a cabo en un BIC, y hallándose el Calado del actor incluido en la Cartografía del Barrio de Bodegas con el número 59A.

Y así, se desprende de la Ley 7/2004, con carácter general, que en las disposiciones aplicables a cualquier bien perteneciente al patrimonio cultural, Histórico y Artístico de La Rioja establece lo siguiente:

Artículo 24. Facultades de intervención de la Administración



1. Los poderes públicos garantizarán la protección, conservación, rehabilitación, revitalización, mejora y fomento, así como el conocimiento, investigación y difusión del patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja, facilitarán a la Administración competente el acceso a los mismos con fines de inspección, así como la información que resultare necesaria para garantizar el cumplimiento de las finalidades previstas en esta Ley.

3. La Consejería competente en materia de Cultura, podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra, actividad, intervención o cambio de uso que se proyecte realizar o se realice en cualquier bien, aunque carezca de una declaración expresa reconociendo su pertenencia al patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja, siempre que se aprecie en el mismo la concurrencia de alguno de los valores a que hace referencia el artículo 2.1 de esta Ley, con el fin de evitar situaciones de riesgo de pérdida, deterioro, destrucción o expolio de aquellos bienes. Las Entidades Locales también están legitimadas para adoptar estas medidas cautelares, en cuyo caso, deberán comunicar a la Consejería competente en materia de Cultura las actuaciones realizadas en el plazo improrrogable de diez días hábiles.

4. Una vez producida la suspensión, de oficio o a instancia de la Entidad Local correspondiente, la Consejería competente en materia de Cultura resolverá en el plazo máximo de tres meses en favor de la continuación de la obra o intervención proyectada o iniciada; o bien, procederá a iniciar el procedimiento para la declaración del bien objeto de la paralización como Bien de Interés Cultural, Bien Cultural de Interés Regional o Bien Cultural Inventariable, sin perjuicio de establecer aquellas medidas cautelares de protección que garanticen la conservación del bien afectado, con arreglo a la legislación urbanística, a esta Ley o a otras que fueran de aplicación.

Y singularmente, el art 30 de la Ley 7/2004 sobre Régimen urbanístico:

1. Las entidades locales elaborarán o actualizarán el catálogo urbanístico con todos aquellos edificios, espacios o elementos existentes en cada término municipal que reúnan valor o interés cultural, histórico o artístico. Este catálogo urbanístico no solo servirá para incluir aquellos elementos que deban proteger el planeamiento municipal o los planes especiales, sino que también servirá para inventariar los inmuebles pertenecientes al patrimonio cultural, histórico y artístico localizados en cada municipio, con independencia de su titularidad, estado de conservación o cualquier otra circunstancia concurrente en cada caso. El catálogo urbanístico será informado por la consejería con competencia en materia de cultura, con carácter previo a su aprobación, quedando la entidad local vinculada a la decisión de aquella.

2. El decreto por el que un inmueble sea declarado como bien de interés cultural o la orden por la que se declare como bien cultural de interés regional prevalecerán sobre los planes y normas urbanísticas que afecten al inmueble, debiendo ajustarse dichos instrumentos urbanísticos a las resoluciones mencionadas antes de su aprobación, o bien, si estaban vigentes, ajustarse a ellas mediante las modificaciones urbanísticas oportunas.

3. La modificación de los catálogos en el sentido previsto en los anteriores apartados se realizará conforme a la tramitación establecida en la legislación urbanística, quedando automáticamente suspendidas las licencias municipales aplicables sobre el bien cultural afectado hasta la aprobación definitiva de la citada modificación. En dicha tramitación, y con carácter previo a la aprobación definitiva, la entidad local deberá solicitar el informe preceptivo y vinculante de la consejería con competencias en materia de cultura, que lo emitirá oído el Consejo Superior de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja.

4. Con independencia de las medidas especiales de protección previstas en esta ley, los catálogos urbanísticos establecerán medidas de tutela genéricas o específicas, a fin de evitar la destrucción o modificación sustancial de los bienes incluidos en los mismos. Las determinaciones del planeamiento impedirán en el entorno de dichas edificaciones, espacios y elementos la realización de construcciones e instalaciones que los deterioren o que modifiquen sustancialmente sus perspectivas visuales y su integración con el resto de la trama urbana.

5. Los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo que afecten a los edificios, espacios o elementos incluidos en los catálogos urbanísticos deberán ser informados por la consejería con competencia en materia de cultura con carácter previo a la concesión de la correspondiente licencia. (...)



Y, definitivamente, el art 40 sobre autorizaciones y licencias, perteneciente al **Capítulo IV relativo a la Ordenación general aplicable a los BIC**. Y recordemos que los Barrios de Bodegas integran ese Paisaje Cultural del Vino y del Viñedo, en virtud del Decreto 20/2015.

Dice el art 40 de la ley 7/2004: **Autorizaciones y licencias**

1. Toda obra o intervención realizada en el exterior o en el interior de un Bien de Interés Cultural, en su entorno de protección, la instalación de cualquier elemento, su señalización o el cambio de uso o aprovechamiento de aquél, requerirá contar con una autorización expresa dictada por la Consejería competente en materia de Cultura, previo informe del Consejo Superior del Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, junto a la correspondiente licencia municipal otorgada por la Entidad Local competente, de conformidad con las previsiones contenidas en la legislación sobre régimen local, urbanística y cualquier otra que fuere aplicable. Si las actuaciones se realizaran en espacios naturales protegidos, serán preceptivas las autorizaciones pertinentes, conforme a la legislación sectorial en vigor.

Quedan exentas de recabar la autorización expresa las obras de reparación simple, es decir, aquellas obras necesarias para enmendar un menoscabo producido por causas fortuitas o accidentales que no afectan a la estructura del inmueble, conservación y mantenimiento de tales bienes, cuando se trate de obras a realizar sobre infraestructuras ya existentes, sin perjuicio del deber de comunicación previa. No será exigible licencia municipal respecto de aquellas obras públicas cuya normativa sectorial establezca la no sujeción a control preventivo municipal.

2. Quien pretenda realizar cualquiera de las actividades descritas en el apartado anterior, deberá presentar a la Consejería competente en materia de Cultura la solicitud del otorgamiento de la autorización, acompañada de un proyecto técnico en las condiciones previstas en el artículo 42 de esta Ley.

