

S E N T E N C I A

En Oviedo, a diez de Julio de dos mil catorce.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANGEL CARBAJO DOMINGO, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de OVIEDO, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 178/13 instado por D. G A CI , representado por la Procuradora DÑA. M C G E siendo demandado el AYUNTAMIENTO DE OVIEDO, representado por el Procurador D. I MJ -B F y como codemandado D. J L D representado por el Procurador D. F C G -D , sobre URBANISMO.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora DÑA. M C G E , en nombre y representación de D. se presentó en este Juzgado Procedimiento Ordinario en fecha 05.09.2013, contra EL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO en base a los hechos y fundamentos de derecho que en su demanda se expresan y, como codemandado D. terminó suplicando que, previos los trámites legales se dicte sentencia en los términos interesados en el Suplico de la misma; dándose traslado a la parte demandada, la que en tiempo y forma legal formuló escrito de contestación a la demanda, con el resultado que obra en las actuaciones. El codemandado también contestó a la demanda con el resultado que obra en las actuaciones.

SEGUNDO.- Habiéndolo solicitado las partes, se recibió el juicio a prueba, por término de treinta días para practicar formándose con las que cada parte articuló, ramos de prueba separados.

TERCERO.- Finalizado el período probatorio, se unieron a los autos los ramos de prueba separados, llevándose a cabo el trámite de conclusiones, con el resultado que obra unido en autos.

CUARTO.- Atendidas las reglas contenidas en los artículos 40 a 42 de la Ley Jurisdiccional de 1.998, por Decreto de fecha 26.03.2014, se fijó la cuantía del presente procedimiento en INDETERMINADA.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el presente recurso contencioso-administrativo se impugnan los siguientes actos administrativos:

a) El Decreto del Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo de 11 de junio de 2013 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. G

contra la Resolución de Alcaldía N° 7.276, de 12 de abril de 2013, por la que se declaró en situación de fuera de ordenación el cierre de terraza ejecutado en la C/ general Zuvillaga N° de Oviedo, así como la reposición del muro perimetral del inmueble, restituyendo los elementos físicos alterados a su situación originaria, manteniendo la misma por resultar ajustada a Derecho.

b) El Decreto del Concejal de Gobierno de Urbanismo de 1 de octubre de 2013 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. G contra la Resolución de Alcaldía N° 14.441 de 30 de julio de 2013 por la



que se aprobó el inicio del procedimiento de ejecución subsidiaria para la restauración de la legalidad urbanística alterada en la C/ General Zuñillaga N° denegando la solicitud de suspensión del acto recurrido y manteniendo la misma por resultar conforme a Derecho.

A) Posición de la parte actora:

Se interesa la estimación del recurso, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas, alegando como motivos de impugnación los siguientes:

a) Caducidad del expediente de restauración de la legalidad urbanística.

A juicio de la recurrente, la Administración parte del error de comenzar a computar el plazo para la duración máxima del procedimiento, desde la concesión de un trámite de audiencia previo a la orden de demolición, y no desde la presentación de la denuncia del vecino, tal y como señala el art. 42 de la LRJ, pretendiendo justificar el retraso en unas pretendidas diligencias de investigación, con el fin de evitar la caducidad del procedimiento.

b) Incompetencia del Jefe de Sección.

A este respecto se alega por el demandante que la resolución de inicio del expediente se toma por el Jefe de Negociado de la Sección de Licencias, cuando el art. 241.1 del TROTUA dispone que se adoptará por el órgano municipal competente, y según dispone el art. 34.4 del Reglamento Orgánico Municipal, el Jefe de Negociado carece de competencias para dictar una resolución de inicio de expediente.

c) Invalidez del Informe Técnico y del Acuerdo de inicio en cuanto a la antigüedad del cerramiento ubicado en la zona de la Plaza de América.



El Informe por el que se decide que la obra, aparte de no ser legalizable, tiene menos de cuatro años de antigüedad, en realidad no afirma tal cosa, ni tampoco la niega, pues se limita a exponer que no se pudo confirmar que tenga más de cuatro años.

d) Invalidez del Acuerdo de inicio y de la resolución respecto al carácter ilegalizable de las obras.

Se alega que en el mismo día en que dicta la Resolución del expediente de 12 de abril de 2013, se incorpora un informe técnico, suscrito por el Arquitecto Técnico Municipal. Sin embargo, de tal informe nunca se dio traslado al denunciado, con la consiguiente indefensión.

No se cumplió con el trámite previsto en el art. 84 de la LRJ, ocasionando al administrado una indefensión material, pues no se dio la posibilidad de discutir o acreditar el cumplimiento de los diferentes preceptos, lo que conlleva la nulidad de pleno derecho de la resolución.

d) Nulidad de la resolución que ordena la ejecución subsidiaria.

