



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 6
OVIEDO**

SENTENCIA: 00059/2014
JUZGADO PROVINCIAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 6 DE
OVIEDO

Recurso P.O. 7/2013

SENTENCIA n° 59/2014

En Oviedo, a veintiocho de marzo de dos mil catorce.

DOÑA BELÉN ALICIA LÓPEZ LÓPEZ, MAGISTRADA-JUEZ DEL JUZGADO PROVINCIAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 6 DE OVIEDO, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado como PROCEDIMIENTO ORDINARIO n° 7/2013, siendo las partes:

RECURRENTE: D. _____ representado
por el Procurador Sra. F _____ -M _____ S _____ y asistido
por el Letrado Sr. E _____ V _____

DEMANDADA: AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado por el
Procurador de los Tribunales Sr. _____ F _____ y
asistido por el Letrado del servicio jurídico consistorial
Sra. P _____ S _____

CODEMANDADA: DOÑA HERMINIA RUBIO MATUTE representada por
el Procurador de los Tribunales Sra. C. _____ I _____ y asistido
por el Letrado Sra. M _____ R _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de enero de 2013, se presentó recurso contencioso administrativo en el Juzgado Decano de esta ciudad, correspondiendo su conocimiento por turno de reparto al n° 6 de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Oviedo, contra la Resolución dictada en el expediente 1202-060202, por el Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, el 26 de noviembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición a su vez interpuesto contra la resolución de 17 de mayo de 2012 del mismo Concejal, declarando no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística, en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos n° _____ de La Manjoja.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

SEGUNDO.- Reclamado el expediente administrativo se formalizó la demanda en la que, tras exponer los hechos y

fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminó suplicando se dicte sentencia Comprensiva de los siguientes pronunciamientos:

1.- Declarando no ser conformes a Derecho y, por ende, anulando las resoluciones dictadas en el expediente 1202-060202, por el Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, el 26 de noviembre de 2012, notificada el 3 de diciembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición a su vez interpuesto contra la resolución de 17 de mayo de 2012 del mismo Concejal, y en armonía con ello, reconociendo el derecho del recurrente a que se restaure la legalidad urbanística infringida con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº de La Manjoja.

2.- Se reconozca el derecho del recurrente a que se adopten las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida a que se refiere el dictamen técnico de D. Á. M. F. y, subsidiariamente la que sea procedente.

Con expresa imposición de costas a los demandados.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada contestó a la demanda en tiempo y forma y en ella expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la desestimación del recurso, por estar los acuerdos municipales aquí impugnados dictados de conformidad con el Ordenamiento Jurídico, absolviendo al Excmo. Ayuntamiento de Oviedo de todas las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

Por la representación de la codemandada se contestó a la demanda en tiempo y forma y en ella expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la desestimación del recurso, por estar los acuerdos municipales impugnados dictados de conformidad con el ordenamiento jurídico, absolviendo a las partes demandadas de todas las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Se fija la cuantía de la presente litis en indeterminada. Se practicó la prueba propuesta y declarada pertinente. Y las partes solicitaron formular conclusiones escritas y una vez aportadas a autos, en tiempo y forma, se acordó que quedaran los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales a excepción del plazo para dictar Sentencia por la existencia de asuntos pendientes de idéntico trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso consiste en la Resolución dictada en el expediente 1202-060202, por el Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, el 26 de noviembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición a su vez interpuesto contra la resolución de 17 de mayo de 2012 del mismo Concejal, declarando no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística, en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos n° de La Manjoja.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega, básicamente, que como consecuencia de la ejecución de las obras de construcción de la vivienda de la codemandada D^a H se ha producido una alteración de las cotas del terreno en la zona de colindancia de 3 metros con la parcela 11028 del recurrente Sr. G C. Que la altura de la edificación unifamiliar o vivienda, no se ajusta al proyecto que obtuvo la licencia, así como al PGOU de Oviedo ya que incumple lo establecido en el artículo 5.5.3 del citado Plan. Que la edificación de la codemandada D^a H R₁ no cumple con la separación o distancia a linderos recogida en el PGOU y entiende que, además, no se tuvo en cuenta la modificación de la situación de la vivienda respecto de lo reflejado en el plano 01. Por último alega que la modificación del trazado del colector llevada a cabo no cumple con la normativa municipal, en concreto artículo 7.3.37 y 38 y el artículo 8.4.3.12.

Por la admón. demandada se formuló oposición dando respuesta a las motivos de impugnación planteados por la parte recurrente y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la desestimación del recurso, por estar los acuerdos municipales aquí impugnados dictados de conformidad con el Ordenamiento Jurídico, absolviendo al Excmo. Ayuntamiento de Oviedo de todas las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

Por la representación de la codemandada se contestó a la demanda en tiempo y forma y en ella expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la desestimación del recurso, por estar los acuerdos municipales impugnados dictados de conformidad con el ordenamiento jurídico, absolviendo a las partes demandadas de todas las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Del expediente administrativo resulta que:

Por resolución de fecha 25-10-2006, se concedió en el expediente n° 1202-060202, licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos n° La Manjoya, folio 161 del expediente administrativo.

El 20.4.2007 el demandante presentó escrito en el ayuntamiento junto con fotografías en el cual ponía de manifiesto la realización de trabajos de movimientos de tierra, cierres y recogida de aguas que consideraban incumplían lo previsto en el artículo 5.1.16 y 5.3.7 apartado 3 del PGOU, folio 186 y solicitaba inspección. En fecha 25.5.2007 presentó nuevo escrito reiterando lo ya manifestado y aportando nueva documentación, folios 187 a 199 del expediente administrativo. Obra informe del arquitecto técnico al folio 201 y 202 del expediente administrativo, en el que se indica que las obras realizadas por el titular de la residencia no guarda ninguna relación con el expediente de construcción de la vivienda expediente n° 1202-060202 (que es el de los presentes autos). Y dio lugar al expediente 1210-07-265 y al recurso PO 429/08 tramitado por el JCA n° 3 de Oviedo en el que recayó sentencia de fecha 1 de marzo de 2010.

