



**RECOMENDACIÓN 36/2003, DE 19 DE DICIEMBRE, AL AYUNTAMIENTO DE DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, PARA QUE DEVUELVA LAS MERCANCÍAS INTERVENIDAS CAUTELARMENTE POR REALIZAR VENTA AMBULANTE SIN AUTORIZACIÓN, DEJE SIN EFECTO LA SANCIÓN QUE, POR TAL MOTIVO, HA IMPUESTO A LAS PERSONAS AFECTADAS, Y RESPONDA A LA SOLICITUD QUE, A RAÍZ DE TALES HECHOS, PRESENTÓ LA ASOCIACIÓN RECLAMANTE EN EL REGISTRO DE LA POLICÍA LOCAL.**

### Antecedentes

1. La asociación (...) solicitó la intervención de esta institución para que la Policía Local de Donostia-San Sebastián devolviera la ropa que había decomisado a dos personas extranjeras, que realizaban venta ambulante sin autorización, y respondiera expresamente a la petición que la asociación había presentado en el Registro de la Policía Municipal, para que se le indicase cómo proceder para recuperar las mercancías decomisadas.

La asociación se quejaba, además, de que (...) la Guardia Municipal no había cumplido la orden expresa que el concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas le había dado para que devolviera las mercancías intervenidas a sus propietarios.

2. El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián respondió a la solicitud de información que cursamos al alcalde, para resolver la queja, con una comunicación (...) de la Guardia Municipal, que justificaba el decomiso en los siguientes términos: *"en aplicación de lo dispuesto en la Ley 7/1994, sobre Actividad Comercial en el País Vasco, y de la Ordenanza Reguladora de la Venta Ambulante en el término municipal de Donostia-San Sebastián, de fecha 20 de febrero de 1981, se procedió, con fecha 9 de marzo de 2003, a la denuncia e iniciación de procedimiento sancionador contra (...) por ejercicio de la actividad de venta ambulante sin autorización. Que se procede igualmente a la intervención de las mercancías puestas a la venta"*.

La autoridad policial negaba, en dicha comunicación, haber recibido ninguna orden del concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas de devolución del material intervenido.

Junto con la información, se nos envió, también, una copia de los siguientes documentos: la denuncia que un agente de la Policía Local había formulado con relación a una de las dos personas afectadas; el acta de intervención del



material decomisado a dicha persona; la solicitud de devolución del material decomisado, que el interesado presentó; y el escrito que la asociación reclamante había dirigido al concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas, solicitando su intervención, en tanto que responsable de la Policía Local, para que los afectados pudieran recuperar las mercancías decomisadas.

Ni la denuncia ni el acta de intervención contenían ninguna justificación del decomiso, ni indicaban cuál era la causa, de las previstas legalmente, que habían motivado esta medida. La única referencia que encontramos, a este respecto, en dichos documentos fue la cita del artículo 23 de la Ordenanza Municipal reguladora de la venta ambulante, que configura el decomiso como una sanción por infracción de las prescripciones de la Ordenanza.

En la comunicación, no se abordaba la cuestión relativa a la falta de respuesta a la solicitud que la asociación reclamante había presentado en las dependencias de la Policía Local.

3. Tras analizar la información y documentación reseñada, comprobamos que el decomiso tenía un carácter puramente cautelar, y que, en su adopción, no se habían observado las garantías formales y materiales exigidas, a tal fin, por la Ley autonómica 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial (art. 44.1). Por esta razón, estimamos que la medida tenía que ser dejada sin efecto.

Trasladamos nuestra valoración al alcalde, y, al mismo tiempo, le remitimos una copia de la recomendación de carácter general que realizamos en el informe ordinario correspondiente al año 1998, con el título "*Actuación policial en relación con la venta ambulante sin licencia*", pues entendíamos que su contenido resultaba de plena aplicación a la cuestión que la queja suscitaba. También le enviamos una copia de la orden de devolución de la mercancía que la autoridad la Guardia Municipal aseguraba no conocer, y que, según nos comunicó la asociación reclamante, le había hecho llegar el concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas, en contestación a la solicitud que le había dirigido, instando su intervención para que las mercancías fueran restituidas a sus propietarios. El escrito estaba dirigido (...) a la Guardia Municipal, y expresaba lo siguiente: "*una vez leída con atención la carta recibida deseo se atienda la petición realizada por (...)*".

Además, reiteramos al alcalde la petición de información que le habíamos realizado sobre la falta de respuesta de la Policía Local a la solicitud de la asociación promotora de la queja.