3. Son ilegales las obras o intervenciones que carezcan de la autorización y licencia correspondientes o no se ajusten a su contenido. La Consejería competente en materia de Cultura y las Entidades Locales podrán ordenar la paralización, reconstrucción, reparación, demolición o restitución a su estado primitivo de las obras o intervenciones realizadas con cargo al responsable de la infracción, en los términos fijados por la legislación urbanística, y sin perjuicio de la imposición de una sanción administrativa de conformidad con las previsiones de esta Ley.

4. La autorización de la Consejería competente en materia de Cultura es previa y condicionante de la licencia municipal y prevalecerá sobre esta última en caso de conflicto, contradicción o cualquier otra incidencia. La omisión de la necesaria intervención de la Comunidad Autónoma a través de la autorización dictada por la Consejería competente no podrá ser suplida por la intervención unilateral de las Entidades Locales, considerándose ilegal cualquier intervención realizada en ese sentido.

5. En el caso de bienes muebles, cualquier intervención en los mismos estará condicionada a la previa obtención de una autorización emitida por la Consejería competente, sin perjuicio de cumplir el resto de los requisitos previstos en los artículos 42.5 y 43.9 de esta Ley.

6. Reglamentariamente se podrán establecer el procedimiento, los informes y cualesquiera otros aspectos que se consideren necesarios con relación a la autorización autonómica prevista en este artículo.

En definitiva, el calado del actor no puede ser tratado tan sólo como una obra sin licencia o sin someterse a la concedida debido a su especial ubicación, en el seno del Barrio de Bodegas, elemento integrante de un BIC, como es el Paisaje Cultural del Vino y del Viñedo. El calado ha sido cartografiado incluyéndose en la Cartografía del Barrio de Bodegas de Villamediana, y le afecta el Plan Especial de Protección previsto en el art 250 PGM (dicho artículo en su literalidad, no excluye que puedan existir calados bajo el espacio viario). Y si necesaria es la intervención de la administración autonómica **para la concesión de licencias, igualmente necesaria es su intervención para, en un expediente de disciplina urbanística, informar o en su caso adoptar una decisión sobre la posibilidad de legalizar o no el calado.**

2.- La citada Sentencia devino en firme por cuanto no se admitió la apelación por razones de cuantía por la Sentencia 237/2016 de 11 de julio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja dictada en autos del recurso de



apelación 90/18, que consta en las actuaciones (*vide* folios 162 y ss. de las actuaciones).

3.- Se han transcrito los fundamentos de la *ratio decidendi* de la Sentencia en cuanto que puedan afectar la revisión de la sanción disciplinaria urbanística impuesta al hogaño recurrente.

4.- Sobre la eficacia o efectos de la precitada y parcialmente transcrita sentencia se han pronunciado las partes en el trámite de alegaciones.

SÉPTIMO- **1.-** La cuestión controvertida se contrae en determinar si la sanción urbanística acordada en los términos indicados es o no ajustada a derecho en un orden sustantivo y procedimental.

2.- Conviene precisar que las cuestiones derivadas de la controvertida propiedad del subsuelo en los barrios tradicionales de bodegas de los municipios es recurrente tanto en el orden civil cuanto en el orden contencioso-administrativo de los juzgados y tribunales en el ámbito competencial de la CAR es recurrente.

2.1.- Las cuestiones demaniales que afectan a los expedientes de restauración de la legalidad urbanística o meramente disciplinarios (concesión de licencia u orden de ejecución) son cuestiones dominicales, y obligan a una relectura dada pacífica de lo dispuesto en el artículo 350 del CC sobre la extensión del dominio público del suelo en relación con el del subsuelo, o la existencia, controvertida, de aprovechamientos dominicales privados en el subsuelo de los espacios públicos en un sentido amplio del término.

2.1.1.- Es decir, determinar si es posible que el subsuelo sea susceptible de apropiación por titular distinto del propietario del suelo, máxime cuando el titular del suelo es una entidad local y ese suelo tiene la calificación de bien de dominio público.

2.2.- En consecuencia, es relevante en relación con la cuestión que nos ocupa, dado que la afección al dominio público es un supuesto específico de denegación de una licencia urbanística, como ha reiterado la doctrina legal, en el ejercicio del *ius aedificandi* de un propietario particular.

3.- La cuestión no es puramente académica o dogmática sino que suscita un breviarío de interrogantes, máxime a la vista del fallo de la SJCA 34/2018 de 18 de



febrero, que anula por razones procedimentales la resolución de la Alcaldía Presidencia sobre el carácter legalizable o no de las obras clandestinas o sin licencia realizadas por el actor en el *Barrio de Bodegas* de Villamediana de Iregua, al estar integrado de forma unitaria, según la decisión indicada, como un BIC, que exige, en tal caso, informe de la autoridad autonómica en materia de patrimonio histórico.

OCTAVO.- SOBRE EL BARRIO DE BODEGAS DE VILLAMEDIANA DE IREGUA COMO BIC.

1.- Desde un punto de vista urbanístico y patrimonial no es controvertido que esta tipología de calados de bodegas, como el del *barrio de Bodegas* de Villamediana de Iregua, es un Bien de Interés Cultural (BIC) según lo dispuesto en el Decreto 20/2015.

1.1.- Así se desprende de los artículos 9 y ss. de la Ley de Patrimonio Histórico y de los artículos 13 y 14 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, y del correspondiente Decreto 20/2015, de 12 de junio, por el que se declara Bien de Interés Cultural "*El paisaje cultural del Vino y el Viñedo de La Rioja*"-

1.1.1.- Declaración que ha efectuado la CAR, en ejercicio de su competencia ejecutivas autonómicas según ha señalado la jurisprudencia constitucional (STC 17/1991 de 31 de enero).

1.2.- Según el decreto invocado:

2.4 Barrios de bodegas

Los barrios de bodegas tendrán la consideración de unidades identitarias. Todas las intervenciones sobre la estructura urbana, los edificios y construcciones tanto aéreas como subterráneas, las alineaciones y los espacios existentes deberán solicitar la correspondiente autorización a la Consejería competente en materia de Cultura según lo establecido en el artículo 40 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja. Todas las intervenciones irán encaminadas a la conservación y mantenimiento de las características tipológicas específicas, morfológicas, elementos constitutivos de las mismas, colores, técnicas y materiales singulares que permitan definir su carácter.

1.3- Por otra parte su Adicional Primera exige la adecuación de los instrumentos de planeamiento urbanístico general:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 30.2 y 44.5 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, todos los Ayuntamientos incluidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja procederán a ajustar, en su caso, los instrumentos urbanísticos vigentes a lo dispuesto en la presente declaración, procediendo a la inclusión en el Catálogo de sus instrumentos de planeamiento urbanístico de los lagares rupestres, chozos o guardaviñas, bodegas anteriores al año 1950 y



barrios de bodegas existentes en su término municipal, estableciendo para cada uno de esos elementos las normas concretas y adecuadas de protección.