Con fecha 11-10-2007, D. J L G C , en su condición de colindante con la finca objeto de expediente, presenta nuevo escrito manifestando incumplimientos del condicionado de la licencia, en síntesis:

-Que no se respeta la cota natural del terreno, practicándose una sobreelevación, con movimiento de tierra y relleno inadecuado, sobre la que se ejecutó una nueva malla de cierre con dos metros de altura.

-Que no se cumplen los 7 metros de altura máxima permitida.

-Que no se respeta el límite de 3 metros respecto al lindero con la finca de su propiedad.

Concluye dicho escrito interesando se adopten, en su caso, las medidas tendentes a la restauración de la legalidad urbanística.

Se emite informe por el arquitecto técnico el 31.10.2007 en el cual informa que *Una vez realizada la correspondiente inspección, se ha podido comprobar que la obra ejecutada hasta el momento se ajusta al proyecto aprobado.*

En el momento actual no resulta posible establecer la cota final del terreno circundante a la edificación ya que no han concluido los trabajos.

Debe señalarse que ésta es una parcela contigua a la de la Residencia donde sí se han realizado rellenos inadecuados en el lindero, los cuales provocaron el derrumbe del cierre, no existiendo constancia de que aquí se hayan llevado a cabo.

A la vista de dicho informe el Sr. G. C presentó nuevo escrito mostrando su disconformidad con el mismo y

de la salida de humos sería desproporcionado respecto del estricto cumplimiento de la norma urbanística vigente, por existir una discordancia de veinte centímetros con respecto a los 3 metros del lindero en solamente 0,80 metros de los 12,80 metros totales de la fachada.

Tercera.- En relación con las obras de la piscina, como se indica en el informe de fecha 4-03-2009, se encuentran amparadas en licencia municipal con expediente 1217-080235.

Cuarta.- Respecto de la alteración del trazado que según el demandante ha sufrido el colector de la red general de saneamiento, deberá informar, en su caso, la sección municipal competente.

El 24-05-2011 la empresa Aqualia, concesionaria del servicio municipal de aguas y saneamiento emite el siguiente informe:

"Girada visita de inspección por el personal técnico del servicio, se ha comprobado que el funcionamiento del colector desviado es correcto, realizándose la desviación con el mismo diámetro de tubería y mejorando incluso el mismo pues se sustituyó la tubería de hormigón por una nueva de PVC".

Asimismo, el 26-09-2011 se emite nuevo informe por los Servicios Técnicos Municipales, de acuerdo con el cual:

"A la vista del informe emitido por la Sección de Topografía de fecha 2 de septiembre de 2011, y según los planos aportados al mismo, se observa que:

a) La pendiente del terreno, en la actualidad, no se ajusta a la existente en el Plano nº 1 "Situación y Planta de parcela" aportado en Septiembre de 2006 (sustituyendo al 01 de octubre de 2005 y foliado con el nº 144).

b) Según el plano de perfil longitudinal aportado por la Sección de Topografía se observa lo siguiente:

1º Dentro de los tres metros de separación a la parcela colindante la cota del terreno no ha sido alterada.

2º La diferencia entre las cotas del terreno de la parcela inicial y la actual donde se ubica la vivienda no supera 1,39 metros.

3º La cota del terreno actual se encuentra por debajo de la cota del terreno de la parcela inicial.

Con fecha 3-02-2012 se trasladó al interesado copia de los informes referidos, concediéndole audiencia previa a la desestimación de su solicitud de iniciación de procedimiento para la restauración de la legalidad urbanística, por plazo de diez días para alegaciones, que fueron presentadas el 27-02-2012, en las que se dan por reproducidos los contenidos de su escrito de fecha 5-10-2010, señalando asimismo, que no se acierta a comprender que en el informe de 22-11-2010 se diga que no se aprecia una alteración de las alturas o cotas del terreno, cuando la Sentencia de fecha de 1 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Oviedo, de la que se indica acompañar copia, sin que se haya adjuntado la misma, estableció que se había alterado la rasante natural

del terreno hasta una altura de 2,50 metros; respecto de la chimenea manifiesta que el Ayuntamiento permitió que se consagrara la infracción que hoy se reconoce, aunque se le quiera restar importancia. Por último, en lo que se refiere a la alteración del trazado del colector, insiste en lo señalado en el dictamen técnico del Arquitecto D. F. S. , aportado al expediente.

El 26-03-2012 los Servicios Técnicos Municipales emitieron el siguiente informe:

"En respuesta al escrito de alegaciones presentado con fecha 27-02-2011 se emite el siguiente informe:

PRIMERO.- Respecto a la primera de las alegaciones en las que el denunciante da por reproducido el contenido de su escrito de 4 de octubre de 2010, ha sido contestado, en todos sus apartados, en informe emitido con fecha 22-11-2010, al que me remito y en el que me ratifico.

SEGUNDO.- En cuanto a la segunda de las alegaciones relacionada con las rasantes del terreno, así mismo, me remito y ratifico en mi informe de fecha 26-09-2011, basado en los informes y planos -de planta y perfiles emitido por el departamento de topografía de fechas 28-07-2011 y 2-09-2011 respectivamente.

TERCERO.- En relación con la chimenea a la que se refiere la tercera de las alegaciones, nuevamente me remito a lo expuesto en la consideración segunda del precitado informe de fecha 22-11-2010, en cuanto a la aplicación, salvo mejor o superior criterio, de uno de los mas elementales principios inherentes al ejercicio de la potestad administrativa cual es el principio de proporcionalidad.

CUARTO.- Por último, en lo referente a la cuarta de las alegaciones sobre la alteración del trazado del colector, nos remitimos al informe emitido por la empresa Aqualia de fecha 24-05-2011, en la que manifiesta el correcto funcionamiento del colector y la mejora del mismo, en contra del dictamen del arquitecto Sr. S. al que se alude en la denuncia.

