



CERTIFICAT

Secretari en substitució Joan Mascort Nogue

CERTIFICO: Que en el recurs contenciós administratiu número 109/2013 s'ha dictat la resolució que literalment diu el següent:

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3

GIRONA

Recurso núm.:109/13

SENTENCIA Nº 304 / 2015

En Girona a 14 de Julio de 2015

Dña ANA SUAREZ BLAVIA , Magistrada Juez del Juzgado del Contencioso Administrativo nº 3 de la provincia de Girona , he visto el recurso promovido por ANA REMEDIO MARTIN CAÑADAS, DAVID OLIVERAS SALA, LAURA AIGUAVIVA CARRERAS, JOSEP SABALLS BALMAÑA , CARLES MOTAS PEREZ , JOSEFINA COSP IGLESIAS representados por la Procuradora Sra Sirvent y asistidos por el Letrado Sr López de Lerma, CLUB NAUTICO DE SANT FELIU DE GUIXOLS representado por el Procurador Sr Garcés y asistido por la Letrada De Paz Soto contra el AYUNTAMIENTO DE SANT FELIU DE GUIXOLS representado y asistido por el Letrado Sr Pérez Moratones

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de Marzo de 2013 tuvo entrada en este Juzgado el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto de la Alcaldía de 27 de Febrero de 2013 por el que se resolvía el procedimiento de la realidad física alterada incoado al Club Náutico y el acuerdo de 28 de Febrero de 2013 por el que se incoa un procedimiento sancionador . Tras la admisión a trámite





se requirió a la administración demandada a fin de que aportara el expediente administrativo y una vez aportado se dio traslado a la actora para que dedujera demanda lo que así hizo el día 23 de Octubre de 2013 en la cual tras el relato de los hechos y la fundamentación jurídica solicitaba que se dictara sentencia estimando el recurso y se anularan las resoluciones recurridas

SEGUNDO- En fecha de 4 de Diciembre de 2013 la representación del Ayuntamiento de San Feliu de Guixols contestó la demanda y tras fundamentarla solicitó se desestimara integralmente el recurso .

El día 4 de Julio de 2013 tuvo entrada ante el Juzgado nº 2 recurso contencioso a instancias del Club Náutico de San Feliu contra el Acuerdo de 25 de Abril de 2013 por el que se desestimaba el recurso interpuesto contra el acuerdo del Pleno Municipal de 28 de Febrero de 2013 referente al expediente sancionador .

Tras la admisión a trámite se requirió a la administración demandada a fin de que aportara el expediente administrativo y una vez aportado se dio traslado a la actora para que dedujera demanda lo que así hizo el día 5 de Noviembre de 2013 en la cual tras el relato de los hechos y la fundamentación jurídica solicitaba que se dictara sentencia estimando el recurso declarando la nulidad de las actuaciones impugnadas y el derecho de su mandante a la legalización y se anularan las resoluciones recurridas

En fecha de 18 de Diciembre de 2013 la representación del Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols contestó la demanda y tras fundamentarla solicitó se desestimara integralmente el recurso

Acordada la acumulación de ambos recursos

TERCERO.- Acordada la acumulación de ambos recursos ,mediante Decreto de 24 de Octubre de 2014 se fijó la cuantía del recurso en indeterminada a la vez que se acordaba recibir el procedimiento a prueba , practicada la propuesta y declarada pertinente se dio traslado a las partes para conclusiones y evacuado el traslado conferido quedaron los autos vistos para sentencia .





CUARTO.- En la tramitación de éste procedimiento no se han observado todos los trámites legales que le son de aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso es la Resolución del Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols por la que se resuelven las alegaciones presentadas por los interesados al Decreto de 2 de Octubre de 2012 ; Califica de manifiestamente ilegalizables las obras y usos realizados por la entidad Club Nautico de Sant Feliu de Guixols sin ajustarse a la licencia otorgada para la construcción de un edificio destinado a servicios de dársena deportiva en el puerto de Sant Feliu de Guixols , excepto el referido a la ampliación de la puerta inicialmente previsto en el espacio destinado a forjado ; Prohibir los usos y actividades contradictorias con el carácter de forjado sanitario del espacio situado entre la planta baja y la planta piso del edificio destinado a servicios de dársena deportiva en el puerto de Sant Feliu de Guixols ; Incoar expediente de modificación de datos catastrales actuales del edificio destinado a servicios de dársena deportiva en el puerto de Sant Feliu de Guixols al objeto de que estos se adecuen a las superficies y usos que figuran en el informe de los servicios técnicos de 26 de Noviembre de 2012 ; Declarar que con la prohibición de usos y actividades acordadas, con la incoación del expediente de modificación de datos catastrales acordado en el punto cuarto , y con las actuaciones realizadas por el Club Nautico Sant Feliu de Guixols en base a la documentación presentada el 18 de Febrero de 2013 que consta en el expediente se considerara totalmente restaurada la realidad física y jurídica alterada

