

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA
ORDEN DE EJECUCIÓN. RETIRADA DE HABITÁCULO EN TERRAZA.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis Carlos Martin Osante

En la ciudad de Zaragoza, a treinta de marzo de dos mil nueve.

Vistos por mí, D. LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes Autos de Procedimiento Ordinario nº 50/08, seguidos a instancia de D. M.A.C.C. representado y defendido por D. J.F.B. y D. L.P.H.P., contra la resolución del AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado y defendido por Dña. N.C.A. y Dña. M.J.P.S.,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5/2/2008 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta ciudad, escrito de interposición de Procedimiento Ordinario en el que se formuló recurso contencioso-administrativo por la representación procesal y defensa de D. M.A.C.C., frente a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo, de fecha 28/12/2007 en el expediente administrativo nº 968331/2007 por la que se requiere al recurrente para que proceda a la retirada de un habitáculo de 40 m² en la terraza de C/ Jardiel Poncela 4-4º I, de Zaragoza.

Mediante Auto dictado con fecha 3/3/2008 se estimó la petición de medidas cautelares formulada mediante otrosí digo, de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

SEGUNDO.- Mediante providencia se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración, del que se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

Mediante escrito presentado con fecha 16/6/2008 se formuló solicitud de ampliación del objeto del recurso contencioso-administrativo a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo, de fecha 8/4/2008 en el expediente administrativo nº 320123/2007, por la que se desestima el recurso de reposición frente a la Resolución de 26/2/2008 del Consejo de la Gerencia de Urbanismo, por la que se impone a D. M.A.C.C. una multa de 12.000,00 € por infracción urbanística grave por la construcción de un habitáculo de 40 m² en la terraza de C/ Jardines Poncela 4-4º I, Zaragoza.

Mediante Auto dictado con fecha 30/6/2008 se acordó la ampliación del objeto del proceso contencioso-administrativo a dicha actuación administrativa.

Mediante Auto dictado con fecha 10/11/2008 se estimó la petición de medidas cautelares formulada mediante otrosí digo, de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, y se aportó aval por la parte recurrente por el importe de 12.600 €.

TERCERO.- Mediante Auto se fijó la cuantía del presente procedimiento y se recibió el proceso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en Autos.

Una vez formuladas las conclusiones el día 19/3/2009, quedó el juicio visto para Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.- En

el presente proceso se han acumulado los recursos contencioso-administrativos frente a la resolución de restablecimiento de la legalidad urbanística y a la resolución sancionadora, en relación con las obras de construcción de un habitáculo de 40 m² en la azotea o terraza del edificio de la C/ Jardiel Poncela 4-4º I, Zaragoza cuyo titular es D. M.A.C.C.

En el suplico de la demanda inicial se insta por la parte recurrente que se declare la nulidad de la resolución recurrida por prescripción de la acción ejercitada, al haber transcurrido más de 4 años desde la finalización de las obras.

En el suplico de la segunda demanda se insta la declaración de nulidad de la resolución recurrida por los motivos expuestos en el cuerpo de la misma o de forma subsidiaria se imponga en su grado mínimo.

SEGUNDO.- Sobre la competencia de la Gerencia de Urbanismo para la imposición de la multa de 12.000 € por infracción urbanística grave, hay que tener en cuenta que el Reglamento de Gerencia de Urbanismo, aprobado por el Ayuntamiento Pleno el 28/11/2003, publicado en el BOP nº 287 de 15/12/2003, la considera como órgano colegiado de gestión para el mejor desarrollo de las competencias urbanísticas que se le asignan, con sujeción a las disposiciones contenidas en el presente Reglamento y en la legalidad vigente. En su art. 4 se delimitan las competencias de la Gerencia de Urbanismo, según el cual:

“Se encomienda a la Gerencia de Urbanismo la gestión urbanística en el término municipal de Zaragoza, asumiendo las siguientes competencias, que tendrán carácter enunciativo y no limitativo, y comprenderán cuantas otras fueren congruentes con las mismas para ser ejercidas con arreglo a la legislación vigente, sin perjuicio de otras que le sean delegadas, siempre dentro de las materias que orgánicamente le sean asignadas:

(...)

E.- Ejercer la disciplina e inspección urbanística, incoando y resolviendo los expedientes sancionadores, de restauración de la legalidad urbanística y de clausura de establecimientos por razones urbanísticas que sean de competencia municipal.”

De la misma forma, consta en el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 20/12/2007 la delegación en el Consejo de la Gerencia de Urbanismo de la atribución para incoar y resolver procedimientos sancionadores y de restablecimiento de la legalidad urbanística por infracciones urbanísticas graves (art. CUARTO.1.c).

De esta forma, la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de urbanismo aparece atribuida a dicho órgano.

