

Aplicación retroactiva del nuevo régimen más favorable sobrevenido en fase posterior a la de comisión de la infracción.

Sentencia el Juzgado de lo contencioso administrativo de Ourense, de 29 de noviembre de 2016 (Ref. Roj: SJCA 1725/2016 - ECLI:ES:JCA:2016:1725)

Antecedente normativo

Cita:

-Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

1. Planteamiento

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público incorpora, en su título Preliminar, capítulo III, los principios relativos al ejercicio de la potestad sancionadora; así, recoge el principio de legalidad, el de irretroactividad, de tipicidad, de responsabilidad y de proporcionalidad. Además, establece la regla general de prescripción de infracciones y sanciones y prevé la concurrencia de sanciones.

Entre los principios de la potestad sancionadora interesa detenernos en la regulación de los principios de irretroactividad y de proporcionalidad, respecto de los que la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, ha introducido algunas novedades y que han sido aplicadas en la sentencia que traemos a estas líneas.

Así, el artículo 26 de la Ley citada, tras reconocer que sólo se aplicarán las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos constitutivos de infracción administrativa, dice, en su apartado 2 lo siguiente:

“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.”

Con esta redacción, la Ley concreta los aspectos sobre los que se aplicará la irretroactividad, tanto en lo referido a la tipificación, como a la sanción y a sus plazos de prescripción, alcanza incluso a las sanciones pendientes de cumplimiento, es decir, en ejecución, al entrar en vigor la nueva disposición. Se recoge en la regulación una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que aplica al procedimiento sancionador administrativo un principio del proceso penal, según la cual impuesta una sanción, si la nueva regulación cambia la tipificación de la infracción cometida por el presunto infractor o infractor, en sentido favorable, esta nueva regulación es la que ha de aplicarse.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley, se refiere al principio de proporcionalidad y, tras recoger los de forma no exhaustiva, los criterios para la

graduación de la sanción, permite la aplicación de circunstancias atenuantes, así el apartado 4 del artículo 29 citado dice:

“Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior.”

Estas novedades, como se ha indicado, han sido aplicadas por el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ourense en la sentencia de 29 de noviembre de 2016, que resuelve un recurso contencioso administrativo interpuesto con la pretensión de que se anulara una sanción urbanística impuesta por la realización de una edificación para uso residencial sin licencia y en un suelo rústico de protección ordinaria. La Administración competente, además de la orden de demolición incoó el correspondiente procedimiento sancionador.

Los recurrentes, que tuvieron conocimiento de la sanción al recibir las diligencias de embargo de sus bienes dictadas por la administración tributaria, esto es dos años después de que se hubiera impuesto la sanción, consideran que la Administración había incurrido en un error patente y que concurrían todos los requisitos para la revocación y la revisión de oficio en los artículos 105.1, 102 y 62.1.a) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al calificar la infracción como muy grave cuando todo lo más sería grave, con infracción de los principios constitucionales de legalidad, tipicidad, igualdad y proporcionalidad.

Ante la desestimación presunta de su solicitud de revocación de la resolución administrativa que les impuso una sanción urbanística, interpusieron recurso contencioso administrativo, en el que además de reiterar los motivos para la revocación y revisión de oficio de los actos dictados, alegan la aplicación retroactiva del régimen más favorable al haber resultado, el suelo sobre el que se erige la construcción, objeto de reclasificación al pasar de rústico a núcleo rural

Los recurrentes alegan, además de la escasa entidad de la obra realizada, que ésta se ejecutó sobre una zona que reúne los requisitos reglados del suelo de núcleo rural, asentamiento de población individualizado y diferenciado, con un porcentaje de consolidación edificatoria del 33%, dotada de los correspondientes servicios urbanísticos y sobre la que, recientemente, se había aprobado una modificación puntual del planeamiento general que reclasificaba el suelo afectado como de núcleo rural.