Esta resolución genera una impugnación bicéfala : El recurso interpuesto por los Sres Ana Remedios Martín Cañadas , David Oliveras Sala, Laura Aiguaviva Carreras, Josep Sabals Balmaña, Carlos Motas López y Josefina Cosp Iglesias





en ejercicio de la acción pública urbanística con fundamento a la vulneración del principio de legalidad - según sostienen -porque el Decreto de la Alcaldía infringe el deber de ordenar el derribo de lo construido sin licencia urbanística que se declara como manifiestamente ilegalizable y en su lugar no se dice que este obligado derribo puede sustituirse por prohibir los usos manteniendo la construcción ilegal llevada a cabo ; igual vulneración de las determinaciones establecidas en el POUM dado que lo realmente construido supera con creces el parámetro de edificabilidad impuesto por el Plan Especial del Puerto de Sant Feliu alterando la edificabilidad prevista en el POUM ; infringía el principio de desarrollo urbanístico sostenible y el principio de función pública de Urbanismo por haber permitido la construcción de 264,50 metros y la aparición de una nueva planta ; se habían infringido los artículos 187,205 y 206 del Decreto Legislativo 1/2010 en tanto que actual edificio del Club Nautico carece de licencia de legalización , todo ello se había ejecutado con fraude de Ley con desvío de poder de ahí que consideraban que existían suficientes motivos para declarar la nulidad del Decreto recurrido y se ordenara el derribo de las obras realizadas sin licencia urbanística excediendo los metros cuadrados de techo sostenible y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

El segundo recurso objeto de análisis es el interpuesto por la representación del Club Nautico de San Feliu que se siguió ante el Juzgado nº 2 de igual clase y partido judicial y que fue objeto de acumulación al anterior recurso dirigido contra el Acuerdo de 28 de Febrero de 2013 en el que se desestiman las alegaciones presentadas en el expediente sancionador declarando al Club Nautico como responsable de una infracción urbanística muy grave prevista y tipificada en el artículo 205 c) del Decreto 1/2005 y una infracción urbanística grave tipificada en el artículo 206.b) acordando la imposición de una sanción de 50.000 euros aplicando el 80% de reducción atendiendo a que se había





procedido a la restauración voluntaria de la realidad física y jurídica alterada por las obras que dieron lugar al expediente sancionador aduciendo sustancialmente ausencia de responsabilidad . A su vez la misma parte interpuso recurso contra el Acuerdo de 15 de Marzo de 2011 por el que se desestimaba el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de Diciembre de 2010 que deniega la legalización de las modificaciones introducidas durante la construcción del Edificio de Servicios de la Dársena Deportiva del Puerto de San Feliu y de licencia de primera ocupación para la planta intermedia del edificio y acuerda la incoación del expediente sancionador y que se tramita ante el Juzgado nº 2 de igual clase y partido judicial en los Autos 211/11 y pendiente de dictar sentencia se ha suspendido por prejudicialidad homogénea en tanto recaiga sentencia en el presente procedimiento

SEGUNDO.- Así expuestas las posiciones de las partes en cada uno de los recursos acumulados deben ser resueltos de manera independiente puesto que si bien la resolución objeto de ambos dos es la misma su fundamentación difiere sustancialmente ya que lo pretendido por los representantes de la acción pública es que se declare la nulidad del Decreto recurrido y se ordene el derribo de las obras realizadas sin licencia urbanística excediendo los metros cuadrados de techo sostenible mientras que la petición de la representante del Club Náutico es la nulidad de ese mismo Decreto en cuanto ordena al restablecimiento de la realidad urbanística alterada y se le impone una sanción. Todo ello con la limitación que supone resolver el presente recurso cuando se encuentra pendiente de resolver en segunda instancia la suspensión del procedimiento seguidos con el nº 211/2011 , a instancias de la entidad Club Náutico contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 15 de Marzo de 2011 por el que se desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de 14 de Diciembre de 2010 por el que entre otras cuestiones se denegaba la licencia





para la legalización de las modificaciones introducidas durante la construcción en el Edificio Servicios de la Dársena Deportiva del Puerto de Sant Feliu de Guixols y denegaba la utilización de la planta de forjado sanitario que ha constituido el quid de la cuestión en el presente procedimiento y, sin embargo ninguna actuación interesó la entidad recurrente para que se acumulara el procedimiento seguido con el nº 256/2013 al 211/2011 que se seguían ante el Juzgado nº 2 , pretendiendo a las alturas de la pendencia de este proceso para dictar sentencia la suspensión del mismo hasta que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya resuelva sobre la suspensión acordada por el Juzgado nº 2 de igual clase y partido judicial , cuestión ésta que nada afecta al presente procedimiento pues en caso de estimarse el recurso el Juez deberá dictar sentencia .