Se ha de recordar al efecto que el art. 62.1.b) de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige que los actos sean dictados por órganos manifiestamente incompetentes, lo que, según la jurisprudencia, exige que no exista materia de interpretación jurídica previa o supuesto dudoso, sino que la incompetencia se dé de forma clara y evidente por saltar a primera vista, y en consideración de las alegaciones y preceptos mencionados por las partes demandadas, es evidente que no se aprecia concurren las circunstancias exigidas por el art. 62.1.b) de la Ley.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo de impugnación.

TERCERO.- La actuación del Servicio de Inspección del Ayuntamiento de Zaragoza. La modificación de las normas urbanísticas sobre cierre de galerías.- Hay que empezar diciendo que el sistema de restablecimiento de legalidad urbanística de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, establece un procedimiento intermedio, en el que obligatoriamente la Administración municipal debe determinar si las obras son o no, total o parcialmente compatibles con la ordenación urbanística.

Así cuando la Administración comprueba que se ha realizado una obra sin licencia o excediéndose a la misma, si la misma no ha concluido, debe ordenar la paralización de la obra y de los usos que permitiere (art. 196.1 de la Ley 5/99). Acto seguido, o cuando tiene constancia de que una obra ya concluida, se ha realizado sin licencia y no ha prescrito la infracción urbanística (art. 197.1) debe tramitar un

procedimiento administrativo “el oportuno expediente”, en el que primero deberá decidir si las obras o usos son total o parcialmente compatibles con el ordenamiento urbanístico. Si tras la tramitación del expediente, se comprueba que no lo son o no son en su totalidad decretará su demolición, reconstrucción o cesación definitiva (art. 196.a) y si lo son “requerirá para que en plazo de dos meses solicite el interesado la oportuna licencia”. Si el interesado no pidiera la licencia, la Administración ordenará que se realicen los Proyectos técnicos necesarios para que pueda pronunciarse sobre la legalidad, a costa del interesado. Si a pesar de los proyectos no se procede la legalización, también decretará la demolición (art. 196.b).

Como se ve, es determinante en este sistema el informe o declaración en el que se determine que la obra no es legalizable.

En este caso, tal y como se indica por el Servicio de Inspección (folio 6 del expediente administrativo 968.331/2007) se distinguen dos actuaciones: Realizada visita de inspección al lugar de referencia, se comprueba que las obras realizadas consisten en la apertura de un hueco en el forjado de la terraza y la colocación de una escalera fija metálica con peldaños de madera, para acceso a través del hueco practicado, a la terraza superior de disfrute del propietario del piso 4º I. Estas obras para su legalización requieren Licencia de Obra Mayor.

Asimismo en la referida terraza se ha efectuado la construcción de un habitáculo de aproximadamente 40 m² mediante paneles tipo sándwich con tratamiento de aluminio en sus caras, incluso con división de tabiques del mismo material y su posterior cubrimiento. La citada construcción constituye un aumento de la superficie y/o el volumen construido según se contempla en los artículos 2.2.18 y 2.2.19 del P.G.O.U. referentes a las condiciones de edificabilidad y cómputo de la superficie edificada, respectivamente.

Se trataría pues, de un cerramiento que constituye un aumento de superficie y/o volumen construido que incumple las Normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana.

Por la parte recurrente se alegó la aprobación por el Excmo. Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el día 3 de diciembre de 2008, de la modificación aislada número 44 del vigente Plan General de Ordenación Urbana, relativa al artículo 2.5.4, modificaciones de fachadas de las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana, suscrito por el jefe del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta norma exige la concurrencia de una serie de requisitos para la aplicación de la misma, sin que conste que por el recurrente se cumplan los mismos. Y en especial, hay que tener en cuenta que el apartado 3 párrafo 3º señala que *“Los nuevos cerramientos amparados en los proyectos regulados en este artículo solamente se admitirán en planos verticales que no sobresalgan de los planos envolventes de la fachada original. En ningún caso se autorizará por este procedimiento el cierre de superficies abiertas que no estuvieran cubiertas en el proyecto original, tales como terrazas de áticos o balcones descubiertos”*. De esta forma, en el caso que nos ocupa no es factible en ningún caso la aplicación de dicha modificación para la eventual legalización del habitáculo, ya que el mismo se encuentra en la azotea del edificio y no estaba cubierta en el proyecto original.

La alusión que se hace a esta norma en el informe pericial de la Sra. B. no es del todo correcta, ya que menciona una versión anterior al texto definitivamente aprobado.

CUARTO.- Los hechos y su prueba.- Por la parte recurrente se niega la veracidad de los hechos tenidos en cuenta por la Administración demandada para ordenar el restablecimiento de la legalidad urbanística en la resolución recurrida.