Asimismo la empresa Aqualia informó con fecha 9-05-2012, lo siguiente:

"Girada visita de inspección por el personal técnico del Servicio, se ha comprobado el colector arriba mencionado, el cual se encuentra en correctas condiciones de funcionamiento. Asimismo, hemos de decir que desde la fecha de construcción del desvío del colector hasta la fecha actual, no se ha tenido conocimiento de ninguna incidencia en dicho tramo de red de saneamiento."

Por todo ello se propone: Declarar no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística, en relación a las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº La Manjoya, y en consecuencia, desestimar la solicitud que a dichos efectos formuló D. J. L. G. Siendo aprobada por resolución del Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 17.5.2012.

Frente a la anterior interpuso recurso de reposición y por

Resolución dictada en el expediente 1202-060202, por el Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, el 26 de noviembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición a su vez interpuesto contra la resolución de 17 de mayo de 2012 del mismo Concejal, declarando no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística, en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº de La Manjoya.

Por la aquí actora se interpone el presente Recurso Contencioso-Administrativo contra la anterior resolución.

CUARTO.- Es objeto del presente recurso la resolución por la que el Ayuntamiento desestima iniciar un procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística, en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº de La Manjoya, expediente 1202-060202.

En el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Oviedo se siguió el PO nº 429/2008, que tenía por objeto la resolución del Concejal de Gobierno de Licencias del Ayuntamiento de Oviedo nº 19.541 de 28 de octubre de 2008 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por don contra la Resolución nº 19.027 de 2 de octubre de 2007 por la que se concedió a Gión Mature S.L. licencia municipal de obras de restitución de muro de contención y colocación de cierre entre colindantes en Los Prietos nº 3 (La Manjoya), expediente 1210-07-265. En dicho procedimiento eran partes D. (parte recurrente) y como demandados el Ayuntamiento de Oviedo y GION MATUTE MH S.L. y se dictó Sentencia de fecha 1.3.2010 por la que estimando el recurso se declaró:

PRIMERO: La anulación de los actos recurridos por no ser conforme con el Ordenamiento Jurídico.

SEGUNDO: Reconocer el derecho del recurrente a que se adopten las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que sean procedentes en todo el lindero de su finca.

El principio de cosa juzgada, consagrado en el artículo 222 LEC tiene por finalidad dar seguridad y certidumbre a las relaciones jurídicas y evitar que puedan dictarse sentencias contradictorias sobre un mismo asunto.

Se produce este efecto de cosa juzgada cuando la cuestión o asunto suscitado en un procedimiento ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior. La cosa juzgada tiene dos facetas: la formal, que es la cualidad que adquiere una resolución cuando es declarada inimpugnabile por la ley o es consentida por las partes, y la material, que es el efecto de las resoluciones firmes de vincular en otros procesos.

A su vez, la cosa juzgada material produce una doble vinculación:

a) Negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando su objeto es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un

proceso anterior, y este es el efecto apreciado en la sentencia apelada.

b) Positiva o prejudicial, cuando lo juzgado sea sólo parcialmente idéntico a lo resuelto en un proceso anterior, obligando al órgano judicial a atenerse al contenido de la resolución anterior, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como base de partida.

En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada produce, por tanto, el efecto de la inadmisibilidad del proceso, y su apreciación exige que entre el nuevo y el anterior proceso concurre la identidad a que se refiere el artículo 222 LEC.

En el proceso contencioso administrativo existen peculiaridades que atañen al objeto de la pretensión, que convierten al acto administrativo impugnado en un específico elemento identificador de la cosa juzgada, como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia de 30 de junio de 2003, y las que en ella se citan, al señalar que "...si en el posterior proceso la res de qua agitur es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución judicial firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero...".

En definitiva, es doctrina del TS sobre este punto que la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórico y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente (SSTS de 10 noviembre 1982 EDJ1982/6798 , 28 enero 1985 EDJ1985/529 , 30 octubre 1985 EDJ1985/5583 23 marzo 1987 EDJ1987/2293 , 15 de marzo de 1999 EDJ1999/4843 , 5 de febrero de 2001 EDJ2001/29389 , 17 de diciembre de 2001 EDJ2001/65383 y 23 de septiembre de 2002 EDJ2002/37290 , entre otras).

Aplicando lo anteriormente expuesto y a la vista de que no sólo el acto objeto del presente recurso es distinto del que lo fue en el PO 429/2008 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Oviedo sino que además las partes también lo son, y los movimientos de tierra llevados a cabo en el procedimiento del Contencioso nº 3 fueron llevados a cabo en una finca distinta de la de autos por lo que no cabe sino concluir que no concurre en el supuesto examinado la cosa juzgada alegada por la Administración en su contestación. Y en relación con lo anterior tampoco cabe acoger lo alegado por el Ayuntamiento en relación con el art. 400 de la LEC en cuanto a la preclusión de alegaciones de hechos y fundamentos

jurídicos, dado que, entiende que, los rellenos de tierras que se denuncian habrían sido realizados con ocasión de los ya enjuiciados en la finca colindante, ni tampoco hablar de reiteración de litigios innecesarios por haber sido resueltos con anterioridad o sobre bases fácticas ya conocidas ya que tal y como consta en el expediente administrativo, en los informes de técnicos municipales obrantes a los folios 202 y 222 del expediente administrativo, se tratarían de actuaciones distintas y así, en el primero de los informes del técnico municipal folio 201 y 202 del expediente administrativo, en el que se indica que: *Las obras realizadas por el titular de la residencia y que son las que han provocado el derrumbe del lindero, no consta que hayan obtenido la correspondiente licencia municipal.*

Han consistido en el cierre de la parcela de la residencia geriátrica, para lo cual previamente han procedido al relleno de un metro más o menos de espesor en una zona contigua al edificio de la residencia.

...
Esta actuación no guarda ninguna relación con el expediente de construcción de la vivienda expediente nº 1202-060202

Y en el informe del técnico municipal, obrante al folio 222 del expediente administrativo, se indica que: *Una vez realizada la correspondiente inspección, se ha podido comprobar que la obra ejecutada hasta el momento se ajusta al proyecto aprobado.*

En el momento actual no resulta posible establecer la cota final del terreno circundante a la edificación ya que no han concluido los trabajos.