1.4.- El Anexo del Decreto establece:

2.1.1.c) Bodegas.

Son consideradas bodegas a los efectos de la presente declaración aquellas construcciones en superficie, subterráneas o mixtas cuya función actual o en su origen sea la elaboración de vino, su envejecimiento y/o su conservación. A efecto de esta declaración se consideran incluidas todas las bodegas anteriores al año 1950.

Quedan incluidas en esta declaración las bodegas excavadas situadas en espacios urbanos o en construcciones situadas fuera de casco urbano bajo cualquier edificio (habitacional, palacio, castillo, iglesia, monasterio, etcétera.) con independencia de que éstos inmuebles se encuentren protegidos o no.

2.1.1.d) Barrios de bodegas.

Se entiende por barrios de bodegas los conjuntos urbanos conformados total o mayoritariamente por bodegas. Se incluyen en esta declaración tanto los barrios de bodegas colindantes con los cascos urbanos, como los que se encuentran separados de los mismos independientemente de su distancia.

Además de las bodegas y otros elementos que pudieran incluir, definidos anteriormente y protegidos por tanto de manera específica, los barrios de bodegas adquieren la condición de unidades identitarias, quedando incluida en la protección la trama urbana, los campillares o espacios libres situados entre las edificaciones y/o encima de los calados y cualquier construcción incluida en la delimitación del mismo.

2.- El municipio de Villamediana de Iregua cuenta con un PGM de 2013.

2.1.- El PGM de 2013 zonifica este *Barrio de Bodegas* (vide artículo 188 del PGM) y para su ordenación detallada acude a la figura de los planes especiales (artículo 17 PGM), y establece sus determinaciones y condicionantes urbanísticas (artículos 249 y 250 de las Normas del PGM de 2013).

2.2.- Según el artículo 115 de las normas del PGM que establece un catálogo de usos siguiendo la clasificación habitual de las normas urbanísticas:

Artículo 115. Definición

Es el uso que corresponde a los edificios o parte de edificios que se destinan a la fabricación, almacenaje y venta de vino. Se consideran incluidos en este uso los merenderos, sociedades gastronómicas, bodegas de pequeña producción con venta al público y usos dotacionales culturales como centros turísticos o de interpretación del barrio de las bodegas. Estos usos se detallarán de una forma más precisa en el Plan Especial de Protección del Barrio Bodegas.

Artículo 116. Condiciones

Las condiciones a cumplir para el uso bodegas domésticas se definirán en el Plan Especial de Protección del Barrio Bodegas.

3.- Como hemos señalado la actora ha impugnado la orden de restauración y con ella la sancionadora urbanística, por entender que la primera es nula de pleno derecho o anulable por cuanto parte de la calificación de que las obras clandestinas ejecutadas – no amparadas por la licencia inicialmente concedida según la petición efectuada de reforma para la colocación de un servicio en la misma según se refleja



en el expediente administrativo- no eran legalizables por causas demaniales, la afección al dominio público, en este caso al subsuelo que cuenta, *prima facie*, con esa calificación urbanística.

3.1.- La causa del carácter no legalizable de la obra ejecutada que excede de la licencia inicialmente concedida, es por tanto, de orden sustancialmente demanial, que nos remite a lo que, de modo sucinto hemos señalado anteriormente, sobre las cuestiones.

4.- Según la actora tanto la SJCA 34/2018 de 19 de febrero cuanto la resolución de archivo de la causa penal vendrían a desvirtuar dicha calificación como obras “*no legalizables*”, toda vez que no se había interesado el previo dictamen de la autoridad autonómica competente en materia de patrimonio.

4.1.- La tesis central de la sentencia es que al estar incluido el calado-Bodega de la recurrente en el ámbito de un BIC se exige la previa autorización o informe de la autoridad autonómica de patrimonio histórico también en relación con la orden de ejecución de restauración de la legalidad urbanística.

NOVENO.- SOBRE EL SUBSUELO DE UN ESPACIO PÚBLICO y LA CUESTIÓN DEMANIAL COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE LA LEGALIZACION INTERESADA.

1.- La *bodega-calado*, de nueva planta, se ubica, parcialmente, en el subsuelo de un espacio de un espacio de dominio público municipal (*art. 79.3 Ley de Bases de Régimen Local y art. 3.1 el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio* (Reglamento de Bienes de las Entidades Locales).

1.1.- El suelo es de dominio público pero el subsuelo puede ser en determinadas ocasiones de propiedad privada, aun cuando esta cuestión es controvertida a la luz de lo dispuesto en el artículo 350 del CC

2.- Aun cuando la relación entre el suelo- dominio público- y el subsuelo – dominio privado- es controvertida, y podemos acoger algunas figuras de nuestro derecho hipotecario, el titular del suelo y el titular del subsuelo, más allá de doctrina sobre el “*calado*” del dominio público viario atendiendo a las nociones clásicas de la propiedad que llevaría a una *reductio ad absurdum*, en el sentido de entender que dado que el suelo es del dominio público el subsuelo también lo es, aun cuando el



vial haya adquirido esa condición, no infrecuente en el dominio local, con posterioridad al uso bodeguero, tesis adoptada por alguna jurisprudencia (*vide a.e.* STSJ PV- Sala de lo Contencioso administrativo 264/2014 de 9 de abril de 2014 ROJ: STSJ PV 1299/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:1299): o el hecho de que la titularidad alegada- que no es el caso- esté respaldada por la correspondiente inmatriculación en el Registro de la propiedad (*ex articula* 38 I, 1 III y 97 LH), que vincula a la Jurisdicción contencioso-administrativa a la hora de resolver una cuestión prejudicial relativa a la propiedad del suelo según ha señalado la doctrina hipotecarista más autorizada (ARNAIZ EGUREN *et alii*).

2.1.- Sin embargo en este caso, la causa de la denegación de la “*legalización*” de las obras clandestinas ejecutadas no deriva de un título dominical contradictorio ni del hecho de que la misma se encuentre dentro del BIC del *barrio de las Bodegas*, sino del hecho comprobado, como señalaremos *infra*, que la obra ejecutada por la actora sin título autorizador habilitante, **ha invadido el subsuelo de dominio público de un espacio libre de dominio público, tal y como se colige de la ficha cartográfica del calado 59 A, que obra al folio 14 del expediente administrativo**. Al menos de la superficie total del calado de 37 m², se encontraría debajo de la vía o espacio público unos 10'62 metros cuadrados.