De una adecuada valoración de la prueba obrante en Autos y de la practicada en el propio expediente administrativo se desprende que existe suficiente prueba para considerar acreditado que en el inmueble objeto de este proceso se han efectuado obras de construcción de un habitáculo de 40 m² en la terraza de C/ Jardiel Poncela 4-4º I, Zaragoza.

- Consta el oportuno informe emitido por los agentes de la Policía Local (obrante al folio 2 y ss. del expediente administrativo 968331/2007) que ratifica la existencia de una construcción de panel, cristal y partes de aluminio, según las

propias manifestaciones de la esposa del recurrente.

- El propio informe del Servicio de Inspección junto con las fotografías obrantes en el expediente administrativo (folios 6 y siguientes) constatan la existencia de la referida construcción en la azotea del edificio.

- El informe pericial de Dña. M.A.B.L. también constata la existencia de la construcción.

En fin, por la parte recurrente no se ha negado la existencia de dicha construcción.

QUINTO.- El plazo para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y el plazo de prescripción de la infracción urbanística grave.- Como se sabe, la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística está sujeta al plazo de ejercicio correspondiente al plazo de prescripción de la respectiva infracción administrativa. La parte recurrente mantiene que la construcción se terminó el año 1997, por lo que ha transcurrido el plazo de cuatro años fijado por la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999 para estos efectos.

Debe hacerse notar que el art. 209 de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999 (Prescripción) dispone lo siguiente: *“1. El plazo de prescripción para las infracciones leves será de un año, para las graves, de cuatro años, y para las muy graves, de diez años, de conformidad con lo establecido en la legislación del procedimiento administrativo común. 2. El cómputo de los plazos de prescripción se iniciará cuando aparezcan signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción. 3. En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma.”*

En cuanto al “dies a quo”, cabe hacer notar que una adecuada interpretación de dicho artículo lleva a entender que sólo comienza la prescripción cuando finaliza la construcción de la edificación, ya que se trata de lo que la Ley denomina “actividad continuada” (que no cabe confundir con “infracción continuada”), por cuanto la construcción se desarrolla en el tiempo.

De una adecuada valoración de la prueba obrante en Autos y de la practicada en el propio expediente administrativo se desprende que la construcción del habitáculo en la azotea se produjo durante el año 1997, lo que supone que ya se produjo el transcurso del plazo de prescripción de cuatro años que se indica en la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999.

En este sentido cabe valorar, en primer lugar, el tratamiento de dicha cuestión por la propia comunidad de propietarios con posterioridad a dicha fecha. También constan dos fotografías obrantes en Autos (documento aportado con la demanda al nº 4) en las que aparece parte de la construcción cuando una hija del recurrente y de una vecina que depuso como testigo en el presente proceso Sra. E., y que confirmó la antigüedad de la construcción. Pero especialmente se ha de valorar la prueba pericial de la Arquitecto Técnico Sra. B. en cuyo informe se indica que la parte principal (construcción 2 según su terminología) se remonta en torno al año 1999.

En consecuencia, queda constancia de que desde el día en que se finalizaron las obras hasta el acuerdo de incorporación del expediente administrativo había transcurrido el plazo de prescripción de 4 años previsto en la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999 para las infracciones graves, por lo que se debe considerar correcta la actuación administrativa impugnada sobre este particular.

No obstante, en el informe pericial se alude a una construcción que no se puede precisar exactamente su datación (la identificada como construcción nº 3). Cabe hacer notar que pese a lo indicado por la Sra. Letrada del Ayuntamiento de Zaragoza, no se trata de una construcción de 35,70 m² ya que el total de las construcciones en la azotea tiene una superficie útil total de 35,78 m², y una superficie construida de 40,00 m². La construcción nº 3 según el propio plano aportado por la perito judicial tiene una superficie útil de 6,07 + 1,99 m² = 8,06 m². De una adecuada valoración de la prueba obrante en Autos y de la practicada en el propio expediente administrativo se desprende que esta construcción se efectuó en el momento en que se practicó por el actor un hueco de comunicación entre la vivienda y la azotea, donde instaló una escalera.

En las manifestaciones de la esposa del recurrente se indicó a los agentes de

la Policía Local que “hacía un año” que se había ejecutado la obra, y la perito judicial en su informe viene a indicar que no puede precisar la antigüedad, pero que en todo caso es posterior al año 2003.

Por su parte, los dos testigos que depusieron en el acto de juicio manifestaron que hace tres o cuatro años desde el día del juicio, se había procedido a la construcción de la escalera, lo que concuerda con la realización de la parte del habitáculo correspondiente a la construcción nº 3, que se refiere a la parte donde se encuentra la escalera.