4. El Ayuntamiento respondió a nuestra valoración, mediante una nueva comunicación (...) de la Guardia Municipal, en la que éste se limitaba a insistir, sin mayores explicaciones, en la corrección de la medida cautelar adoptada, y en la inexistencia de orden de devolución de la mercancía dada por el concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas. Nos informaba, además, que el concejal citado había acordado sancionar a los interesados con el decomiso de las mercancías y con una multa. Y nos indicaba, también, que tanto el acta de intervención como la denuncia habían sido notificados a los infractores, y estaban suficientemente motivados, y que en la tramitación del expediente administrativo no se había vulnerado el derecho de defensa.

La autoridad policial tampoco nos proporcionó en esta ocasión ninguna información sobre la falta de respuesta a la solicitud que había presentado la asociación reclamante en el Registro de la Policía Municipal -que consta en el folio 24 de los expedientes administrativos que el Ayuntamiento nos remitió-. Por el contrario, aludía, inexplicablemente, a la falta de respuesta del escrito que la misma asociación había dirigido al concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas, solicitando su intervención para que las mercancías intervenidas fueran devueltas a sus propietarios, y que, según la documentación que nos facilitó dicha asociación, había sido resuelta favorablemente por ese concejal, precisamente mediante la orden de devolución del material, que se aseguraba no conocer.

Junto a esa información, nos remitió una copia de la resolución sancionadora y de las notificaciones practicadas con relación a ella. No se nos facilitó, sin embargo, la copia del expediente administrativo correspondiente al procedimiento tramitado para imponer la medida cautelar y la sanción. Debido a ello, nos dirigimos nuevamente al alcalde, solicitándole dichos documentos.

5. En respuesta a nuestra petición, recibimos una copia de dos expedientes administrativos: uno relativo a la denuncia nº 306451/03, y el otro a la denuncia nº 303824/03.

El primero de tales expedientes estaba integrado por los siguientes documentos:

- La denuncia. Este documento no contenía ninguna justificación de la medida cautelar adoptada. Y no sólo eso, sino que, además, fundamentaba legalmente la intervención en el artículo 23 de la Ordenanza Municipal reguladora de la venta ambulante, que, como hemos indicado anteriormente, se refiere al decomiso como sanción.



- El acta de decomiso. Este documento tampoco contenía ninguna justificación de la medida cautelar, y, al igual que la denuncia, justificaba la intervención en el artículo 23 de la Ordenanza Municipal reguladora de la venta ambulante.
- Un informe del agente denunciante, y de otro de los agentes intervinientes, que justificaba la medida cautelar de este modo: *"Se procedió a identificar y solicitar el permiso a quien estaba ejerciendo la venta, manifestando carecer de autorización, por lo que se procedimos a decomisar la mercancía, levantando acta de decomiso junto con la correspondiente sanción"* (sic). El informe indicaba, asimismo, que se había notificado a la persona interesada tanto la denuncia como el acta de decomiso.
- Un escrito firmado por el responsable del Área de Administración, expresando: *"Las mercancías intervenidas, según Acta nº 7656, no contienen identificación en cuanto a procedencia y fabricación, y no tienen marcado el precio de venta al público"*. Junto a este texto hay una nota manuscrita que dice: *"contiene únicamente etiqueta con país de procedencia"*.
- Un escrito de la interesada, en el que, tras exponer que no se le había notificado aún el inicio del procedimiento sancionador, solicitaba: *"que se le devuelva la mercancía decomisada, o se le conteste lo que en derecho proceda a juicio de ese ayuntamiento, a los efectos de reclamar lo que en justicia pueda hacer"*.
- La resolución del concejal-delegado de Movilidad y Vías Públicas, sancionando a la interesada con el decomiso de las mercancías intervenidas cautelarmente, y con una multa. Esta resolución fundamenta la sanción de la siguiente manera: *"las mercancías puestas a la venta no se encontraban identificadas en cuanto a procedencia y fabricación, no contenían los mínimos requisitos establecidos para su comercialización, es decir, entre otros, sin marcado de precio (art. 8.2) de la Ley de Actividad Comercial del País Vasco (Ley 7/1994), imposibilidad de devolución del producto y garantías del mismo (art. 16.3)"*.

Por su parte, el expediente administrativo del procedimiento correspondiente a la otra denuncia estaba, en esencia, integrado, con las



lógicas adaptaciones circunstanciales, por los mismos documentos, y su contenido resultaba, en lo fundamental, idéntico al que hemos reseñado.

La Guardia Municipal nos remitió, igualmente, los recursos que la (...) había interpuesto contra las sanciones, y la documentación que aportó.