3.- Por otra parte, conviene señalar que la Sentencia invocada del Juzgado número 2 de esta plaza, anula la orden de restauración por entender que la obra ejecutada sin licencia no era legalizable, y la causa de la nulidad no es otra que la omisión de un trámite que entendió preceptivo, cuál era el del informe del servicio competente de la CAR al emplazarse el inmueble de la actora en un BIC, en este caso del *Barrio de Bodegas* de la localidad de Villamediana de Iregua, también para informar sobre la orden de ejecución de disciplina urbanística conferida y determinar el carácter legalizable o no del calado construido de unos 37 m² de los cuales, unos 10'62 metros cuadrados se emplazan bajo un espacio público como es la vía pública.

3.1.- Y por tanto, más allá de que se comparta o no el criterio sostenido en la Sentencia invocada por ambas partes, la *restitutio in pristinum* a la que obliga la misma, no resuelve la cuestión de fondo sobre el carácter legalizable o no de las obras clandestinas ejecutadas por el recurrente, obras ejecutadas sin título



autorizatorio alguno, dado que exceden, con creces, de la licencia inicialmente otorgada al hogaño actor.

3.2.- En segundo lugar que la *ratio decidendi* del Auto del Juzgado de Instrucción por el que se sobresee la denuncia penal formulada por el Ministerio público, no vincula a este orden jurisdiccional, al ser una cuestión de orden jurídico que corresponde a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no al orden penal cuyo *dictum* se limita a la apreciación o no de si los ilícitos urbanísticos denunciados eran o no constitutivos del delito indicado.

3.3.- En tercer lugar por cuanto puede sostenerse que en este caso concurre una prejudicialidad administrativa como ha señalado la doctrina administrativista (BALBÉ Y PADRÓS, etc.).

3.4.- En cuarto lugar cabe señalar que la obra por la actora estaba sujeta a licencia según el artículo 192 de la LOTUR sin perjuicio que concurriera la causa de denegación de la misma, que ha sido reiterada por la doctrina legal, de que esa licencia – en este caso en relación con el proyecto de legalización de las obras clandestinas ejecutadas- pudiera denegarse por afectar al dominio público local, en este caso, al subsuelo del vial indicado en la calle Bodegas de Villamediana de Iregua.

3.4.1.- La cuestión relativa a la existencia y titularidad del subsuelo de un espacio público viario como es el que nos ocupa no es algo que pueda decidirse en el procedimiento de concesión de una licencia municipal o en un expediente de restauración de la legalidad urbanística, dado que como ya estableciera el artículo 12.1 del RSSCCLL de 1955, *se entenderá otorgada salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, pero el deber de los Ayuntamientos de proteger los bienes de dominio público municipal les autoriza a denegar licencias que según ellos lesionen aquellos bienes, en tanto no se resuelva va definitivamente sobre su titularidad.*

3.4.2.- Y como se ha señalado el artículo 2.2 del RDUR permite denegar licencias de obra –y consecuentemente denegar la legalización de obras ejecutadas sin título autorizante como las que nos ocupa- **cuando afecte a terrenos pertenecientes al dominio público, en este caso el subsuelo del espacio público.**



3.5.- La afección es clara y se produce, además, por reiterar la doctrina legal que conocen las partes en el subsuelo de un espacio público, del que hay una «constancia patente, clara e inequívoca de la titularidad pública», pues la licencia de obra no puede utilizarse para resolver un problema de propiedad sin perjuicio, no obstante que la decisión sobre la titularidad del subsuelo *sólo tiene efectos en el proceso en el que se adopte, sin vincular al orden jurisdiccional civil (art. 4.2 LJCA) y sin que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pueda resolver cuestiones relacionadas con la propiedad que, por no ser necesarias para resolver el recurso contencioso-administrativo, no constituyan cuestiones prejudiciales (STS cont. 3.6.1998, RA 4380).*

4.- En el caso enjuiciado los hechos determinantes del ilícito están acreditados y son claros.

4.1.- Según se recoge en el denominado Informe de la Inspección de Obras que se reflejan a los folios 10 y ss. del Tomo I del expediente administrativo remitido, que las obras clandestinas ejecutadas se *“ubican bajo espacio libre público”*.

4.2.- Según señala el informe del técnico, *“se ha podido comprobar en la cartografía del Barrio de Bodegas presentado en el Ayuntamiento el pasado mes de abril de 2015 que el calado de referencia viene numerado con el 59A. Según la documentación cartográfica digital y la ficha del calado correspondientes, la superficie total del calado asciende a 42’026 m2 encontrándose un total de 10’64 m2 bajo el suelo calificado por el PGM como espacio libre de uso viario y 31’386 m2 bajo el solar con la referencia catastral que se indica, “calificado como el uso bodega por el PGM”*.

4.2.1.- Añade el Informe de 20 de diciembre del Arquitecto Asesor municipal **Sr. PARDO CALDERÓN**, que *“la superficie situada bajo el espacio libre público viario corresponde al acceso del calado desde el semisótano de la edificación y se sitúa a 0’52 metros de profundidad respecto a la rasante de la calle. La superficie del calado es ligeramente inferior a la establecida en la documentación aportada con fecha 30 de mayo de 2013 en el Proyecto de legalización de calado existente y básico y de ejecución de obras necesarias para su consolidación estructural”*.

4.2.2.- Concluye señalando que *“se puede concluir que no sería posible la legalización de las obras de referencia ni de parte de las mismas ya que la superficie*



ubicada bajo el espacio libre público viario consiste en el único acceso al calado” (vide informe de 30 de diciembre de 2016 al folio 13 del expediente).

DECIMO.- No pueden acogerse, sobre la base de los hechos determinantes los motivos de impugnación alegados por la actora.

1.- No concurre la infracción del principio de legalidad, por la alegada concurrencia de un trato desigual y discriminatorio, dado que, como ha recalcado la representación de la demandada, la doctrina constitucional invocada ha reiterado, ex abundancia, que la igualdad no puede invocarse en la desigualdad.

1.1.- En efecto, las licencias municipales otorgadas por la corporación no guardan relación con la cuestión controvertida. No se deniega la licencia para realizar un *calado-bodega* en los límites de la propiedad de la actora, sino por cuanto la obra ejecutada de modo clandestino ha invadido en los términos indicados en el Informe que hemos transcrito parcialmente *supra*, el subsuelo de dominio público.