Como tampoco puede sucumbir la pretensión de suspensión por prejudicialidad homogénea que se interesó también en el trámite de conclusiones en base a una providencia del Juzgado nº 2 por la que se interesaba al Ayuntamiento se informara al Juzgado sobre las resoluciones que son objeto del presente procedimiento, habida cuenta del conocimiento que ambos recurrentes tenían sobre la interposición del recurso seguido con el nº 211/2011 y, sin embargo nada adujeron durante el desarrollo del presente procedimiento ningún obstáculo procesal más allá de la denunciada y abortada prejudicialidad penal que la parte actora adujo en el recurso 109/2013 sin la existencia de causa criminal en la que se estuviera investigando como hechos de apariencia delictiva.

TERCERO.- Pero en primer lugar conviene que nos detengamos al recurso deducido por la representación de la acción pública , miembros integrantes del partido político en la oposición en el Ayuntamiento de Sant Feliu como ha quedado acreditado con la documental aportada a las actuaciones y las declaraciones efectuadas por la representación del Ayuntamiento demandado y





de la de la parte recurrida.

Como es sabido la acción pública se introduce en el campo urbanístico al efecto de involucrar a los particulares en el control y protección de la legalidad urbanística, en la garantía, en fin, del interés público al que toda actuación administrativa relativa al urbanismo debe indudablemente servir, al igual que, por lo demás, deben hacerlo todas las restantes aunque para su control el mecanismo de la acción popular no esté instituido. Esta finalidad institucional última no evita que, ciertamente, en no pocas ocasiones las controversias urbanísticas encubran antes que nada un conflicto entre particulares o entre un particular y la propia Administración, aunque la polémica jurídica y la articulación técnica misma del recurso contencioso se polaricen sobre un acto de la Administración. Pero esta circunstancia no es capaz por sí misma de enervar la funcionalidad verdadera de la acción popular dado que, al margen de disputas sobre intereses políticos, el interés público subyace en cualquier actuación urbanística y resultaría ser consecuencia frustrante de los fundamentos mismos de la existencia de esta especialísima norma de legitimación el rechazo de su procedencia si, aun apareciendo con fuerza y a primera vista los intereses privados, de alguna manera el interés público puede resultar protegido a raíz de su empleo. Tan sólo en casos como en el presente en el que los actores han judicializado el debate político e intereses de partido lo que conduce a sopesar que el ejercicio de la acción utilizada sea objeto de censura jurídica por manifiestamente abusiva y torticera.

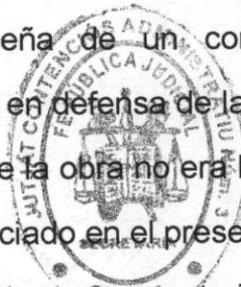
Y ello se desprenden de las siguientes actuaciones la primera de ellas solicitar la suspensión de las mismas por prejudicialidad penal -según denunciaban los actores- alegación que obligó a tramitar dicho incidente cuando resultó que examinada la causa no se había formulado ninguna denuncia, ni se había puesto en conocimiento de Fiscalía ni se había incoado ningunas diligencias previas en ningún Juzgado de Instrucción de Sant Feliu de Guixols , de ahí que





mediante Auto de 12 de Febrero se declarara que la prejudicialidad alegada por el recurrente , además demandante no tiene virtualidad para suspender el procedimiento ni lógica alguna que se plantee y fundamente en el presente recurso contencioso administrativo

A mayor abundamiento el ejercicio de la acción pública está sujeta a las exigencias del art. 7.1 y 7.2 del Código Civil, de la buena fe y de la interdicción del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo. La representación del Club Náutico hace referencia a tal extremo si bien dirigido tanto al actual gobierno como al anterior cuando gobernaba el partido político de los ahora recurrentes en el recurso 109/13 evidenciando que el Club Náutico de Sant Feliu se ha erigido en la enseña de un concepto mal diseñado, no evidenciándose un especial interés en defensa de la legalidad urbanística por la falta de fundamentación del porque la obra no era legalizable y que procedía a su derribo, es más no se ha evidenciado en el presente procedimiento el interés legítimo en el derribo de los supuestamente construido ilegalmente si tal y como ha quedado acreditado el Club Náutico de Sant Feliu es un emblema de la ciudad .En otro orden ha quedado evidenciado que la conducta de los recurrentes es la de atender a sus propios intereses de partido, y no a los generales del Municipio, y dicha posición no puede ser sustentada por esta Juzgadora , aún cuando no está en su ánimo amparar supuestas infracciones de la legalidad urbanística, su conocimiento no puede extenderse más allá del recurso sometido a su jurisdicción y enjuiciamiento, y no puede valorar mediante informaciones de carácter periodístico la legalidad de la actuación municipal sin disponer de los datos de hecho necesarios para su valoración , no aportados por los recurrentes , y sin extralimitarse en la función que el ordenamiento jurídico que le otorga que no es otra que el control de la legalidad de la actuación administrativa, mas no en abstracto, sino en concreto en relación al supuesto de hecho que se le somete a través del correspondiente





recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Dicho lo anterior el objeto del recurso lo constituyen los Decretos de la Alcaldía de 27 de Febrero de 2013 por los que se resolvía el procedimiento de la realidad física alterada incoado al Club Náutico y el acuerdo de 28 de Febrero de 2013 por el que se le incoaba un procedimiento sancionador . Según resulta del expediente administrativo aportado ,el punto de partida lo constituye el Decreto de 2 de Octubre de 2012 por el que se incoa un nuevo procedimiento de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado al Club Náutico por la realización en el espacio destinado a forjado sanitario de obras y usos sin ajustarse a la licencia otorgada para la construcción de un edificio destinado a servicios de dársena deportiva del puerto , licencia que fue otorgada el 19 de Julio de 2006 con posterior modificación de 15 de Noviembre de 2006 y, que sin embargo en ningún momento fue recurrida por la parte que interesa ahora su derribo .Declarándose que las obras y los usos diferentes a la licencia de obras se consideran ilegalizables, debiéndose adaptar las obras y usos del forjado sanitario al proyecto de obras aprobado e impedir definitivamente los usos contradictorios con el carácter de forjado sanitario del espacio .

El 16 de Octubre de 2012 los recurrentes efectúan alegaciones a ésta resolución que son idénticas a las planteadas en el presente recurso y veamos cómo no cambia un ápice de aquel, concretamente en el recurso interpuesto contra el Decreto de 2 de Octubre de 2012 se alegaba que *existía una contradicción entre el apartado segundo y tercero del Decreto referido , argumentando que de su lectura se puede extraer la conclusión que su redacción está realizada al mejor servicio de la confusión .B.- alegaba que en este caso la infracción máxima consiste en una edificación no legalizable atendiendo que supera con creces el máximo permitido por la normativa urbanística municipal en lo referente a la edificabilidad .El resto de los*





incumplimientos señalados en el decreto son consecuencia o complemento de la principal infracción calificada como muy grave . Además se trata de un edificio que no se corresponde con el previsto en la concesión otorgada por Puertos de Catalunya ya que nos encontramos ante un edificio presuntamente sometido al derribo de las obras no legalizables y también causa de rescisión de la concesión otorgada C.- Se había superado la edificabilidad máxima permitida. Habla de 2 superficies definitivas : una que resulta un edificio de 950 m² ; otra que se ha aumentado la superficie inicialmente prevista en 506 m² .Que el ajuste mediante el derribo, de la mayor edificación habría de comportar la readecuación del llamado forjado sanitario a las previsiones contenidas en el proyecto técnico , sin añadir más alegación que una supuesta trama del Alcalde .Que ya fue reiterada en el escrito presentado en fecha de 8 de Noviembre de 2012 en el que solicitaba se pusiera en conocimiento del Ministerio Fiscal el expediente administrativo de licencia de obras y otros acuerdos municipales adoptados en relación al edificio del Club Náutico de Sant Feliu de Guixols .Reiteración tan obstinada como el recurso deducido contra la última resolución recurrida

Sentado ello, no es ocioso recordar que, aun siendo esta jurisdicción plena, no puede obviarse su sustancial carácter de jurisdicción revisora que conlleva el control de legalidad del acto administrativo cuestionado, esto es, si el mismo es conforme o no a Derecho, control de legalidad del acto que constituye el objeto de la pretensión actuada. Se dice esto porque, examinada la demanda articulada en el presente proceso, se observa que a través de la misma, y al margen lo ya resuelto en la resolución recurrida , se limita la parte actora a reproducir prácticamente de manera literal lo que fueron sus alegaciones en el recurso de reposición. Es decir, la actora obvia por completo tales resoluciones, y que fueron respondidos por el Ayuntamiento , con lo cual no critica el previo actuar administrativo que debe ser enjuiciado por esta Juzgadora , al que ésta