Por su parte, la Administración afirma que no existe causa alguna para la revisión de oficio de la sanción y que, al margen de ello, ya se ha dictado una orden de demolición confirmada judicialmente y, finalmente, que *“para la imputación y graduación de la sanción ha de aplicarse el régimen urbanístico vigente en el concreto momento de comisión de la infracción.”*

2. Consideraciones del Juzgado de lo contencioso administrativo

El Juzgado, en sus consideraciones se detiene, en primer lugar, en la clasificación del suelo (a), en segundo lugar, en el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística (b), en tercer lugar, en el carácter firme y consentido de la sanción (c) y, en cuarto lugar, en el principio de proporcionalidad (d).

a) *Sobre la clasificación urbanística del suelo*

Sobre la clasificación urbanística del suelo recuerda que ésta es una función que corresponde exclusivamente al planeamiento general.

En el caso planteado, al margen de que el terreno sobre el que se edificó, por causas sobrevenidas, reúna las características fácticas propias del suelo urbano o de núcleo rural, en tanto el planeamiento general mantenga vigente la clasificación de suelo rústico, este es el régimen urbanístico aplicable; de ahí que la resolución de la Administración que ordenó la demolición era correcta.

La reclasificación posterior no provocó la nulidad sobrevenida de la orden de derribo aunque afectara de forma sustancial a su eficacia y ejecutividad. En este sentido, recuerda lo que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia declaró en su sentencia de 16 de octubre de 2014, al afirmar:

“Lo que ocurre es que la Administración que los dictó [...] no puede ejecutarlos porque ha desaparecido la circunstancia que le atribuía competencia para ello, cual es la clasificación del suelo como rústico. Por eso es correcto que no ejecute sus resoluciones y remita lo actuado a la Administración municipal, que la que tiene competencia respecto a las edificaciones realizadas en suelo de núcleo rural, no para que lleve a efecto las demoliciones acordadas, sino para que compruebe su ajuste a la normativa urbanística que rige en suelo de núcleo rural; comprobación que podrá concluir que sí se da esa correspondencia entre construcción y normativa, y que al contar ya con licencia municipal no hay que adoptar medida alguna de reposición de la legalidad urbanística. Por ello el recurso de apelación tiene que ser estimado, revocada la sentencia de primera instancia y desestimado el recurso contencioso-administrativo”.

b) *Sobre el procedimiento de restauración urbanística*

La sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo recoge la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (Sala tercera) que declara aplicable al procedimiento administrativo sancionador un principio del proceso penal, que ha sido positivizada en el artículo 26.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, así dice:

“La aplicación retroactiva del nuevo régimen más favorable sobrevenido en fase posterior a la de comisión de la infracción, e incluso posterior a la de imposición de la pena, mientras ésta no haya sido íntegramente cumplida. (ad. ex. S TS de 17 de abril de 2008 -casación 4209/2002-).”

Si después de la fecha de la adopción de la resolución sancionadora se ha producido un cambio sustancial en el régimen urbanístico aplicable, de forma tal que la infracción de ser muy grave pasó a ser grave, ésta es la graduación que ha de tenerse en cuenta para determinar la sanción.

c) *Sobre el carácter firme y consentido de la resolución sancionadora*

Dos razones esgrime el juzgado para negar esta alegación; la primera razón es que la sanción no se ha ejecutado y se ha producido un cambio significativo en el régimen aplicable más beneficioso para el infractor, por lo que la solicitud de aplicación retroactiva era correcta.

La segunda razón es la demora en la notificación de la resolución sancionadora contra la que se formuló la correspondiente reclamación a los pocos días de su recepción real.

d) Sobre el principio de proporcionalidad

Se aprecia en la sentencia, además de la concurrencia de causas atenuantes y ninguna agravante, la escasa entidad de la construcción realizada, el valor de la construcción y el estado de precariedad económica de los recurrentes, además de valor el escaso del daño causado al bien jurídico protegido, en especial, una vez reclasificado urbanísticamente el terreno para calificar de desproporcionada la sanción impuesta. En consecuencia, rebaja la sanción a su grado mínimo.

3. Conclusiones del Juzgado de lo contencioso administrativo

El Juzgado de lo contencioso administrativo estima parcialmente el recurso contencioso administrativo y aplica, para rebajar la sanción tanto el principio de irretroactividad como el de proporcionalidad, según la regulación contenida en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.