Debe señalarse que ésta es una parcela contigua a la de la Residencia donde sí se han realizado rellenos inadecuados en el lindero, los cuales provocaron el derrumbe del cierre, no existiendo constancia de que aquí se hayan llevado a cabo.

Es por ello que de los propios informes de los técnicos municipales se desprende que se tratan de actuaciones distintas por lo que no cabe acoger la alegación de que el recurrente "consintió que la actuación de la restauración se circunscribiese a la parcela propiedad de "Gion Matute S.L." hasta sus últimas consecuencias, incluyendo la ejecución del fallo judicial."

En la resolución que es objeto del presente procedimiento se acuerda no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística, en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº de La Manjoya.

QUINTO.- El procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, viene regulado en el TÍTULO VIII sobre PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y RESTAURACIÓN DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA, del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, artículo 236 y siguientes.

Ya la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Oviedo, de 18.7.07 en el procedimiento nº 249/2006 declara que "el ordenamiento urbanístico cuenta con una variedad notable de instrumentos expresamente destinados a la protección de la legalidad urbanística, utilizables cuando se produzca una infracción o trasgresión del mismo. Así, junto a las potestades generales consustanciales a la actuación de las Administraciones públicas con las que hacer frente a los comportamientos urbanísticos irregulares: las obras que se hagan sin licencia o contra las condiciones impuestas en ella, o que se hagan con licencia ilegales, en las que entran en juego los institutos de anulación, revocación, restitución de los cosas a su primitivo estado, ejecución forzosa, etc., se halla asimismo la potestad sancionadora con la que hacer frente a los ilícitos administrativos tipificados como tales, cuando no resulte procedente derivar la responsabilidad al ámbito penal. La legislación urbanística pone de relieve todos estos efectos, incluso la posterior derivación de exigencia de resarcimiento como consecuencia de los daños y perjuicios causados por las infracciones.

Es decir, frente a unas obras ilegales, ya sea por ejecutarse sin licencia, ya sea por no ajustarse a la concedida, la Administración puede reaccionar instando el restablecimiento de la situación física ilegalmente alterada a su estado original, y mediante el ejercicio de la potestad sancionadora frente al infractor...".

El artículo 241 del D.L. 1/2004 TROTUA referido a "Actuaciones terminadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a sus determinaciones" establece que "Siempre que no hayan transcurrido más de cuatro años desde la total terminación de las obras o usos ejecutados sin licencia u orden de ejecución, el órgano municipal competente requerirá al propietario para que ajuste las obras o usos a las condiciones de la licencia obtenida o, en su caso, solicite licencia, siempre que estime, previo informe de los servicios técnicos, que la actuación pudiera ser legalizable.

- Se entenderá que la actuación es ilegalizable cuando se aprecie una incompatibilidad total entre lo promovido y la clasificación o calificación del suelo en el cual se sitúa. En este caso, el órgano municipal competente formulará el requerimiento a que se refiere el apartado 2 del art. 244 de este Texto Refundido. Si el propietario no solicita la licencia ni adapta las obras o usos en el plazo que se le conceda, se actuará conforme a lo previsto en el art. 243 de este Texto Refundido".

Por lo que se refiere a las infracciones denunciadas por el aquí demandante y en virtud de las cuales interesaba la adopción de medidas de restauración de la legalidad urbanística:

1) Alteración de las cotas del terreno en la colindancia de la parcela 105 con la parcela 11028, dentro de la franja de tres metros.

Del contenido del informe del perito judicial resulta acreditada dicha alteración y así, resulta de la figura nº 1 obrante al folio 277 de los autos que "La no correspondencia de las cotas originales y resultantes del terreno por la realización de movimientos de tierras en la zona de colindancia con la parcela del recurrente, consistentes en rellenos de tierras en dos zonas claramente diferenciadas, una al noreste que supone un relleno máximo de unos 23 cm. (+- 5 cm.) contra el muro de contención de la rampa a garaje y que no alcanza el lindero de separación con la finca del recurrente, y otra zona al noroeste, junto a la piscina, donde el relleno, con máximos de 74 cm (+- 8 cm.), modifica el perfil del lindero norte además del oeste."

Concluyendo en su informe, folio 284 de autos:

"Basado en la forma y disposición de las zonas de colindancia que han sufrido rellenos, reflejados en la figura 1 de este informe y a pesar de la cautela y márgenes de error aplicados, se observa que los movimientos de tierras realizados en la esquina noroeste se corresponden en su mayoría con un talud en rampa hacia la piscina siendo por tanto consecuencia de la búsqueda de una superficie plana para la implantación de la misma, no estando estas obras incluidas en el proyecto de obras de la vivienda; por el contrario se observa la existencia de rellenos de hasta 25 cm. en la esquina noroeste de la parcela, en la zona del fondo de la rampa de garaje, que puesto que en la zona no se han realizado otro tipo de obras ni se han realizado trabajos de jardinería que pudieran necesitar de aporte de tierras, deben entenderse realizados como consecuencia de la ejecución de las obras de construcción de vivienda."

A ello debemos de añadir que en las aclaraciones realizadas en el acto de la vista por el perito judicial declara que esos rellenos se producen dentro de los 3 metros de la zona de colindancia. Y que en su informe parte de que la situación inicial de la finca es la reflejada en el plano aportado con el proyecto y modificado y la situación final es la reflejada en el plano del topógrafo municipal, y concluye que ha habido una alteración del terreno. Manifestando que se han realizado rellenos.

Y si bien es cierto que parte de los rellenos recogidos en el informe del perito judicial hacen referencia a la zona de la piscina, obra que ha sido autorizada en virtud de otra autorización administrativa, a saber, licencia municipal con expediente 1217-080235, también se recogen en su informe la realización de otros rellenos en la zona de la rampa del garaje, y tal y como indica el perito judicial "deben entenderse realizados como consecuencia de la ejecución de las obras de construcción de vivienda."