debe ceñir el control de la legalidad. Razonamientos los del Ayuntamiento con los que esta proveyente se muestra de acuerdo, sin perjuicio de lo que más tarde se abundará , y que, no han sido objeto de crítica de parte de la actora. En este sentido, debemos traer a colación la STS de 9 de Marzo de 1992 , que, señala que *"la parte recurrente se limita en su demanda a reproducir textualmente en este recurso contencioso administrativo su escrito del recurso de alzada de la vía previa administrativa, como dice el Abogado del Estado, "sin dedicar ni una sola línea de la demanda a rebatir los sólidos y contundentes fundamentos de derecho de la resolución desestimatoria de la alzada, por lo que hay que concluir que la demanda carece de fundamentación jurídica dirigida a combatir el acto recurrido". Tal hecho exige de por sí una valoración "en pura técnica procesal", por utilizar la propia expresión del Abogado del Estado, en función de la cual basta para la desestimación del recurso "con dar por reproducidos los fundamentos de derecho de la resolución desestimatoria del recurso de alzada que la actora no ha intentado siquiera desvirtuar", tomando de nuevo la expresión del escrito de contestación del Abogado del Estado. Aun sin desconocer la amplitud de criterio de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y que, como indica la exposición de motivos de su Ley reguladora se refiere el TS, lógicamente, a la de 1.956 "la necesidad de que antes de acudir a dicha Jurisdicción exista un acto administrativo no significa que se haya querido concebirla como una segunda instancia sino como un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora - o contraponga la demandada- por razón de un acto administrativo", cuando la resolución recurrida contiene, como en este caso, un minucioso análisis de los razonamientos críticos del recurrente en vía administrativa, y cuando además de minucioso dicho análisis tiene la solidez jurídica y conceptual de la que hace gala la recurrida, y es de por sí absolutamente convincente y adecuada como*





solución justa del caso, la simple actitud de reproducir en vía jurisdiccional las alegaciones y argumentos analizados y rechazados en la resolución recurrida, sin tratar de impugnar su fundamentación, supone sin duda un vacío de fundamentación del recurso contencioso-administrativo, en cuanto en él se está impugnando un concreto acto; de ahí que en tales circunstancias baste con hacer propias, como aquí hacemos, las argumentaciones no desvirtuadas de la resolución recurrida, para desestimar sólo con base en ellas el recurso contencioso-administrativo. Una cosa es que la naturaleza revisora de la jurisdicción no constriña las argumentaciones de las partes a las que utilizaron en la vía previa administrativa, y se puedan utilizar en la jurisdiccional fundamentaciones diversas (art 69 de la Ley Jurisdiccional -hoy art 56.1-), y otra diferente es que se desconozca el sentido de la funcionalidad misma de la resolución del recurso administrativo previo, en cuanto solución de un conflicto jurídico, reproduciéndolo sin más en la vía Jurisdiccional, sin ningún aporte argumental de crítica de la resolución recurrida, y como si esa resolución no hubiera existido. Se impone, por tanto, el rechazo del recurso por la propia fundamentación de la resolución del recurso de alzada administrativo previo, que esta Sala hace explícitamente suya, dándola aquí por reproducida".

Pero es que además no sólo obvia las fundamentaciones contenidas en las resoluciones recurridas sino que incurre en idéntico vicio al formular el escrito de conclusiones que pese a practicarse la prueba propuesta y declarada pertinente ,ninguna valoración efectúa respecto a la prueba practicada reiterándose de manera cansina que ha quedado acreditado por el expediente administrativo .

QUINTO.- Efectuadas estas introducciones los recurrentes ejercitan la acción pública en el expediente de restauración de la legalidad urbanística alterada y en virtud de lo dispuesto en el artículo 197 del RD 1/2005 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo se prevé un primer trámite de





incoación seguido de una resolución de suspensión provisional de las actuaciones. Acto seguido corresponde el plazo de audiencia y la posterior confirmación o modificación de la resolución de suspensión en el plazo de 15 días inmediatamente posterior a la finalización del plazo de audiencia. En esta misma resolución se debe incluir un requerimiento para que el titular legalice las actuaciones o las ajuste a la licencia obtenida, salvo que las obras sean manifiestamente ilegalizables (en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2004 , nº de recurso 7025/2000, sección 5ª). Transcurrido dicho plazo sin haberse solicitado licencia o sin haber ajustado las obras a la licencia existente, el Ayuntamiento acordará la demolición mediante la resolución del procedimiento de reposición y debe impedir los usos a que podían dar lugar las actuaciones ilegales. Esta misma resolución se adoptará en los casos que se haya denegado la licencia solicitada o bien en los casos que se haya considerado ya inicialmente que las obras son manifiestamente ilegales (artículo 198)