En este caso se alega que, iniciado el recurso contencioso-administrativo, con solicitud de medida cautelar de suspensión sin resolverse entonces, debió abstenerse el Ayuntamiento de realizar actuación alguna en tanto en cuanto se resolviese aquella petición, de acuerdo con lo reiteradamente expuesto por la jurisprudencia.

B) Posición de la Administración demandada:

Se interesa la desestimación del recurso al entender que la resolución recurrida es conforme a Derecho, comenzando por negar la caducidad del procedimiento, el cual se incoa el 11 de febrero de 2013, ya que las actuaciones anteriores no son más que actuaciones previas, promovidas en virtud de una

denuncia, a lo que se une que la demora de esas actuaciones previas se debe a las reiteradas incomparecencias y escasas facilidades dadas por el interesado para acceder a las obras, y únicamente cuando se acredita la veracidad de la denuncia, es cuando, de acuerdo con lo previsto en el art. 69.2 de la LRJ, se procede a incoar un procedimiento.

En lo que se refiere a la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, se alega que corresponde a quien invoca la prescripción la determinación del *dies a quo*.

En lo que hace a la competencia del órgano que incoa el expediente, recuerda el Letrado Consistorial que por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 22 de enero de 2004, se asignó a D.

las funciones de Licenciado en Derecho, razón por la que el citado funcionario informa el expediente e incoa el procedimiento disciplinario.

En lo que se refiere al informe técnico que sirve de sustento para la iniciación del expediente, se recuerda que fue ratificado por el Arquitecto Técnico Municipal, por lo que no puede prosperar tal impugnación, como tampoco la alegada indefensión, en virtud de no habersele dado traslado del informe, cuando el mismo aparece transcrito literalmente en el acuerdo de incoación en que se da trámite de audiencia.

C) Posición del codemandado, D.

Se interesa la desestimación del recurso alegando, en lo que se refiere a la caducidad el procedimiento, que debe tenerse en cuenta para el cómputo de los cuatro años a que hace referencia la Ley, la fecha en que dicha acción se insta, y no la de la reacción municipal (STS de 5 de julio de 2006).

Por otro lado, es a la parte que ejecuta las obras sin licencia, a quien corresponde acreditar fehacientemente la fecha de su finalización. En este caso, lo actuado en el

expediente administrativo pone de manifiesto que la cubrición de la terraza que da frente a la Plaza de América tuvo lugar después del año 2010, lo que impide hablar de caducidad de la acción para restaurar la legalidad urbanística.

SEGUNDO.- Entrando ya en el examen de la cuestión de fondo, y para una más adecuada fijación de los términos del debate, se estima conveniente el establecer una somera relación de los hechos que han resultado probados, bien por la prueba practicada al efecto, bien por constatarse ya en el mismo expediente administrativo, a saber:

1. El 1 de julio de 2011 D. _____ presenta ante el Ayuntamiento de Oviedo denuncia en relación con la ejecución de obras ilegales por parte del propietario del inmueble sito en el _____ de la C/ General Zuvillaga de Oviedo, consistentes en la ejecución en el año 2004 de una cubrición parcial de la terraza que da a la C/ General Zuvillaga por quien entonces ostentaba la propiedad de la terraza, y posteriormente, en el año 2007 D. _____

ejecutó una nueva obra en dicha terraza, para también cubrirla en la parte que da a la Plaza América.

2. Por Resolución de 13 de julio de 2011 se concede al Sr. _____ un plazo de audiencia de quince días hábiles (f. 82), que le fue notificada el 25 de julio siguiente (f. 81 vto.).

3. El 11 de agosto de 2011 el Sr. _____ presenta escrito solicitando que se le entregue copia íntegra de la documentación acompañada con la denuncia, concediéndole una suspensión del plazo o en su defecto una ampliación del concedido para formular alegaciones (f. 84).

4. Por Resolución de 26 de septiembre de 2011 se concede un nuevo plazo de audiencia de quince días, dando traslado de la documentación presentada.

5. El 17 de octubre de 2011 se presentan alegaciones por el Sr. solicitando el archivo de las actuaciones.

6. Por Resolución de 7 de noviembre de 2011 del Técnico de la Sección de Licencias se fija para el 22 de diciembre de 2011, a las 9 horas, la realización de una inspección y comprobación (f. 92).

7. Por Resolución de 4 de enero de 2012 del Técnico de la Sección de Licencias se fija para el 2 de febrero de 2012, a las 11:30 horas, la realización de una inspección y comprobación (f. 97).

8. Por Resolución de 2 de febrero de 2012 del Técnico de la Sección de Licencias se fija para el 7 de marzo de 2012, a las 10:00 horas, la realización de una inspección y comprobación (f. 101).