1.2.- En consecuencia, como ha señalado la doctrina constitucional *“En consecuencia, no existe vulneración del principio de igualdad, ya que el recurrente no aporta «un término adecuado de comparación a partir del cual pueda valorarse si, efectivamente, ha sufrido un trato desigual que pudiera comportar una vulneración de alcance constitucional» (STC 89/1998, de 21 de abril, FJ 7). El término de comparación invocado en la demanda no es idóneo, como exige nuestra doctrina (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 81/1997, de 22 de abril, FJ 2; y 194/1999, de 25 de octubre, FJ 3; entre otras muchas), ya que se pretende comparar hechos distintos, además de que este Tribunal ha declarado reiteradamente que no existe un derecho a la igualdad en la ilegalidad (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio, FJ 2; 62/1987, de 20 de mayo, FJ 5, 40/1989, de 16 de febrero, FJ 4, y 21/1992, de 14 de febrero, que analiza un supuesto muy similar al que nos ocupa) (STC 185/2000 de 10 de julio, Ponente. GARRIDO FALLA)*

UNDECIMO.- **1.-** No puede acogerse el segundo motivo alegado por la actora de la nulidad o anulabilidad de la resolución sancionadora impugnada, que amplía el motivo que hemos ordenado en el párrafo A) del cuerpo de esta Sentencia, y que se funda en la invocación del régimen de protección del BIC que exigiría en los



términos que hemos señalado anteriormente, el informe del servicio autonómico correspondiente dada la antigüedad del calado, por cuanto su verdadera antigüedad se sitúa en torno a los 30 años y su última ampliación era de 15 años.

2.- Y no puede acogerse por los motivos antes indicados, dado que la causa de la denegación de la legalización de las obras clandestinas ejecutadas, no deriva de la aplicación del régimen del BIC de las disposiciones autonómicas que hemos citado, sino que nace de la afección al dominio público y sin perjuicio, además, de la compatibilidad con las sanciones según previene el artículo 213 en relación con el artículo 218.1 de la LOTUR.

DUODECIMO.- SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.

No puede acogerse el instituto de la prescripción invocada por el recurrente. Los hechos determinantes para el cómputo del plazo de prescripción de una infracción como la que nos ocupa, dado el régimen de cómputo que establece el artículo 219.2 de la LOTUR, dado que, como se refleja en el expediente administrativo, cuando el hogaño actor interesa la legalización de lo construido clandestinamente es el 30 de mayo de 2013, fecha de entrada en el registro municipal, y el acuerdo de incoación del expediente disciplinario es de 27 de febrero de 2017.

DECIMOTERCERO.- SOBRE LA CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE DISCIPLINARIO Y DE LA AMPLIACIÓN

1.- No concurre el instituto de la caducidad del expediente disciplinario que fuere incoado por Resolución de la Alcaldía por ejecución de las obras sin licencia que se pusieron en conocimiento de la corporación al presentar el proyecto de legalización (*vide* folios 22 y ss. del expediente administrativo), y **que estuvo suspendido como consecuencia de la remisión del tanto de culpa al Ministerio Fiscal según señala el artículo 56 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.**



1.2.- Recoge el citado artículo 56 (*Infracciones constitutivas de delito*) de la LS de 2015- que es básica y especial en cuanto que afecta al procedimiento disciplinario sancionador que:

Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.

1.3.- El Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se incoa el expediente disciplinario es de 27 de febrero, y la suspensión por remisión al Ministerio Fiscal es de 6 de abril, y el levantamiento de la misma se produce, una vez se tiene conocimiento del Auto de archivo de las diligencias penales, el 25 de octubre de 2017, resolviéndose la ampliación del plazo del expediente disciplinario en sesión del 20 de noviembre de 2017. Procede, en consecuencia, desestimar ese motivo de impugnación.

2.- Por los motivos indicados, ha de decaer el consecuente motivo de impugnación relativo a la ampliación del plazo para la resolución acordada en sesión plenaria del 20 de noviembre de 2017, dado que concurren los presupuestos establecidos en el artículo 23.1 de la LPA de 2015 invocado, y acordó en consecuencia la ampliación del plazo en 3 meses

DECIMOCUARTO.- **1.-** Ha decaer el motivo de impugnación basado en el hecho de que tanto el arquitecto asesor del Ayuntamiento, quien emite los primeros informes que obran en las actuaciones como la instructora del expediente disciplinario no eran funcionarios públicos de carrera, sino que en el primer caso era un contratado (el Sr. PARDO CALDERÓN) y en el segundo una funcionaria pública.

1.1.- En el primer caso, en el arquitecto asesor el sr. PARDO CALDERÓN, está unido por una relación contractual de gestión de servicios, y los efectos de su condición de “*no funcionario público*” se refleja en la inaplicación de lo dispuesto en el apartado 1 y 2 del artículo 226 de la LOTUR.

2.- Ha de señalarse, con carácter previo, que en el ordenamiento jurídico del hogaño Reino de España solo son susceptibles de ser gestionados de forma



indirecta, transfiriendo funciones de la titularidad originaria de la entidad concedente a quienes no se encuentran integrados en la propia organización administrativa, si tales funciones o servicios no entrañan ejercicio de autoridad, pues estas son siempre inherentes al propio ejercicio de potestades administrativas intransferibles y por ende no se puede acudir a una cierta o limitada *traslatio imperii ex contractu*.

2.1.- La cuestión, por tanto, no es invocar la doctrina tradicional sobre las funciones de autoridad y las funciones de mera prestación que han inundado la doctrina administrativista desde los iuspublicistas alemanes y franceses en el siglo XIX y XX aplicado al caso concreto sobre el carácter de función pública de la actividad de inspección o de comprobación urbanística como causa específica de nulidad que invoca la representación de la actora.

3.- Así se colige, en el régimen jurídico local, de lo prevenido en el artículo 85.3 de la LBRL que proscribía expresamente la prestación por gestión indirecta ni mediante sociedad este género de servicios. Proscripción que se reproduce en el artículo 95.1 del TR 781/86 de 18 de abril así como el todavía vigente artículo 43 y 69 del RSCCLL que establecía que "*serán atendidas necesariamente por gestión directa las funciones que impliquen ejercicio de autoridad*".

3.1 En el ámbito contractual el artículo 301 de la LCSP lo establece al declarar que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (y el derogado artículo 155.3 del TR LC con una redacción pareja en lo sustancial).