6. Según la información que se nos ha facilitado, los recursos no han sido resueltos expresamente.

### **Consideraciones**

1. La posibilidad de intervenir cautelarmente las mercancías en los supuestos de venta ambulante sin autorización, como el que ha motivado la queja, está expresamente prevista en la Ley autonómica 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial. La ley exige, a tal fin, que concurren los dos presupuestos de hecho que establece, esto es, que se trate de "*mercancías falsificadas, fraudulentas, no identificadas o que incumplan los requisitos mínimos establecidos para su comercialización*", y que la medida sea necesaria para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento sancionador. Y requiere, igualmente, que se cumplan ciertas garantías formales, que se concretan en la necesidad de que la intervención sea adoptada por la misma autoridad que ordena la incoación del procedimiento sancionador, "*mediante acuerdo motivado, previa audiencia del interesado*" (art. 44.1).

No obstante, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, permite sustituir la audiencia previa por unas alegaciones posteriores, en aquellos supuestos en los que la medida cautelar perdería su virtualidad si su adopción se pospusiera a la realización del trámite de audiencia (art. 31.2).

Esta ley excepciona, igualmente, el trámite de audiencia cuando la medida cautelar se adopta por los funcionarios que constaten los hechos eventualmente ilícitos, en el ejercicio de su específica función de inspección, y concorra, además, alguna de las circunstancias que enuncia en el artículo 32. En este supuesto, la ley obliga a incoar con urgencia el procedimiento sancionador, y a que el acto de incoación se pronuncie motivadamente sobre las medidas cautelares, ya sea manteniéndolas, revocándolas o modificándolas. En todo caso, las medidas se extinguen si, transcurridos cuatro días desde su adopción, no se hubiera iniciado el procedimiento. Además, ha de cumplimentarse



ineludiblemente el trámite de alegaciones, sustitutivo de la audiencia previa, inmediatamente después de la iniciación del procedimiento (art. 32).

Hay que destacar que este último supuesto es el único en el que la medida cautelar puede ser adoptada por una persona distinta de la que ostenta la potestad sancionadora.

Como ha quedado reflejado en los antecedentes, los expedientes administrativos que el Ayuntamiento nos ha facilitado muestran, sin embargo, que las medidas cautelares objeto de la queja fueron adoptadas al margen de cualquier procedimiento sancionador por los agentes de la Policía Local intervinientes en los hechos. Muestran, igualmente, que no se otorgó a los interesados el preceptivo trámite de audiencia, ni el sustitutivo de alegaciones. Y muestran, en fin, que tales medidas se acordaron sin respetar las demás exigencias -formales y materiales- legalmente establecidas que hemos mencionado anteriormente: no hay, en efecto, en ninguno de los documentos que los agentes cumplimentaron (las actas de intervención de la mercancía decomisada, las denuncias, y el informe de los agentes intervinientes) la más mínima justificación de que las mercancías intervenidas fueran falsificadas, fraudulentas, no identificadas o de que incumplieran los requisitos mínimos establecidos para su comercialización, y tampoco se justifica en dichos documentos que el decomiso resultase necesario para asegurar la eficacia de la sanción que pudiera imponerse en el procedimiento sancionador, ni se contiene en ellos ninguna clase de motivación sobre las razones por las que se acordó decomisar cautelarmente las mercancías.

Los expedientes administrativos revelan, por el contrario, que los agentes de la Policía Local que tomaron la decisión de decomisar cautelarmente las mercancías lo hicieron simplemente porque la venta de esas mercancías se estaba realizando sin autorización. Estimamos que ello resulta con evidencia del texto del informe que los agentes elaboraron, que hemos transcrito en los antecedentes, pues en dicho informe se justifica, sin más, el decomiso en la carencia de autorización; pero también de la propia invocación del artículo 23 de la Ordenanza Municipal reguladora de la venta ambulante, que, como venimos reiterando, configura el decomiso como una de las sanciones a imponer por la simple infracción de sus prescripciones.

La importancia que posee el cabal cumplimiento de las exigencias, formales y materiales, legalmente establecidas para acordar el decomiso cautelar en casos como el que ha originado la queja fue ampliamente analizada por esta institución en la recomendación de carácter general "*Actuación policial en*



*relación con la venta ambulante sin licencia".* Como allí pusimos de manifiesto, es el propio acuerdo de decomiso cautelar el que debe motivar suficientemente la decisión, razonando sobre la concurrencia de algunos de los presupuestos de hecho que legitiman la intervención cautelar, y justificar que la medida sea necesaria para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento sancionador.