En definitiva, respecto a la construcción denominada como nº 3 no existe prueba de que la misma sea anterior en 4 años al momento en que se dictaron y notificaron los respectivos acuerdos de incoación de los procedimientos administrativos, y, como se sabe, la carga de la prueba corresponde a la parte recurrente.

Ciertamente, una parte de la construcción nº 3 se dedica a cubrir el hueco practicado en el forjado para instalar la escalera de acceso desde la vivienda, respecto de la cual el informe del Servicio de Inspección admite su legalización, y cuya escalera no forma parte del objeto del procedimiento administrativo (sólo se ha seguido respecto del habitáculo, y así consta en las dos resoluciones objeto del presente proceso). Pero hay que distinguir la escalera en sí, que no es objeto del proceso del habitáculo (rectius la construcción nº 3).

En consecuencia, la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza se enmarca en la potestad que se otorga al mismo por la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de mayo de 1999, en su art. 197.1, en relación con el art. 196.a), según el cual *“si las obras o los usos fueran total o parcialmente incompatibles con la ordenación vigente, decretará su demolición, reconstrucción o cesación definitiva en la parte pertinente a costa del interesado, aplicando, en su caso, lo dispuesto en el apartado siguiente para la parte de la obra o del uso compatibles con la ordenación.”*

Precisamente, en el caso que nos ocupa se ha ordenado la restitución del inmueble objeto de este proceso a su estado originario.

Tampoco cabe considerar que ha prescrito la infracción administrativa.

SEXTO.- Las consecuencias jurídicas respecto del restablecimiento de la legalidad urbanística.- La construcción nº 3, al revestir suficiente entidad y no ser susceptible de legalización, debe ser demolida en los términos de los artículos 197.1 y 196.a) de la Ley 5/1999, pero sin embargo, la parte tiene derecho a conservar aquella parte del habitáculo primitivamente construida (la construcción nº 2 según el informe pericial). Sólo podrá mantener el mismo en su configuración original al tratarse de una construcción no ajustada al planeamiento. De manera que deberá estimarse el recurso de forma parcial, procediendo la demolición exclusivamente de lo edificado en la referida construcción nº 3, conforme a la delimitación efectuada en el informe del perito de designación judicial.

SÉPTIMO.- Las consecuencias jurídicas respecto de la infracción urbanística grave.- Pese a que por la parte recurrente se alega de forma subsidiaria la concurrencia de una infracción urbanística leve, cabe hacer notar que la construcción nº 3 tiene suficiente entidad, ya que supone un aumento del volumen edificado y del aprovechamiento urbanístico. La horquilla de las sanciones va de 3.000 a 30.000 €. Dado que la sanción impuesta se refería a un habitáculo de 40 m², y que se ha limitado la construcción susceptible de sanción a 8,06 m² es procedente fijar la multa en 3.005,00 €.

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso.

OCTAVO.- Costas y recurso.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas procesales (art. 139.1 LJCA).

Ello debe ser así a diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación, en el que la regla general es que las costas corren a cargo del apelante en caso de desestimación del recurso.

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA procede recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

Aragón.

FALLO

PRIMERO.- Estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. M.A.C.C. frente a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo, de fecha 28/12/2007 en el expediente administrativo nº 96.331/2007 por la que se requiere al recurrente para que proceda a la retirada de un habitáculo de 40 m² en la terraza de C/ Jardiel Poncela, 4-4º I, Zaragoza.

SEGUNDO.- Dicha actuación administrativa queda parcialmente anulada y sin efecto.

Se mantiene la orden de demolición que allí se contiene, pero que deberá limitarse a la parte del habitáculo identificado como construcción nº 3 en el informe pericial emitido por la Arquitecto Técnico Dña. M.A.B.L. en el presente recurso contencioso administrativo, respetando lo que forma parte del habitáculo primitivo (construcción nº 2 según el informe pericial).

TERCERO.- Estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. M.A.C.C. frente a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo, de fecha 8/4/2008 en el expediente administrativo nº 320.123/2007, por la que se desestima el recurso de reposición frente a la Resolución de 26/2/2008 del Consejo de la Gerencia de Urbanismo, por la que se impone a D. M.A.C.C. una multa de 12.000,00 € por infracción urbanística grave por la construcción de un habitáculo de 40 m² en la terraza de C/ Jardiel Poncela, nº 4-4º I, Zaragoza.

CUARTO.- Dicha actuación administrativa queda parcialmente anulada. Se sustituye la multa impuesta por una multa tres mil cinco euros (3.005 €) por la construcción de un habitáculo de 8,06 m², en la terraza de C/ Jardines Poncela, Zaragoza.

QUINTO.- No procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.