3.2.- Es decir, que la Administración podrá gestionar indirectamente mediante contrato los servicios de su competencia siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación en régimen de tercería empresarial, si bien en ningún caso podrá prestarse por gestión indirecta aquellos servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

3.3.- Por otra parte se ha ido extendiendo todo una panoplia de contratos de asistencia técnica en la gestión de servicios que, en determinados casos, conllevan el ejercicio de autoridad, en lo que la doctrina administrativista calificó como la *Administración invisible* (PADROS REIG), en diversos sectores (ITV, entidades de certificación, colaboradoras de la inspección ambiental, etc. y también en funciones tributarias).



3.4.- En el caso enjuiciado el arquitecto contratado no ejerce las funciones públicas que le atribuye la actora sino que sus funciones se limitan, como ha señalado la doctrina a las actuaciones meramente preparatorias, de comprobación, toma de datos, prueba de hechos o circunstancias con trascendencia urbanística que pueden ser realizadas por personal no funcionario, y por ende, puedan ser objeto de un contrato de asistencia técnica – según el *nomen iuris* tradicional- o de servicios, cuestión distinta es la aplicación de determinadas reglas de valoración de la prueba de un ilícito urbanístico sustentada en el informe realizado por un arquitecto y su condición de funcionario o no funcionario según lo establecido en la legislación de procedimiento administrativo.

3.4.1.- Los informes emitidos por el Sr. CALDERÓN no suponen ejercicio de funciones públicas, sino que se limita a labores de auxilio adjetivo o material en las funciones de disciplina urbanística y sin que las labores o tareas descritas ni en su objeto ni en determinadas prestaciones alteran la prohibición de la *traslatio ex contractu* de funciones que llevan aparejada el ejercicio de autoridad.

3.5.- En efecto, ninguna de las facultades o prestaciones derivadas del contrato de asistencia técnica que se plasman en el expediente disciplinario constituyen o suponen una actividad reservada al ejercicio de la autoridad de un funcionario público sino que son auxiliares o instrumentales en cuanto aportan hechos y datos, sin que esa función esté reservada a una actividad **de imperium** (STS, del 8 de octubre de 2013 (ROJ: STS 4915/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4915) Recurso: 5847/2011 | Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ), y sin que suponga el ejercicio de funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas, que son las que se reserva en exclusiva a los funcionarios públicos.

3.6.- En efecto, las labores o prestaciones contractuales constituyen un supuesto de *traslatio ex contractu* de funciones que suponen el ejercicio de autoridad.

4.- La misma suerte ha de correr el motivo de impugnación referido a la condición de funcionaria interina de la instructora, con la mera remisión al régimen



jurídico de los mismos establecidos en el artículo 9 y concordantes EBEP en relación con el artículo 92.3 de la LRBRL.

5.- Dado que la actora, además, ha invocado la SJCA del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2, esta establece en su FJ Segundo, bajo el rubro “*sobre las actas de inspección*”, lo siguiente:

Considera el recurrente que debe estimarse el recurso porque las actas que obran en el Expediente administrativo no están suscritos por funcionario público, Arquitecto con plaza en propiedad en el Ayuntamiento de Villamediana. Este motivo no puede acogerse, pues las funciones de asistencia en el ámbito urbanístico, en una gran mayoría de Ayuntamientos se cubren, mediante contratos de asistencia técnica como es el caso del Ayuntamiento de Villamediana, sin perjuicio de que como señaló la defensa de la administración, se hayan adoptado las medidas para cubrir el puesto con funcionario interino. Dichos contratos se encuentran previstos en el art 10 TRLCSP 3/2011 y más específicamente en el Anexo II, categoría 12. La decisión recurrida se adopta con base en los informes elaborados por el técnico asesor, Arquitecto, del Ayuntamiento de Villamediana, vinculado contractualmente con la Administración. Dispone la Ley 30/92, aplicable por razones temporales al presente caso, que “a los efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para resolver citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos “y salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes. LA Resolución recurrida se dicta por el Alcalde, con base en los informes emitidos por el Sr. Pardo Calderón, los cuales pueden ser contradichos por el actor mediante la articulación de otra/s pruebas técnicas que permitan contrastar pareceres. Dado que los informes emitidos por el técnico, son tan sólo eso, informes, no se aprecia incompetencia para su emisión, pudiendo ser cuestionados por el recurrente si considera que los mismos no se ajustan a la realidad. El hecho de que el Ayuntamiento de Villamediana no tenga en plantilla un Arquitecto no priva de validez a los informes emitidos en el seno del Expediente administrativo, por quien de forma legal, ha sido contratado para la prestación de servicios urbanísticos ni convierte a la Resolución de Alcaldía (que recoge las conclusiones del técnico) en una resolución contraria derecho , por la razón esgrimida

DECIMOQUINTO.- 1.- No puede acogerse el motivo de nulidad fundado en la anulación por la precitada SJCA 34/2018 de 19 de febrero del expediente de restauración de la legalidad urbanística.

2.- En efecto, soterra la actora el hecho de que una cuestión es la anulación por motivos formales de la resolución por la que se resuelve el expediente de restauración de la legalidad urbanística por el precitado fallo judicial y otra cuestión distinta es la sanción por la comisión de una infracción urbanística acreditada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 en relación con el artículo 218.2 de la LOTUR.

DECIMOSEXTO.- 1.- No puede acogerse el motivo de impugnación fundado en la argumentación desarrollada por las alegaciones al dictamen formuladas por un grupo municipal en la sesión plenaria.



2.- En efecto, está acreditado en el Informe técnico municipal que el actor ha ejecutado unas obras de reforma y ampliación de un calado que invade el subsuelo de un vial público, que es un espacio público.

2.1.- Como ha señalado la SJCA invocada:

En el complejo examen que requiere la situación que se plante en el presente recurso, conviene sentar algunas bases. Y así, no puede discutirse que el subsuelo de la calle sí constituye un espacio libre público en el sentido que le otorga el Ayuntamiento y que consta en los informes del técnico Sr. Pardo. Dicha conclusión se desprende sin duda del propio artículo 212 LOTUR cuando alude a la utilización del suelo y del SUBSUELO en terrenos calificados como sistemas generales, zonas verdes ESPACIOS LIBRES o suelo no urbanizable de especial protección. Y así se ha reconocido en la jurisprudencia al tratar, entre otros casos, los supuestos de construcción aparcamientos subterráneos. En este sentido puede verse la Sentencia del TSJ Valencia nº 148/2014 de 19 de febrero JUR 2015/121613, STSJ de Cataluña 817/2002 de 30 de octubre RJCA 2003/430 y STSJ de Galicia 264/2008 de 3 de abril JUR 2009/11433. Por lo tanto, siendo esto así, resultaría que cualquier obra (también el calado del actor) bajo el suelo, como espacio libre público, sería una obra ilegalizable y no sometida a plazo de prescripción alguno.