Así pues, se constata que el Ayuntamiento ha seguido el procedimiento legalmente exigible, y se constata asimismo que la legalización del forjado sanitario fue definitivamente acordada el 15 de Noviembre de 2006 frente al que no se interpuso recurso alguno, este espacio según los técnicos que depusieron en el acto de la vista se ajusta al planeamiento vigente y no computa a efectos de edificabilidad de acuerdo con el Plan Especial de 2003, cuestión distinta es la apertura de puertas y ventanas en ese espacio y cuya legalización es objeto del recurso contencioso administrativo seguido bajo el nº 211/ 2011 ante el Juzgado nº 2 , tal y como manifestó la Sra.Ramos quien se ratificó en el informe emitido en vía administrativa que entonces si computa a los efectos de edificabilidad y tal afirmación la efectuó sin ambages ,fue categórica y resolutive a las preguntas efectuadas por los recurrentes, por lo que de conformidad a las reglas sobre el onus probandi que impera en nuestro





ordenamiento , tanto el informe como su ratificación se comparte por esta Juzgadora en especial por haberse valorado sus manifestaciones según los criterios de la sana crítica y las máximas de la experiencia llegando a la conclusión que la apertura de dos puertas y dos ventanas además del uso que se ha efectuado del forjado sanitario es lo que se ha declarado por el Ayuntamiento como obra manifestadamente ilegalizables ni más ni menos, cualquier referencia a la caducidad del procedimiento- sin fundamento jurídico alguno- por cuanto consta que efectivamente una vez caducado el procedimiento y sin solución de continuidad se incoó uno nuevo declarando manifiestamente ilegalizables las obras y los usos que se habían dado al forjado sanitario , caducidad que fue fruto no de la inactividad del Ayuntamiento tal y como sostienen los actores sino de la tramitación de suspensión del acuerdo impugnado en el procedimiento 211/11 y que no se acordó hasta el 25 de Septiembre de 2012 .



Que los recurrentes no estén de acuerdo con las conclusiones a las que llegó la Sr Ramos secundadas todas y cada una de ellas por el Sr Fuses , como así se manifestó por el Letrado en el sentido que las respuestas dadas por los técnicos inducían a confusión , pues bien si ya de entrada no se quiere valorar la distinción entre el parámetro de edificabilidad con el de superficie construida así como tal y como textualmente dictaminó la Sra Ramos *La ilegalidad era mantener el forjado sanitario como una sala con utilidad pero tapiando las ventanas manteniendo el uso como forjado sanitario el espacio recupera el primera intención simplemente que la altura aumenta de 1,40 a 3,50 metros legalizado en el año 2006 como forjado sanitario lo que no puede ser que esa sala se abran ventanas , se ha restaurado y continua como forjado sanitario , debido al terreno era material de relieve y bajo .Luego si lo que se legalizó en el año 2006 ese espacio que pasó de tener 1,40m² a 3,50 m² , sin alterar la volumetría y ocupación , fácil se entenderá que tal legalización devino firme y*





consentida porque por no fue impugnado.

Cuando en fecha de 12 de Noviembre de 2008 se presentó el estado final de la obra para legalizar las modificaciones introducidas durante su ejecución y que modificaba el espacio de forjado sanitario con la apertura de dos ventanas y dos puertas y con la finalidad de utilizarlo para otros usos que no le eran propios el Ayuntamiento reacciona e incoa un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística alterada , se deniega la legalización y la licencia de primera ocupación

El reconocimiento de las obras como manifiestamente ilegalizables obliga al Ayuntamiento al derribo bien es cierto ,ahora bien no podemos desconocer el alcance que tal declaración conlleva cuando la administración justifica que no procedía el derribo habida cuenta que el propio Club Náutico procedió a la restauración de la realidad física alterada con la realización de trabajos de cierre de puertas y ventanas cesando en el uso de del forjado sanitario , medida que se considera ajustada a derecho y al principio de proporcionalidad .

Efectivamente procede que nos detengamos al análisis de tal principio de manera especial por cuanto que no se alcanza a comprender como los recurrentes abogan por el derribo de lo construido a la vez que apelan al principio ne bis in idem para el supuesto que se acordara el derribo, según consideran, carecería de sentido la imposición de sanción .

La jurisprudencia es sumamente cauta en esta materia, y nos presenta la demolición como una solución crítica, de destrucción, que habrá de interpretarse restrictivamente ante la imposibilidad de otras soluciones alternativas que permitan el ajuste a la legalidad urbanística. De tal manera que corresponde al Tribunal determinar la legalidad o no de las obras, pero la consecuencias de tales determinaciones críticas sólo deben adoptarse una vez ponderadas todas las soluciones posibles en ejecución de sentencia, y teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad que ampara el art. 106,1 de la





Constitución, y que impone una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

No olvidemos que como bien señala el Tribunal Supremo los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, lo que explica que tales principios «informen» las normas -art. 1º 4 del Título Preliminar del Código Civil y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho -art. 103.1 de la Constitución . Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios.

Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es de proporcionalidad , sentencias de 6 de diciembre de 1986 y, 18 de abril de 1990 que deriva claramente del artículo 106.1 de la Constitución que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos:

A) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables.

B) Ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

Así nos ilustra la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de Enero de 2002: *«el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una*





adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas».