Y de conformidad con lo previsto en el artículo 5.1.16 del PGOU 1. Con carácter general, los movimientos de tierra en el

suelo no urbanizable deberán adecuarse al paisaje y a las condiciones naturales del terreno.

2. Se permitirá la realización de los movimientos de tierra necesarios para la implantación de una actividad o edificación siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

b) Se resolverán en el interior de las parcelas separándose de cualquiera de los linderos una distancia igual o superior a 3m.

Y a preguntas del letrado de la parte actora manifestó que respecto del lindero que separa la finca de la recurrente de la codemandada es un muro. Que ese muro, tiene dos partes, la parte baja que es de hormigón y sobre éste hay bloques (salvo unos 5-7 metros en la zona este) y sobre esos bloques hay malla.

El muro de hormigón es un muro de contención de tierras y en principio los bloques no sería de contención salvo que estuvieran cuajados de hormigón pero no ha hecho catas para determinarlo.

Por la parte de la finca de doña H esa parte de los bloques de hormigón que están sobre el muro de hormigón la tierra arrima contra el muro, y esa tierra cubre entre un bloque o bloque y medio desde el lado de la finca de D^a H a lo largo de todo el lindero. (la tierra se levanta por encima del muro de contención (hormigón) varios centímetros. Y quedan libres unos 5-7 bloques por encima
Minuto 4

Y si bien el perito judicial en su informe señala en rojo en la zona de colindancia la zona de movimientos de tierra y en blanco la zona donde no ha habido movimientos de tierras (zona en la que se encontraría el muro descrito) responde que ello es debido a que la figura 1 es una comparación entre el plano del proyecto, el plano modificado y el levantamiento topográfico que realizó el técnico municipal, (minuto 6 de la grabación) y no se pueden apreciar todos los movimientos de tierra realizados porque el levantamiento está hecho con una tolerancia de 50 cm. Por lo que esa zona blanca, o bien no ha sufrido variación, o no lo suficiente para que las curvas altimétricas lo recojan (+ de 50 cm). Lo que se recoge de forma expresa en su informe folio 276 in fine de autos.

Y teniendo en cuenta lo expuesto, parece razonable pensar que si lo cubierto por la tierra se corresponde con un bloque o bien bloque y medio, no llega a esos 50 cm de tolerancia que señala el perito judicial, y así el informe del ingeniero técnico agrícola aportado por la parte actora habla de relleno de entre 25 y 41 cm, folio 82 de los autos. Por lo tanto dicha alteración no resulta perceptible para las curvas altimétricas y ello al ser inferiores a medio metro.

El perito judicial no sabe si el muro de hormigón es de la misma fecha que el muro de bloques. Y preguntado por el Letrado de la parte actora contestó que es posible que el muro de bloques sea de fecha posterior al de hormigón pero que no fue objeto de su informe.

De la testifical de D. P. A. V., cuñado de la codemandada, quien estuvo presente durante la construcción del muro de bloque levantado sobre el de hormigón resulta que el muro de hormigón no sobrepasaba la altura del terreno, que aparentemente estaba a nivel, y que echaron tierra vegetal allí donde había habido desprendimiento de terreno pero tras la construcción del muro de bloque no se vuelve a arrimar tierra al muro, minutos 10 a 14 de la grabación. Véase las fotografías obrantes al folio 161 de los autos, siendo especialmente ilustrativa la fotografía que hay en la parte inferior izquierda donde se aprecia que ya en ese momento (de construcción del muro de bloques) se cubrieron cerca de dos bloques y se ve de forma clara a la altura de las personas al lado del muro. Si ponemos esa fotografía en relación con la foto inferior derecha se ve que ese relleno (de unos 2 bloques) continuó a lo largo del muro de bloque llegando más allá del poste.

Y teniendo en cuenta que tanto el demandante como el cuñado de la codemandada señalan que las citadas obras de construcción del muro de hormigón y bloque tuvo lugar hace unos 10 u 11 años (2001-2002) la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística habría caducado (4 años) en relación con el citado muro ya que la primera denuncia data de 20.4.2007, folios 170 a 186 del expediente administrativo, pero no habría caducado en relación con los rellenos realizados en la zona de la rampa del garaje.

2) Por lo que se refiere a la infracción relativa a la separación a linderos de una edificación reciente ya que la parte demandante entiende que la edificación de D^a Herminia no cumple con la separación de 3 metros a linderos exigida en el PGOU.

Es hecho reconocido ya en vía administrativa la existencia de humos en la fachada Noroeste que se encuentra a 2,80 metros del lindero, también lo es que la cara de su revestimiento exterior es de 0,80 metros de largo, si bien en aplicación del principio de proporcionalidad alega el Ayuntamiento que no cabe adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad. Y así indica que:

"En atención a uno de los más elementales principios inherentes al ejercicio de la potestad administrativa, cual es el de proporcionalidad, a juicio del técnico que informa y, salvo superior criterio, el perjuicio económico que se irrogaría al propietario de la vivienda en el caso de ordenar la demolición de la salida de humos sería desproporcionado respecto del estricto cumplimiento de la norma urbanística vigente, por existir una discordancia de veinte centímetros con respecto a los 3 metros del lindero en solamente 0,80 metros de los 12,80 metros totales de la fachada."

Lo primero que debemos indicar es que tanto en el proyecto inicial aprobado, folio 25, como en el plano de parcela modificado obrante al folio 144 del expediente administrativo -y que sustituye al inicial por un error de delineación (folio 145) y que fue informado favorablemente-, la edificación en todos los puntos respetaba esa distancia mínima de 3 metros a colindantes y en concreto respecto de la parte aquí demandante era en la parte menor de 3 metros y en la mayor de 4,48 metros. Y la chimenea ya aparecía en el proyecto.