9. Por Resolución de 16 de marzo de 2012 del Técnico de la Sección de Licencias se fija para el 16 de mayo de 2012, a las 11:00 horas, la realización de una inspección y comprobación (f. 105).

10. El 16 de mayo de 2012 el Técnico de la Sección de Licencias informa que el cierre de la C/ General Zuñillaga tiene más de cuatro años, mientras que el cierre de la Plaza de América, es de reciente colocación, sin poder confirmar que tenga más de cuatro años (f. 110).

11. El 24 de enero de 2013 el Sr. presenta escrito solicitando que se tenga por reiterada la denuncia interpuesta (f. 111).

12. Por Resolución de 11 de febrero de 2013 se concede al interesado un trámite de audiencia previa de quince días, a la orden de demolición.

13. El 8 de marzo de 2013 se presentan alegaciones por el Sr. (f. 119 del E/A).

14. Por Resolución de 13 de marzo de 2013 se abre un periodo de prueba por espacio de quince días (f. 120 del E/A).

15. El 8 de abril de 2013 el Sr. solicita el archivo del expediente, al entender que el expediente administrativo ha caducado (f. 123 del E/A).

16. El 12 de abril de 2013 el Jefe de la Sección del Grupo de Apoyo Técnico de Licencias informa que las obras no tienen la condición de legalizable, por lo que procede su demolición.

17. Por Resolución de 12 de abril de 2013 se declara en situación de fuera de ordenación las obras de cierre de terraza ejecutada en la vivienda sita en el N° de la C/ general Zubillaga, y se concede un plazo de dos meses para demoler el cierre de terraza ejecutado que da a la Plaza de América (f. 131 del E/A), que es notificada al recurrente el 29 de abril de 2013 (f. 165 del E/A).

TERCERO.- *Sobre la caducidad del expediente de restauración de la legalidad urbanística.*

En el primero de los motivos de impugnación articulados por la actora en su escrito de demandada se vienen a invocar la caducidad del expediente, pues iniciándose tras la denuncia presentada por el codemandado, Sr. el 1 de julio de 2011, no se respeta el plazo establecido en el art. 42.2 de la LRJ; sin que resulte admisible la existencia de unas diligencias de investigación, con el único propósito de evitar la caducidad del expediente.

Efectivamente, tanto en la Resolución de 12 de abril de 2013, como en la posterior que desestima el recurso de reposición contra ella, de 11 de junio de 2013, y así también

lo hace la propia defensa de la demandada en su contestación a la demanda, se rechaza la posible caducidad del expediente, afirmando que este se incoa el 11 de febrero de 2013, con el trámite de alegaciones previas a la demolición, pues todo lo actuado con anterioridad no son más que actuaciones previas del procedimiento.

A diferencia de lo que sucede con el procedimiento sancionador por la comisión de infracciones urbanísticas, que tiene legalmente establecido un plazo para su resolución (art. 627.5 del ROTU), no sucede lo mismo con el procedimiento de restablecimiento de legalidad de urbanística, que siendo previo al sancionador (art. 627.1 del ROTU), no tiene establecido un plazo de duración cuando se trata de obras terminadas sin licencia, como sucede en este caso (art. 241 del TROTU y 603 del ROTU).

El plazo de cuatro años a que hace referencia el art. 241 del TROTU es para el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística, que ha sido calificado como plazo de caducidad o presupuesto temporal habilitante de la reacción municipal (SSTS de 2 de octubre de 1990, 17 de octubre de 1991 y 14 de marzo de 1995). La caducidad se predica, por tanto, del ejercicio de la potestad, a la manera de la caducidad de acciones.

Dado que el procedimiento que nos ocupa no tiene, en nuestro ámbito, norma alguna que establezca el plazo máximo de resolución, debemos acudir a lo establecido al respecto en la LRJ, concretamente en el art. 42.2 y 3 de la LRJ, y por tanto, debe entenderse que el plazo máximo para resolver es de tres meses (STSJ de Aragón de 28 de enero de 2003 y STSJ de Valencia de 26 de octubre de 2001).

Parece que no puede ser objeto de discusión la necesidad de que la resolución de demolición deba dictarse y notificarse en un plazo determinado, pues no puede considerarse bajo ningún

concepto que nos encontremos ante una medida a dictar sin sujeción a procedimiento administrativo, y al tratarse del ejercicio de una potestad de intervención susceptible de producir actos desfavorables o de gravamen, transcurrido dicho plazo sin resolver y notificar los resuelto, se producirá la caducidad del procedimiento o caducidad-perención, de acuerdo con lo establecido en el art. 44.2 de la LRJ.