E igualmente la sentencia del TS 3ª de 28 de Enero de 1987, que establece...
pero, la inevitable y drástica demolición no se reputa procedente, pues, por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con mesura y restrictivamente, a fin de evitar que con ella se origine un mal o resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza por lo que a aquélla ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos verdaderamente límites, lo que conlleva a la necesidad de estar siempre al principio de menor demolición a que se referían las de 27 diciembre 1974 (RJ 1974, 5223) y 8 mayo 1980 (RJ 1980, 2828) ya que lo que legitima la intervención administrativa, conforme a los arts. 4 y 6 Rgto. de servicios de las corporaciones locales (RCL 1956, 85) , es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante de sometimiento a éstos que reitera el art. 106.1 CE (RCL 1978, 2836) ».

Está claro pues por las razones expuestas que la el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols recurrido ha de rectificarse para evitar





la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad de la apertura de las puertas y ventanas ,las consecuencias dañosas que se derivan de la solicitud de una medida de derribo que se considera desproporcionada con la referida falta, resultando de aplicación la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia.

Razones todas ellas que determinan la desestimación íntegra del recurso deducido por los recurrentes por la manifiesta falta de fundamentación de que el forjado sanitario como tal fue legalizado en el año 2006 , que la apertura de ventanas y puertas fue lo que determinó la incoación del expediente de restauración de la legalidad urbanística alterada porque a dicho espacio se le dio un uso en contra de las prescripciones urbanísticas , ni más ni menos, ni se ha vulnerado la extemporánea alegación del principio de jerarquía urbanística ni el principio de desarrollo urbanístico, siendo obligación de la acción pública de denunciar la supuesta prevaricación que fue anunciada a bombo y platillo con carencia absoluta de fundamentación más allá de pretender una suspensión del procedimiento una vez iniciado por una supuesta prejudicialidad penal que ni tan siquiera fue iniciado por los recurrentes ya en vía administrativa cuando solicitaron que los hechos se pusieran en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Tampoco se observa irregularidad alguna ni en el expediente de restauración ni en la adecuada abstención del Sr Alcalde en resolver el procedimiento por ser miembro del Club Náutico ni por el nombramiento del instructor del expediente pues se ajusta a las previsiones del artículo 9.2 del Decreto 278/1993 de 9 de noviembre, sobre procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad

SEXO.- El recurso deducido por el Club Náutico lo es contra los acuerdos de 25 de Abril de 2013 por el que se le declara responsable de la comisión de una infracción urbanística muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205.c) del Decreto Legislativo 1/2005 acordando la imposición de una sanción





de 50.000 euros con aplicación del 80% atendiendo a que se había procedido a la restauración de la legalidad física y jurídica alterada y contra el Decreto de la Alcaldía de 13 de Mayo del mismo año por el que se desestima el recurso presentado contra el Decreto de 27 de Febrero de 2013 por el que se declara como manifiestamente ilegalizables las obras y usos realizados diferentes a las licencias otorgadas y se prohíben los usos y actividades contradictorias con el carácter de forjado sanitario del espacio situado entre la planta baja y la planta piso del edificio incoándose una modificación de los datos catastrales del edificio .

Centrado el objeto del recurso en la falta de responsabilidad ,independientemente de la resolución que pueda recaer en el recurso que se tramita ante el Juzgado nº 2 de este partido judicial en los Autos 211/2011 , en el que la recurrente no solicitó la acumulación en su momento careciendo de fundamento la solicitud de suspensión del presente procedimiento al momento justo que estos autos estaban pendientes de dictar sentencia , insisto con la limitación de la suspensión del trámite de aquel recurso contencioso administrativo esta proveyente sólo puede analizar si la conducta de la entidad recurrente carece de responsabilidad tal y como mantuvo en via administrativa y reproduce íntegramente en la presente demanda la entidad recurrente que ni se esfuerza en combatir la extensa y correcta fundamentación jurídica contenida en la resolución objeto del presente recurso y en la que igualmente debe ser aplicable la doctrina contenida en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia

Ha resultado acreditado y no negado por la recurrente que en la ejecución de las obras de construcción del edificio destinado a servicios de la dársena deportiva del puerto de Sant Feliu de Guixols se implantó una planta intermedia que en la licencia concedida el 19 de Julio de 2006 y en su posterior modificación de 15 de Noviembre de 2006 era un forjado sanitario sin uso





específico , introduciendo modificaciones y trasformando el uso de ese espacio dando con ello una nueva configuración y característica a tal espacio con aperturas a la fachada y acceso directo e independiente al exterior y que cuenta a efectos de edificabilidad . Esto fue lo que se ejecuto y que pese a la reiteración de la recurrente que eran actos consentidos por el Ayuntamiento claro que para justificara que carece de responsabilidad , no existe en todo el expediente administrativo intervención municipal en la construcción de ese nuevo forjado , sino que la responsabilidad la tiene atribuida por ley natural quien ejecuta las obras en contra de las previsiones del planeamiento y de la licencia concedida en el año 2006 .