En cambio si atendemos a las obras realmente ejecutadas resulta que la chimenea no cumple con los 3 metros, a saber, se encuentra a 2,80 metros del lindero (recurrente) y ello es debido a que se produjo un giro en relación con la ubicación de la edificación o vivienda. La propia parte codemandada reconoce la modificación del emplazamiento de la vivienda, que, efectivamente se giró durante la ejecución de la obra, folio 148 de autos, Alega la parte codemandada, folio 149 vuelto, que "Esta disminución pudo ser debida a la reordenación (giro) de la edificación durante la ejecución de la obra." Y el arquitecto de la parte codemandada alegó en el acto de la vista que se presentó modificado de proyecto para llevarlo a cabo y que cuenta con la correspondiente autorización municipal. Autorización que no queda acreditada ya que no obra en el expediente administrativo, ni solicitud del modificado en el que se solicitara dicho "giro" en la edificación, ni los informes técnicos en relación con la misma, ni la autorización administrativa correspondiente. Es por ello que no cabe sino entender que, en este punto, las obras llevadas a cabo no se ajustan a la licencia concedida y a diferencia de lo alegado por la parte codemandada, ese giro no tendría encaje en el artículo 238.3 del TROTU ya que comporta infracción urbanística y ello a la vista de que como consecuencia de ello incumple la distancia de los 3 metros a linderos (artículo 5.3.4.1.a) del PGOU), aunque sea solamente 0,80 metros de los 12,80 metros totales de la fachada.

Acreditado dicho incumplimiento, procede examinar si, tal y como alega la Administración, en aplicación del principio de proporcionalidad no cabe adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad.

Tal y como se declara en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3.11.1993, "El principio o criterio de proporcionalidad, congruencia o menor demolición, desarrollado por la jurisprudencia, pretende en su aplicación evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o gravedad de la infracción cometida y las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta, resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten. Igualmente es necesario indicar que la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición impuesta (Sentencias, entre otras, de 1 de julio y 19 de septiembre de 1981). No procedería por tanto, la

demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal”
En este mismo sentido, entre otras, la Sentencia del T.S. de 5 de mayo de 1995, 10 de mayo de 1995, 14 de Julio del 2000 ...)

Pues bien, aplicando lo anteriormente expuesto, comparte esta Juzgadora lo razonado por la Administración, “el perjuicio económico que se irrogaría al propietario de la vivienda en el caso de ordenar la demolición de la salida de humos sería desproporcionado respecto del estricto cumplimiento de la norma urbanística vigente, por existir una discordancia de veinte centímetros con respecto a los 3 metros del lindero en solamente 0,80 metros de los 12,80 metros totales de la fachada.”.

En atención a lo expuesto en este punto si bien hay incumplimiento, y dado el carácter ilegalizable del mismo según se desprende de los informes de los técnicos municipales, no cabe adoptar medidas tendentes al restablecimiento de la legalidad.

SEXTO.- En cuanto al incumplimiento señalado en la demanda en relación con la Altura de la edificación familiar:

En primer lugar debemos indicar que la parcela en la cual se pretende la construcción de una vivienda unifamiliar aislada, se ubica en suelo clasificado y calificado en el Plan General de Ordenación Urbana en vigor, como Suelo No Urbanizable categoría de Núcleo Rural Agrupado.

Por lo que se refiere a la altura de la edificación, el PGOU de Oviedo, señala en el TITULO 5 referido a: NORMAS REGULADORAS DEL SUELO NO URBANIZABLE, dentro del capítulo III que regula las Condiciones generales de la edificación en Suelo No Urbanizable, en concreto en el artículo 5.3.3 relativo al uso residencial:

Artículo 5.3.3. Altura máxima.

1. La altura máxima de las construcciones será de 2 plantas, más bajo cubierta, y 7 metros a cornisa.
2. Los edificios destinados a equipamiento, industrias u hoteles podrán tener una altura máxima de 2 plantas y 9,5 metros a cornisa.
3. La altura se medirá en el punto medio de cada fachada y respecto de la rasante natural del terreno.

En aplicación de la normativa expuesta y que resulta de aplicación al supuesto aquí examinado al encontrarse la parcela en suelo clasificado y calificado en el Plan General de Ordenación Urbana como No Urbanizable, la altura de la edificación (máximo 7 m a cornisa) se mide en el punto medio de cada fachada y respecto de la rasante natural del terreno, conforme dispone el artículo 5.3.3 del PGOU y ello al estar así establecido de forma específica para el SNU, y sin que quepa aplicar las normas reguladoras del Suelo urbano en este punto.

Para determinar la altura de la vivienda de autos existe un problema que radica en determinar cual era la rasante natural del terreno, es decir, antes de la ejecución de las obras de construcción de la vivienda. Y resulta acreditado que ha habido una alteración del terreno mediante rellenos a la vista del informe del perito judicial, el cual ha partido de

los planos aportados por la parte codemandada tanto con el proyecto como el modificado posterior, y obrante al folio 144 de autos como situación inicial y del plano topográfico municipal del estado actual, como situación final.

Debemos indicar que según consta en el expediente administrativo el arquitecto técnico municipal midió la altura partiendo de la rasante de la acera y no de la rasante natural del terreno, así obra en el informe de fecha 4.3.2009, folio 243 del expediente administrativo que: *La altura a cornisa de la edificación es de 6,94 m., y de conformidad con el artículo 4.1.34 en su apartado 2 a) del PGOU vigente, ha sido medida desde la rasante de la acera hasta la intersección de la cara inferior del forjado que forma el techo de la última planta con el plano de la fachada del edificio.*

Tal y como ya se ha expuesto, en el SNU la altura de la edificación ha de ser medida desde la rasante natural del terreno, (artículo 5.3.3) por ser norma específica para el SNU. La rasante natural del terreno es un elemento clave para medir la altura en el SNU, ya que de no hacerse así en el SNU, la altura de la edificación se podría modificar fácilmente mediante la realización de rellenos en el terreno. Aún partiendo de que la rasante natural del terreno fuera coincidente con la rasante de la acera actual, tal y como indica la codemandada en su contestación a la demanda, véase folio 149 de los autos in fine y principio del folio 149 vuelto, la altura de la edificación superaría los 7 metros, ya que según resulta de la medición del perito judicial esta sería de 7,14 metros. Y así consta en su informe, folio 279 de los autos que: *Comprobando que, la altura existente entre la rasante de la acera y la intersección del plano de fachada con la cara inferior del forjado que forma el techo de la última planta, alcanza un total de 7,14 metros tal y como se muestra en la figura 2.*