Esto sentado, la cuestión nuclear en este contencioso y a los efectos del devenir del presente recurso es la determinación del *dies a quo*, o momento en que se entiende incoado el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, pues parece claro que el *dies a quem* es el de la notificación de la Resolución de 12 de abril de 2013, que tiene lugar el 29 de abril siguiente (f. 165 del E/A).

Pues bien, la Administración considera que el procedimiento se incoa el 11 de febrero de 2013, cuando se concede al interesado un trámite de audiencia previa a la demolición, al entender que todo lo actuado con anterioridad no pasan de ser actuaciones previas al procedimiento, y por tanto no pueden ser considerados como actos del procedimiento.

Dispone el art. 69.2 de la LRJ que "Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento", declarando la STS de 17 de febrero de 2010 que "... en puridad, el único significado de declarar abierto un período de información previa es enmarcar legalmente una actuación administrativa que en todo caso podría realizar la Administración al amparo de sus facultades de control o supervisión en el ámbito de que se trate".

En este caso no podemos compartir la tesis de la demandada y ello por varias razones:

a) En primer lugar, porque nunca la Administración llegó a abrir formalmente un periodo de información previa ex art. 69.2 de la LRJ, lo que se antoja fundamental para el adecuado respeto de los derechos del administrados, máxime la exigua regulación de este trámite en la Ley, en que ni tan siquiera llega a establecer el plazo en que se puede desarrollar.

b) En segundo lugar, los propios actos de la demandada evidencian que era consciente de que se había incoado el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, mucho antes del trámite de audiencia concedido por Resolución de 11 de febrero de 2013, y así resulta del Informe de 16 de mayo de 2012 donde se hace referencia a la incoación del expediente como consecuencia de la denuncia de un vecino, y lo que es más importante, del trámite de audiencia concedido por Resolución de 13 de junio de 2011 (f. 82), lo que únicamente es posible si existe un procedimiento formalmente incoado (arts. 79 y 84 de la LRJ).

c) En tercer lugar, porque de admitirse a efectos puramente dialécticos que lo actuado desde el 13 de julio de 2011 hasta el 11 de febrero de 2013 es una actuación previa, es evidente que su propia duración (casi dos años) y lo actuado en la misma (se habrían llevado a cabo en ella todos los actos instructores), respondería a una finalidad desviada de sustitución del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística por una actividad menos garantista, y por tanto sería nula de pleno derecho, pues parece obvio que se produciría una efectiva indefensión o ausencia plena de procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992.

d) En cuarto lugar, tampoco puede ser óbice a la caducidad del procedimiento, la mayor o menor dificultad con que se encontrara la Administración a la hora de llevar a cabo los diferentes actos de instrucción, pues ni consta que se suspendiera el procedimiento (art. 42.5 de la LRJ) ni tampoco



que la Administración fuera diligente en remover los obstáculos para la temprana ejecución de los actos de instrucción (vr. gr., solicitud de autorización de entrada a los efectos de inspeccionar las obras).

En consonancia con lo dicho, procede declarar la nulidad del Decreto del Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo de 11 de junio de 2013 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D.

contra la Resolución de Alcaldía N° 7.276, de 12 de abril de 2013, al haber caducado el procedimiento, y consecuencia de tal nulidad, también lo es la de los actos posteriores que los ejecutan, concretamente el Decreto del Concejal de Gobierno de Urbanismo de 1 de octubre de 2013 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. contra la Resolución de Alcaldía N° 14.441 de 30 de julio de 2013.

CUARTO.- No procede realizar expresa imposición de las costas causadas dadas las dudas de hecho y de derecho del supuesto controvertido (art. 139.1 de la L.J.C.A.).

A efectos de recurso, se fija la cuantía del mismo como indeterminada y en todo caso inferior a treinta mil euros, pues dada la entidad de las obras ejecutadas a las que se contrae la pretensión anulatoria de la recurrente (cierre de terraza que da frente a la Plaza de América), es obvio que su cuantía (ni la de las obras ni su demolición, en conjunto una y otra) no supera la citada cifra.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, emanada del Pueblo Español, me concede la Constitución,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso administrativo N° 178/13 interpuesto por la Procuradora DÑA. M C G E contra el Decreto del Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo de 11 de junio de 2013 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. contra la Resolución de Alcaldía N° 7.276, de 12 de abril de 2013, y el Decreto del Concejal de Gobierno de Urbanismo de 1 de octubre de 013 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. contra la Resolución de Alcaldía N° 14.441 de 30 de julio de 2013, anulando los actos recurridos por no ser conformes con el Ordenamiento Jurídico, sin hacer expresa imposición de las costas.

Se fija la cuantía de este recurso como indeterminada, y en todo caso inferior a treinta mil euros.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra esta Sentencia no cabe recurso.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.