Es necesario insistir sobre esta última cuestión, ya que constan en los expedientes administrativos que el Ayuntamiento nos ha facilitado sendos documentos suscritos por el responsable del Área de Administración, enunciando diversas deficiencias de las mercancías intervenidas en cuanto a su etiquetado, en un intento, pensamos, de justificar a posteriori, siquiera de una manera parcial, la medida adoptada por los agentes. Ignoramos en qué se ha basado el responsable citado para afirmar dichas deficiencias, pues los agentes no apreciaron in situ estas circunstancias ni justificaron el decomiso en razón de su concurrencia, y los expedientes administrativos tampoco dan noticia al respecto. Pero, en cualquier caso, lo relevante, es que, con arreglo al régimen legal de aplicación, la motivación debe contenerse en el propio acuerdo de intervención cautelar, y referirse no sólo a la concurrencia de alguno de los supuestos que legalmente habilitan a actuar de este modo, sino también a la necesidad de la medida para asegurar la eficacia de una eventual sanción; además, la motivación tiene que ser conocida por las personas interesadas, para que, en el trámite de audiencia, o en el sustitutivo de alegaciones, puedan criticar las bases de la decisión con conocimiento de causa, oponerse a ella con eficacia, y articular, en definitiva, una defensa adecuada a sus intereses.

2. Los expedientes administrativos que el Ayuntamiento nos ha proporcionado revelan, por otro lado, que la sanción que se impuso a los dos vendedores ambulantes -a raíz de los hechos denunciados por los agentes de la Policía Local- fue acordada sin que previamente se hubiera iniciado ni tramitado ningún procedimiento. No hay en los expedientes, en efecto, constancia del acuerdo de iniciación, ni de los restantes trámites que, conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (art. 127 y ss.), y a la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 34 y ss.), son preceptivos en cualquier procedimiento sancionador.

Conviene recordar que el procedimiento posee en el ámbito del derecho administrativo sancionador una dimensión constitucional, en tanto que instrumento al servicio de la realización del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la CE. Esta dimensión ha sido reiteradamente destacada por el



Tribunal Constitucional, que considera que una de las garantías establecidas en ese precepto es justamente *"la exigencia de que el implicado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el expedientado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga"* (STC 3/1999, de 25 de enero, FJ 4º).

Así pues, las resoluciones del concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas que sancionan a los dos vendedores ambulantes concernidos por esta queja han sido dictadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y han vulnerado, además, el derecho de defensa de esas personas. Debido a ello, consideramos que ambas resoluciones están aquejadas de un vicio de nulidad radical [art. 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre].

3. El examen de las resoluciones sancionadoras nos ha permitido constatar también que ambas carecen de la debida motivación, en cuanto a la imposición de la sanción de decomiso.

La resolución motiva la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para acordar la medida cautelar de decomiso -y lo hace, por cierto, en una forma no coincidente con lo manifestado por el responsable del Área de Administración-, pero no justifica por qué impone esta sanción, que, hay que recordar, posee en la Ley de la Actividad Comercial un carácter meramente potestativo, y no automático, como parece entenderlo el órgano sancionador (art. 44.3).

La completa ausencia de motivación sobre este aspecto de la sanción hace que padezca, también por esta razón, el derecho de defensa de las personas sancionadas.

4. Como hemos señalado en los antecedentes, según la información que poseemos, los recursos que las personas interesadas interpusieron contra las sanciones no han sido aún resueltos.

Pues bien, dado que el decomiso cautelar se extinguió al dictarse las resoluciones sancionadoras [art. 31.8.a) de la Ley autonómica 2/1998, de 20 de febrero], y que éstas no contienen ninguna disposición cautelar, el Ayuntamiento carece de habilitación para mantener el decomiso durante la tramitación de dichos recursos, ya que las sanciones de decomiso no pueden





ser ejecutadas hasta que los recursos sean resueltos expresamente (art. 43.5 de la misma ley).

5. Queremos hacer notar, por otro lado, la contradictoria actuación del concejal delegado de Movilidad y Vías Públicas, que resulta de la documentación que nos ha sido facilitada, al ordenar inicialmente la devolución de las mercancías decomisadas cautelarmente, e imponer, más tarde, de plano la sanción de decomiso de las mismas mercancías.

Queremos resaltar, igualmente, la pasividad de ese concejal ante la falta de ejecución de dicha orden, y la negación reiterada de su existencia que ha realizado (...) la Policía Local, sin ofrecernos ninguna explicación al respecto, pese a que, como hemos señalado en los antecedentes, le remitimos la copia que la asociación reclamante nos facilitó de la orden.

6. Debemos referirnos, finalmente, a la obligación que la Policía Municipal tiene de dar una respuesta expresa a la solicitud que la asociación promotora de la queja presentó en su Registro (art. 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Dicha solicitud es la que consta en el folio 14 de los dos expedientes administrativos que el Ayuntamiento nos ha remitido.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se elevó la siguiente

**RECOMENDACIÓN 36/2003, de 19 de diciembre, al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián**

Que devuelva las mercancías intervenidas cautelarmente, a raíz de las denuncias nº 306451/03 y nº 303824/03, deje sin efecto las sanciones que por tal motivo ha impuesto a los dos vendedores ambulantes afectados, y responda a la solicitud que presentó la asociación reclamante en el Registro de la Policía Municipal el día 14 de marzo de 2003.