En las aclaraciones el perito judicial indicó que la altura de la fachada es de 7,14 metros desde la acera y que la midió hasta la intersección de la cara inferior del forjado con el plano de la fachada del edificio, tal y como aclaró en el acto de la vista, minuto 20 de la grabación, siendo rotundo en su afirmación y haciendo las aclaraciones pertinentes para confirmar su postura. Y alega que el forjado tiene dos alturas y la más alta es la que intersecta con el plano de fachada y que eso se ve en la sección constructiva del proyecto. Manteniendo en todo momento que es así como ha de medirse conforme al PGOU, (así consta en el minuto 20 de la grabación al responder a las preguntas de la letrado de la parte codemandada y también en el minuto 29 al responder a la letrado consistorial).

También declaró que no se puede determinar cual era la rasante natural del terreno con los datos que ahora hay y que, para determinar la altura desde la rasante natural del terreno, habría un margen de error de 16 cm (oscilaría entre 6,98 y 7,14 metros), tal y como ya se recogía en su informe.

A todo lo anterior expuesto debemos de añadir que correspondía acreditar a la codemandada cual era la rasante natural del terreno antes de su intervención sobre el mismo y con ello despejar toda duda sobre la altura de la edificación.

Por tanto es ella la que debe pechar con las consecuencias de la falta de determinación con exactitud de la rasante natural. Indicando por otro lado que ella misma reconoce en su contestación a la demanda que la rasante natural coincide con la acera, lo que conlleva entender que la edificación tiene una altura de 7,14 metros y por tanto, incumpliría la altura máxima permitida en el PGOU de 7 metros.

SÉPTIMO.- Por último alega en su demanda que la modificación del trazado del colector llevada a cabo no cumple con la normativa municipal, en concreto artículo 7.3.37 y 38 y el artículo 8.4.3.12.

Por parte de Aqualia se emite informe en el que se indica que "se ha comprobado que el funcionamiento del colector desviado es correcto, realizándose la desviación con el mismo diámetro de tubería y mejorando incluso el mismo pues se sustituyó la tubería de hormigón por una nueva de PVC".

Y los técnicos municipales en relación con el colector se limitan a indicar que se remiten al informe de Aqualia.

Del contenido del informe del perito judicial, merecedor de toda credibilidad para esta Juzgadora, así como las aclaraciones realizadas en el acto de la vista se desprende en relación con las obras de modificación del colector que carece de la correspondiente licencia y además señala "Habiendo comprobado que la modificación del trazado del colector no dispone de pozos en todos sus quiebros, a la vista de que el punto existente para el registro y limpieza de la red no satisface el diámetro mínimo exigido, y puesto que la generatriz superior de la tubería no alcanza la profundidad exigida para el caso, se observa que la modificación del trazado del colector llevada a cabo NO CUMPLE con la normativa municipal."

Se alega por la codemandada la caducidad de la acción por haber transcurrido el plazo de 4 años, ya que dice que la parte actora sitúa la modificación del colector con anterioridad a la ejecución de las obras "coincidiendo con la parcelación realizada en 2006". También la Administración demandada, folio 138 de los autos, entiende que la acción habría prescrito por el transcurso del plazo de cuatro años previsto en el artículo 241 del TROTUA y ello dado que la segregación tuvo lugar por escritura de 16 junio de 2006, según certifica la escritura de compraventa de la parcela aportada por D^a H. R. (fol. 151 vuelto), y la fecha de la primera denuncia al respecto del Sr. G C. es de 5-10-2010.

El perito judicial sitúa temporalmente las obras de modificación del colector, folio 281 de los autos, "Según la documentación analizada la modificación del colector se sitúa temporalmente como posterior a la segregación de la finca matriz (16 de junio 2006) y previo a las obras de ejecución de vivienda."

La denuncia realizada por el aquí demandante referida a la modificación del colector data, como bien dice el Ayuntamiento, del 5.10.2010. Y por lo que se refiere a la

ejecución de las obras de la vivienda, debemos de partir de la resolución municipal de fecha 25-10-2006 por la que se concedió en el expediente nº 1202-060202, licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº La Manjoya, y se aprueba el permiso de inicio de obras, folio 162 del expediente administrativo, Resolución con registro de salida de 2.11.2006 y notificada a la codemandada el 6.11.2006, folio 267 del expediente administrativo.

Tal y como declara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 26.2.2007, rec. nº 257/2008, "El plazo de cuatro años, en la norma citada (como en los precedentes del Decreto 1346/1976, modificado por el art. 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre, de Adaptación de Planes Generales de ordenación Urbana, así como el 249.1 del Real Decreto Legislativo 1/1992), se cuenta a partir de la "total terminación de las obras", cuya prueba (según reiterada jurisprudencia) no corresponde a la Administración sino a quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del dies a quo. El principio de la buena fe procesal (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) impide, como señalan las SSTs de 14-5-1990, 16-5-1991 y 3-1-1992, que quien crea y mantiene una situación de ilegalidad "pueda obtener ventajas de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad" (STS de 25-2-1992). Por otra parte, la Ley Asturiana (actual art. 241.3 del Texto refundido), señala que "se presume" que las obras están totalmente terminadas cuando queden dispuestas para servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna actividad material posterior referida a la propia obra, "o cuando así lo reconozca de oficio la autoridad que incoe el expediente, previo informe de los servicios técnicos correspondientes". La doctrina jurisprudencial mencionada anteriormente tiene por finalidad impedir al infractor obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por la ilegalidad en la que voluntariamente se ha situado, de forma que, no habiendo probado el actor -a quien corresponde hacerlo-, la total terminación de las obras que alega, sólo a él ha de perjudicar la falta de prueba de dicha circunstancia, por lo que no resulta viable apreciar la existencia de caducidad de la acción administrativa."