Nos instruye la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito de la aplicación al procedimiento administrativo sancionador de los principios que rigen en el procedimiento penal, principios contenidos en el artículo 24.2 de la Constitución en su sentencia 18/1981, de 8 de junio , que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho, administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución..." y que "los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración" . Por su parte, la sentencia de 21 de enero de 1987 expresa que, "de acuerdo a una interpretación finalista de la CE "los principios esenciales reflejados en el art. 24CE en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional" (S 18/1981, de 8 Junio.) .

Bueno será insistir en que, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre , "...si bien es cierto que este Tribunal





Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado - STC 18/1987 por todas-, no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza - STC 22/1990 -. En concreto, sobre la culpa, ese Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo - STC 150/1991 . Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del "ius puniendi" del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa - STC 76/1990 . Incluso este Tribunal ha calificado de "correcto" el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción - (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría





de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (...)"" .

A mayor abundamiento la responsabilidad no queda atenuada por el hecho de que hubiera conversaciones para dar una finalidad a la obra construida o la redacción de un convenio que posteriormente al comprobarse que no se podía utilizar ese espacio para un uso distinto al preconcebido , no se suscribió .Porque lo que se está criminalizando es la construcción no las posibles veleidades del Ayuntamiento puesto que las mismas no podían inducir a error a la recurrente que una obra ilegal fuera aceptada por el Ayuntamiento, ninguna prueba ha aportado al efecto más que lo que ya en su día declaró en vía administrativa y resuelto de manera certera ,las circunstancias descritas, la incorporación de los elementos probatorios -documentos que constan en las actuaciones y la ausencia de una actividad probatoria de la recurrente tendente a enervar la presunción de no responsabilidad de la que gozaba nos lleva a concluir la no vulneración del principio de presunción de no responsabilidad de la recurrente.

SEPTIMO .- Como segundo motivo de impugnación se alega por la entidad recurrente que las obras son legalizables, cuestión esta que es objeto del recurso 211/ 2011 , y será en aquel procedimiento donde deberá debatirse la referida cuestión y que la recurrente debía haber solicitado la acumulación y no esperar a que la solicitara la representación de los recurrentes en los autos 109/ 2013 y recurrir el auto por el que el Juzgado nº 2 acuerda aceptar la acumulación y no personarse en las presentes actuaciones como parte recurrida e interesada y recurrir en su caso el auto de acumulación acordado





por esta proveyente. Conducta errática que debe pechar la misma y esperar a la resolución de la denegación de legalización de las obras

OCTAVO.- En cuanto a las costas, de acuerdo con el artículo 139.1 de la LJCA , en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar Sentencia o al resolver por Auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Como quiera que se desestiman íntegramente las pretensiones de los recursos interpuestos por las partes recurrentes en los Autos 109/2013 ,así como el interpuesto por el Club Náutico de Sant Feliu de Guixols en los autos 256/13 seguidos ante el Juzgado nº 2 que se acumuló a aquel, la condena en costas a los recurrentes es obligada, sin que se aprecien dudas serias de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición

Vistos los preceptos legales citados y los demás de aplicación al caso,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso promovido por ANA REMEDIO MARTIN CAÑADAS, DAVID OLIVERAS SALA, LAURA AIGUAVIVA CARRERAS, JOSEP SABALLS BALMAÑA , CARLES MOTAS PEREZ , JOSEFINA COSP IGLESIAS contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols de 27 de Febrero de 2013 por el que se resolvía el procedimiento de la realidad física alterada incoado al Club Náutico y el acuerdo de 28 de Febrero de 2013 por el que se incoa un procedimiento sancionador con expresa imposición de costas

Y debo desestimar y desestimo el recurso promovido por EL CLUB NAUTICO DE SANT FELIU DE GUIXOLS contra el Acuerdo de 25 de Abril de 2013 por el que se desestimaba el recurso interpuesto contra el acuerdo del Pleno Municipal de 28 de Febrero de 2013 referente al expediente sancionador con expresa





imposición de costas

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso ordinario de apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley Jurisdiccional , a cuyo efecto se adjunta a la notificación , diligencia informativa de los depositos precisos para recurrir

Asi por esta mi Sentencia definitivamente Juzgando en esta instancia la pronuncio, mando y firmo

La Juez

PUBLICACION: La anterior Sentencia ha sido dictada ,leída y publicada por la Sra Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha ,hallándose celebrando Audiencia pública con mi asistencia. Doy fe

El que s'ha inserit més amunt concorda fidelment amb l'original corresponent, i perquè així consti i a l'efecte del que correspongui expedixo i signo aquest certificat.

Girona, 28 de setembre de 2015

El Secretari en substitució