3.- Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de impugnación.

DECIMOSEPTIMO.- 1.- Invoca la actora la infracción del principio de proporcionalidad.

1.1.- Como ha señalado la doctrina legal, el TS *ha considerado que el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, lo que significa que las sanciones deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa aplicable. La Administración, a través de un proceso reglado que puede ser controlado por los Tribunales, debe averiguar cuál es la sanción que debe imponer en cada caso. Se trata de buscar la sanción justa y proporcionada a la infracción cometida, lo que comporta que en el supuesto de que, como consecuencia de dicha búsqueda reglada, llegue a la conclusión de imponer una determinada sanción, deba expresar las circunstancias que ha tenido en cuenta para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales, teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, es admisible la motivación "in allunde", pues señala la Jurisprudencia que resultaría en exceso formalista despreciar la motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.* (STSJ, del 14 de marzo de 2019 (ROJ: STSJ MU 510/2019 - ECLI:ES:TSJMU:2019:510).)



1.2.- Procede, en consecuencia, analizar los criterios de graduación acogidos en la resolución dado que se han aplicado tanto los específicos de la LOTUR como los previstos con carácter general en la LRSP de 2015

2.- Según se ha señalado el ilícito urbanístico acreditado se tipifica en el artículo 218.2 de la LOTUR.

2.1.- La sanción prevista para una infracción muy grave según el apartado c) del artículo 221 de la LOTUR es desde una multa de 30.000 euros un céntimo de euro hasta 300.000 euros, por lo que la demandada entiende que se encuentra en tramo inferior.

3.- La resolución impugnada dedica su apartado sexto a la graduación de la sanción. Señala en su fundamentación que no se *“dan las circunstancias agravantes o atenuantes previstas por la ley”* (vide folio 983, Tomo IV), y añade que tampoco son aplicables los previstos en el artículo 55 del RDU de 1978, por lo que concluye que *“no corresponde imponer la sanción ni en su cuantía máxima ni en su cuantía mínima, esto es, la sanción debe situarse en una cuantía entre 30.000’02 y 299’999’99 euros.*

3.1.- Invoca la resolución el principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones previstas en la LOTUR según los criterios establecidos en el artículo 221.2 de la LOTUR y 29.3 de la LPA de 2015. La resolución establece un análisis de la concurrencia de los seis criterios establecidos en la norma invocada para graduar la sanción (*gravedad, reiteración, grado de culpabilidad, naturaleza de los perjuicios causados, la reincidencia*), y divide los tramos de la sanción por cada uno de los seis criterios de graduación, de modo que suma a cada criterio que entiende que ha de apreciarse se le asigna un peso proporcional en la sanción de 44.999’99 euros

3.2.- Señala la resolución combatida que la gravedad forma parte de la tipificación de la infracción por lo que no pueden volver a ser ponderados y tenidos en cuenta para graduar la infracción.

3.3.- En relación con la entidad económica de los hechos constitutivos de la infracción, la resolución establece una nueva graduación en otros cinco niveles (muy baja, baja, media, alta y muy alta) dividiendo el peso económica de la sanción que



corresponde a ese criterio, por cinco niveles. Y atiende según la subdivisión que efectúa sobre la base del valor económico de las actuaciones realizadas que son objeto de la infracción en 6.064'00 euros de conformidad con el informe técnico de 23 de noviembre de 2017, por lo que al tratarse de una entidad económica baja correspondía ponderar ese criterio en 17.999'99 euros.

3.4.- Descarta la resolución la concurrencia de la reiteración exigida en el artículo 221.2 de la LOTUR.

3.5.- La resolución impugnada señala que en relación con el grado de culpabilidad de cada uno de los infractores del artículo 221.2 de la LOTUR o la existencia de intencionalidad del artículo 29.3 a) de LPA de 2015, debe señalarse que en los hechos objeto del presente, a juicio de la instrucción y de la resolución sancionadora combatida *“aprecia la intencionalidad”*.

3.5.1.- Según la resolución la intencionalidad se aprecia en el hecho de que se realizaron las obras bajo otra licencia concedida para la construcción de un baño en la lonja de la calle Bodegas 84, lo que acredita su *“conocimiento de la necesidad de obtener un título habilitante, en este caso la licencia para la ejecución de las obras”*, sin embargo cuando realiza las obras no amparadas por licencia no solicita una nueva licencia, *“a sabiendas de la imposibilidad de obtenerla por ser las obras contrarias al ordenamiento urbanístico”*, sin que ello exija un conocimiento profundo de derecho urbanístico y puede presuponerse dada la condición edilicia del recurrente desde el año 2011, extremo por el que aplica la sanción de 44.999'99 euros según el criterio de imputación indicado.

3.5.2.- Sostiene la resolución que no concurre la circunstancia de los daños y perjuicios por estar integrada en el tipo del ilícito aplicado, y descarta también la reincidencia.

4.- Concluye señalando la resolución combatida que la infracción urbanística no ha supuesto un beneficio económico para el infractor, extremo que queda cumplido dado que *“sanción propuesta supera la suma de la sanción impuesta y del coste de las actuaciones de restauración del orden urbanístico superan al beneficio económico, ambas cifras calculadas en el informe técnico de 23 de noviembre de 2011”*, por lo que se impone la suma de 92.999'99 euros.



5.- Como queda indicado, de los hechos determinantes obrantes en el expediente se colige que el actor ejecutó obras que excedían de la licencia previamente interesada, cuya finalidad era bien limitada, la construcción de un baño en la lonja de la calle Bodegas 84. Empero las obras realmente ejecutadas sin título habilitante, y según la descripción del *Proyecto de legalización* que presentó, consistieron en el picado y la excavación en planta de aproximadamente 39'37 m2 de superficie útil y en volumen de unos 92 m3,.

5.1.- Según consta en las actuaciones, conforme a la documentación cartográfica adjunta al informe técnico municipal, de la superficie útil total, 0'37 m2 se encuentran bajo la edificación de la calle Bodegas 94, 10'62 metros cuadrados (*grafados en naranja*) se encuentran bajo el espacio libre viario y os 28'38 m2 restantes (*grafados en color gris*) se ubican bajo la parcela con referencia catastral que se indica, con dirección Monte *San Cristóbal*.

5.1.1.- Que la ejecución de las obras de referencia, según el proyecto de legalización, asciende a la suma de 6064 euros y que la valoración del relleno del calado ascendería en su conjunto, según la resolución, a la suma de 7.024'29 euros.

6.- La resolución impugnada por tanto, aplica en la graduación de la sanción urbanística no solo los criterios establecidos en el artículo 221.2 de la LOTUR sino que acude a los establecidos en la legislación básica del estado, en el artículo 29.3 de la LRSP de 2015, de modo acumulativo.

6.1.- De hecho al apreciar la intencionalidad prevista en el apartado a) del número 3 del artículo 29 de la LRJSP de 2015 aplica el "*monto*" económico calculado por tramos en los términos que establece la resolución impugnada y a los que nos hemos referido anteriormente.

6.1.- Empero la intencionalidad de la conducta del recurrente se funda, según la resolución y a los efectos y con la finalidad indicada en los siguientes hechos a) que había realizado las obras en el "*marco de una licencia concedida*" para la construcción de un baño en la lonja de la calle Bodegas 84, lo que acredita su conocimiento de obtener un título habilitante; b) que ejecuta obras no amparadas por la licencia concedida; c) que el actor ha sido concejal del Ayuntamiento de Villamediana de Iregua desde el año 2011; b) que la representante de su grupo municipal, "*denunció la posibilidad de que podrían haberse realizado obras sin*



adaptarse a las licencias concedidas en diversas fincas catastrales; c) lo que prueba la intencionalidad del actor de cometer la infracción objeto del presente expediente sancionador, por lo que se aplica la suma de 44.499'99 euros.

6.2.- Sin embargo, más allá de la aplicación de los criterios de graduación establecidos en la LRSP de 2015, amén de los propios de la LOTUR, la argumentación sobre la intencionalidad, que hemos compendiado sucintamente, y de los datos que se desprenden del expediente de restauración de la legalidad urbanística, que dio lugar a la presentación del proyecto de legalización de las obras ejecutadas redactado por el técnico indicado, no parece colegirse ese necesario nexo entre la intencionalidad y los hechos que configuran en este caso el criterio de graduación.

7.- Empero la cuestión es además de otro tenor. Los criterios de graduación de las infracciones son los que establece la legislación urbanística autonómica en el artículo 221 de la LOTUR, sin que precise su *heterointegración* con la LRSP de 2015, según se colige, además, de la reciente doctrina constitucional (STC 55/2018 de 24 de mayo).

7.1.- Según señalamos la norma autonómica especial es la que establece los criterios de graduación: a) gravedad de la materia; b) la entidad económica de los hechos constitutivos de la infracción; c) a su reiteración por parte de la persona responsable y d) al grado de culpabilidad de cada uno de los infractores.

7.2.- Empero la resolución combatida aplica, además, como criterios de graduación los establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP de 2015, el “*de la intencionalidad*” del infractor, ajeno a los criterios de la LOTUR y que no se corresponde plenamente con el concepto de culpabilidad, que como señala la STC 43/2018, de 26 de abril de 2018, se refiere más propiamente a la determinación de la autoría y participación previo el correspondiente procedimiento contradictorio, al objeto de confirmar que los indicios legales que hubieran sido inicialmente tomados en consideración por la Administración para estimar que la obra sin licencia ejecutada o los datos obtenidos tras la labor inspectora de la Administración son o no ciertos.

2.1.- Aun cuando como señala la STC 186/2016, de 3 de noviembre de 2016



El carácter de condiciones básicas de los criterios para la graduación de las sanciones ha sido declarado en diversas ocasiones por este Tribunal [SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 102/1995, de 26 de junio, FJ 32, y 124/2003, de 19 de junio, FJ 8 a)], dada su vinculación a las exigencias derivadas del art. 149.1.1 CE, que apoderan al Estado para fijar unos principios que eviten divergencias irrazonables o desproporcionadas entre las distintas regulaciones autonómicas. En aplicación de dicha doctrina, este precepto regula un esquema básico respecto a los criterios de graduación de las sanciones al que ha de atenerse el ejercicio de la potestad sancionadora de las Comunidades Autónomas, y que debe ser de aplicación en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de que la legislación sancionadora que pueda establecer cada Comunidad Autónoma module tipos y sanciones en el marco de dicha norma estatal.

3.- En el caso enjuiciado por tanto, ha estimarse parcialmente el recurso por entender que en la graduación de la sanción impuesta que asciende a la suma indicada no se ajusta al principio de proporcionalidad y se heterointegra con los criterios del artículo 293 de la LRSJ de 2015 que completan los expresamente establecidos de la norma tipificante aplicable que no es otra que la del artículo 222.2 de la LOTUR (*vide* STC 149/1991 de 4 de julio). Sin perjuicio de entender, atendiendo a los criterios invocados y al hecho de que en ningún caso la infracción urbanística pueda suponer un beneficio económico para el infractor (art.221.4 de la LOTUR), pero tampoco el *quantum* de la sanción impuesta, de 92.999'99 euros, pueda devenir en materialmente confiscatoria de la propiedad del recurrente.

3.1.- La condición edilicia del actor nada añade, en el ámbito de la responsabilidad sancionadora aun cuando si en el ámbito de la responsabilidad política o pública por su condición de cargo representativo de la entidad demandada en el momento de producirse los hechos.

4.- Por tanto, ha de fijarse la sanción por el importe de 30.000 euros y un céntimo de euro, al que ha de sumarse el criterio de graduación aplicado de tratarse de una actuación en el subsuelo del espacio público limitado a la zona en la que se produce la inmisión según la ficha cartográfica, por lo que se acoge la ponderación que efectúa la resolución combatida de sumar 17.999'99 euros por el motivo indicado que ha de añadirse a la multa mínima de 30.000 euros con un céntimo de euro, lo que arroja la suma (s.e.ú,o) de 47091'09 euros.

DECIMOCTAVO.- Concurren las circunstancias para la no imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

En atención a lo expuesto:



FALLO:

PRIMERO .- Que debo estimar parcialmente el recurso.

SEGUNDO.- Que debo declarar y declaro no ser conforme a derecho y anulamos parcialmente la resolución recurrida, únicamente en lo relativo al quantum de la sanción que se impone al recurrente como autor de una infracción del 218.2 de la LOTUR que fijamos en la cantidad de 47091'09 euros.

TERCERO.- Que debo desestimar y desestimo la demanda en cuanto al resto de las pretensiones formuladas.

CUARTO.- Sin costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de apelación en el plazo de **QUINCE DÍAS**, a contar desde el siguiente a su notificación, ante este órgano judicial.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse un depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER, Cuenta nº 2247.0000.93.0091.18, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación recurso seguida del Código "-- Contencioso-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "-- contencioso-apelación".

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