En el supuesto aquí examinado no resulta acreditada la fecha de terminación de las obras de modificación del colector y tampoco cabe entender que la parte actora con su expresión sitúe la total terminación de las mismas en la fecha de la segregación. Y teniendo en cuenta que el inicio del cómputo, para que tenga lugar la acción de restauración, se encuentra en la fecha en que resulte acreditada la total terminación de la obra correspondiendo la carga de la prueba al administrado (codemandada), sin que en el supuesto aquí examinado se haya acreditado por lo que no cabe apreciar la existencia de caducidad de la acción administrativa, ya que las obras de modificación del colector podrían haberse concluido entre el 5.10.2006 y la fecha de inicio de las obras de la vivienda posterior a 6.11.2006 que es la fecha en que se le notifica a

la codemandada la concesión de la licencia y el permiso de inicio de las obras.

En atención a lo expuesto y teniendo en cuenta que no existe prueba objetiva sobre la fecha de finalización de las obras y, por tanto, de que éstas hayan finalizado antes de los cuatro años, no cabe entender caducada la acción.

Tampoco cabe acoger la alegación de la codemandada sobre que nos encontramos ante una modificación del trazado de un colector y no una construcción del colector dentro de un proyecto de urbanización ya que esa modificación del colector deberá llevarse a cabo cumpliendo la normativa. Lo contrario conllevaría que se pudiera realizar cualquier modificación sin sujeción a norma alguna.

OCTAVO.- Por último y en relación con la demanda y la desviación procesal alegada por la Administración.

La parte actora reclama en el suplico de su demanda su estimación:

1.- declarando no ser conformes a Derecho y, por ende, anulando las resoluciones dictadas en el expediente 1202-060202, por el Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, el 26 de noviembre de 2012, notificada el 3 de diciembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición a su vez interpuesto contra la resolución de 17 de mayo de 2012 del mismo Concejal, y en armonía con ello, reconociendo el derecho del recurrente a que se restaure la legalidad urbanística infringida con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº 3 de La Manjoya.

2.- Se reconozca el derecho del recurrente a que se adopten las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida a que se refiere el dictamen técnico de D. Á
M F y, subsidiariamente la que sea procedente.

Y la resolución que es objeto del presente recurso es la resolución que desestimó el recurso de reposición contra la resolución de 17 de mayo de 2012 declarando no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística, en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº de La Manjoya.

Las pretensiones planteadas en el recurso Contencioso administrativo lo son en relación con el acto que es objeto del presente recurso Contencioso administrativo, siendo el petitum de la demanda coherente con el acto que es objeto de recurso. Ya que la parte recurrente entiende que ha habido incumplimientos urbanísticos en las obras ejecutadas por la codemandada y pretende el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Tal y como alega la Administración la pretensión de la actora de que se restaure la legalidad urbanística exige un doble juicio previo: en primer lugar determinando las ilegalidades

urbanísticas cometidas y, en segundo término, analizando si tales actuaciones pudieran ser o no legalizables.

En el presente procedimiento lo que ha resultado acreditado es la existencia de los anteriores incumplimientos, Alteración de las cotas del terreno en la colindancia de la parcela 105 con la parcela 11028, dentro de la franja de tres metros; altura edificación y modificación del trazado del colector. Y por tanto la no conformidad a derecho de la resolución recurrida en cuanto declara no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a la restauración de la legalidad urbanística. Y, como toda actuación administrativa, el procedimiento para la restauración de la legalidad urbanística requiere seguir el procedimiento legalmente establecido, debiendo de estar, en el supuesto de autos, a lo establecido en el artículo 241 y 244 del TROTUA y 603 del ROTU. Y, por tanto, los servicios técnicos de la Administración deberán emitir informe en el que determine el carácter legalizable o no de las actuaciones.

En el presente procedimiento no se ha determinado si dichos incumplimientos son susceptibles o no de legalización -a excepción de la chimenea-, lo que requiere, en todo caso, conforme a lo previsto en el artículo 241 del TROTU, informe de los servicios técnicos municipales que determinen el carácter legalizable o no de dicha actuación. Y ello sin perjuicio de que la resolución municipal que en su día se adopte por la Administración en orden al restablecimiento de la legalidad sea susceptible de nuevo recurso Contencioso administrativo.

NOVENO.- No ha lugar a imponer las costas devengadas en este proceso a ninguna de las partes, debido a la existencia de las dudas de hecho surgidas en torno a la fecha de realización de las obras, o para determinar la rasante natural del terreno, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la vigente LJCA, cada parte abonará las ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad. Dentro de las comunes se deben incluir los honorarios del perito judicial a partes iguales ($2.525,27\text{€}/3=841,76 \text{€}$ cada uno, folio 307 de autos).

DÉCIMO.- Contra la presente resolución cabe recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 a) de la LJCA, y ello al ser la cuantía superior a 30.000 euros.

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. contra la Resolución dictada en el expediente 1202-U60202, por el Concejal de Gobierno de Urbanismo del Ayuntamiento de Oviedo, el 26 de noviembre de 2012, por la que se desestimó el recurso de reposición a su vez interpuesto contra la resolución de 17 de mayo de 2012 del mismo Concejal, declarando no haber lugar a iniciar procedimiento en orden a



la restauración de la legalidad urbanística, en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº de La Manjoya, anulando la misma por no ser conforme a derecho y reconozco el derecho del recurrente a que se restaure la legalidad urbanística infringida en relación con las obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada en los Prietos nº 3 de La Manjoya, adoptando las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que sean procedentes.

2.- Se reconozca el derecho del recurrente a que se adopten las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida a que se refiere el dictamen técnico de D. A^l M F y, subsidiariamente la que sea procedente.

Todo ello sin imposición de las costas devengadas a ninguna de las partes litigantes, en los términos establecidos en el fundamento jurídico noveno.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este Juzgado y en el plazo de quince días recurso de apelación previa consignación, en su caso, del preceptivo depósito para recurrir.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltma. Sra. Magistrada, estando celebrando audiencia pública, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS