

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA
EJECUCIÓN SUBSIDIARIA. OBRA DE DEMOLICIÓN.

Inactividad de la Administración.

Sentencia que ordena a la Administración que proceda a la ejecución de la obra.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza a 12 de julio de 2010, vistas las presentes actuaciones por Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez de este Juzgado, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: D. E.S.B., representado por el Procurador Sr. D. J.M.A.S. y defendido por el Letrado Sr. D. F.F.H.

Recurrido: Ayuntamiento de Zaragoza, representado y defendido por el Letrado Sr. D. J.M.M.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada el 16 de julio de 2009, al Servicio de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza, al amparo del artículo 29.2 LJCA, de ejecución subsidiaria de las obras de demolición requeridas a Don J.G.G., por acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 12 de diciembre de 2006, sobre adaptación de obras de reforma de vivienda, a la Orden de la Ciudad Jardín en C/ Duquesa Villahermosa 75.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte Sentencia por la que estimando íntegramente el recurso interpuesto se proceda a condenar al Ayuntamiento de Zaragoza, a la ejecución subsidiaria de las obras de adaptación de obras de reforma que ha llevado a cabo D. J.G.G., en la vivienda sita en Zaragoza, calle Duquesa Villahermosa número 75.

CUARTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

La representación y defensa del Ayuntamiento plantea una posible solución extraprocesal del asunto y en su defecto, suscita dudas sobre la legitimación del recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mantiene el recurrente que el 26 de junio de 2006, interpuso instancia ante el Ayuntamiento de Zaragoza denunciando la edificación en el edificio número 75 de la calle Duquesa Villahermosa de Zaragoza, de una altura más de las permitidas en la Ordenanza Especial de la Ciudad Jardín, para este tipo de edificaciones. Añade que reside en el número 73 de la misma calle, contiguo por tanto al edificio denunciado y que como consecuencia de lo anterior, el Ayuntamiento de Zaragoza, inició un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística dictando en fecha 12 de diciembre de 2006 un requerimiento al titular del inmueble del número 75, para que en el plazo de un mes, procediese a la adaptación de las obras de reforma de vivienda advirtiéndole que transcurrido dicho plazo sin ser atendido el requerimiento podría procederse a la ejecución subsidiaria de las obras de demolición. Concluye que, como quiera que a nada procedía el interesado, el recurrente solicitó en varias ocasiones la ejecución subsidiaria por parte del Ayuntamiento, siendo la última de ellas el 16 de julio de 2009, advirtiéndole en base a lo establecido en el artículo 29.2 LJCA, de la interposición del oportuno recurso ante

la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Dado, sigue, que no se ha procedido a la ejecución de las obras de demolición por parte del Ayuntamiento se insta la misma recabando el auxilio jurisdiccional a través del recurso que interpone.

SEGUNDO.- Ninguna duda cabe albergar sobre la legitimación del recurrente cuando como es el caso, se encuentra ejercitando una acción pública urbanística, y resulta vecino y colindante de la construcción sobre la que pende el requerimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, lo que implica que existe una clara vulneración de la misma, pendiente del oportuno restablecimiento.

Dicho esto, al expediente administrativo obran los siguientes datos de interés, para la resolución del asunto que nos ocupa:

1-Al folio 56 y siguientes, obra resolución del Ayuntamiento de Zaragoza, por la que se requiere al recurrente para que en el plazo de un mes, proceda a adaptación de obras de reforma de vivienda a la Orden de la Ciudad Jardín, en Duquesa Villahermosa, 75, toda vez que resultaba acreditada la realización de acto de edificación o uso del suelo incumpliendo la normativa urbanística de aplicación o careciendo de la preceptiva licencia u orden de ejecución, o en su caso, no ajustándose a lo autorizado en aquellas, resultando el acto total o parcialmente incompatible con la ordenación vigente. Igualmente, en la resolución se hacía constar que las obras realizadas constituían un aumento de volumen infringiendo la Ordenanza de la Ciudad Jardín y advertía al interesado que transcurrido el plazo señalado en el requerimiento sin que el mismo hubiera sido atendido, podría procederse a la ejecución subsidiaria de las obras de demolición La resolución es de fecha de 12 de diciembre de 2006.

2-Al folio 96, obra resolución por la que se impone al recurrente una multa de 18.000 €, por la comisión de una falta urbanística grave, consistente en modificación de la pendiente de cubierta y aumento de volumen tanto en el faldón recayente a fachada principal como en el fondo de la parcela, resultando dos alturas, infringiendo la Orden de la Ciudad Jardín en Villahermosa (Duquesa) 75, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204.c) de la Ley 5/1999. La resolución es de fecha 23 de octubre de 2007.

TERCERO.- Con carácter previo procede realizar algunas consideraciones acerca de la acción ejercitada por el recurrente contra la inactividad de la Administración al amparo de lo dispuesto en el art. 29.1 LJCA. Tradicionalmente la jurisdicción Contencioso-Administrativa se ha configurado en nuestro ordenamiento jurídico, por influencia del sistema francés, como una jurisdicción revisora, y el correspondiente proceso como un proceso al acto, así, en la Ley de la Jurisdicción derogada (artículo 37) resultaba que era presupuesto del recurso contencioso administrativo la existencia de una disposición general de naturaleza reglamentaria o un acto de la Administración que hubiera puesto fin a la vía administrativa, a partir de la Constitución, la doctrina puso de relieve de una parte la insuficiencia de la previsión legal, no ya sólo desde la perspectiva del pleno control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) sino también, sobre todo, (desde las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución. Por consiguiente la nueva Ley de la Jurisdicción de 1998, ya en su artículo 1.1 al delimitar el ámbito de la jurisdicción, emplea el término actuación y no acto como hacía el artículo 1.1 de la Ley Jurisdiccional derogada, anticipando, en línea con lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución, que la revisión del orden jurisdiccional se extiende a ciertas actividades que, no constituyen actos administrativos ni siquiera presuntos por silencio administrativo. Esta idea subyace también en la redacción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1998) que utiliza igualmente el término actuación y no acto y añade expresamente que los órganos del orden tradicional contencioso administrativo *“también conocerán de los recursos contra de inactividad de la administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho”*.

Del artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción resulta que la pretensión, verdadero objeto del proceso contencioso administrativo, puede ahora dirigirse contra: las disposiciones de carácter general, los actos expresos y presuntos de la

actividad pública que pongan fin a la vía administrativa, la inactividad de la administración y las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho en los términos establecidos en la Ley.

De lo expuesto se obtiene una primera conclusión: allí donde exista acto administrativo obtenido por silencio, no existe inactividad de la Administración, siendo presupuesto de esta la inexistencia de acto. Tesis avalada por la propia Exposición de Motivos de la LRJCA 98, en su apartado V “Objeto del recurso”, en que expresamente se excluyen, de las Sentencias de condena características de este recurso contra la inactividad del art. 29.1 los casos en que juegue el mecanismo del silencio administrativo. Habiendo venido el art. 29.1 de la LJCA, a cubrir una laguna para aquellos supuestos en que pese a la inactividad dilatada de la Administración no era posible acudir la justicia por no resultar aplicable el silencio administrativo y oponerse el obstáculo del requisito del acto previo.

El artículo 29.1 de la LRJCA, ya hemos expuesto, dispone que: *“Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, este obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”*.

El precepto transcrito, introduce en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una nueva posibilidad para el administrado que, en virtud de un título determinado acto, contrato o convenio administrativo -cuya existencia no sea controvertida, tiene derecho a una prestación concreta por parte de la Administración, de manera que, comprobada la existencia del título, y a continuación del derecho a la prestación concreta, entendida esta última expresión en el sentido que al termino se le da en el Derecho Civil -dar, hacer o no hacer alguna cosa-, la consecuencia es que el administrado puede interesar a la Administración el cumplimiento de esa prestación concreta, y si transcurridos tres meses desde dicha petición la Administración no cumple lo solicitado, los interesados pueden interponer Recurso Contencioso-Administrativo en el que no se ejercitara una pretensión de anulación de un acto administrativo, es decir que el Juez o Tribunal no va a enjuiciar acto administrativo alguno, no va a determinar si el acto es o no contrario a Derecho sino que, verificada la existencia de una obligación de la Administración hacia el administrado y el correlativo derecho de este a una prestación concreta, el plazo de tres meses al que se refiere el artículo 29.1 se concede a la Administración para que proceda al cumplimiento de tal prestación, y si no lo hace podrá acudir a esta Jurisdicción ejercitando una pretensión de condena frente a la Administración, como acredita cumplidamente el tenor literal del artículo 32.1 de la LRJCA.

Sin embargo, el ejercicio conforme a Derecho de la pretensión de condena regulada en el tan citado artículo 29.1 de la LRJCA, pasa por el cumplimiento de los requisitos que para su ejercicio ante esta Jurisdicción previene el precepto, esto es, que quien quiera hacer uso ante los Tribunales de esta peculiar pretensión de condena, tiene que cumplir con los requisitos preprocesales que impone el precepto, para que así la Administración tenga la oportunidad de conocer que el reclamante le esta pidiendo que ejecute en su favor una prestación concreta a que la tiene derecho, y pueda en consecuencia cumplir aquello a lo que esta obligada o bien denegar el derecho del reclamante a la prestación concreta bien por estimar que no tiene ese derecho, bien que lo tiene pero en unos términos distintos a los pretendidos, pero en todo caso lo que es necesario en el escrito a la Administración del reclamante es identificar la concreta prestación a la que tiene derecho y el precepto en el que ampara su ejercicio.

Pues bien en nuestro caso, el recurrente acredita mediante escrito que acompaña a su demanda, que en fecha 16 de julio de 2009, solicitó de la Administración demandada la ejecución de la Orden de diciembre de 2006, dirigida a D. J.G.G., en base a que hasta el momento del escrito no se había producido a la adaptación de las obras, manifestando que actuaba en base a lo establecido por el artículo 29 LJCA, confundiendo eso si, el apartado del mismo, (aludía al apartado 2,

del artículo, cuando los supuestos de inactividad se encuentran en el apartado 1), en equívoco este a nuestro parecer absolutamente irrelevante dado que las pretensiones del recurrente frente a la Administración no dejaban lugar a dudas:

La Ley 5/1 999, establece en su artículo 197:

"Artículo 197. Obras terminadas.

1. Si se hubiese concluido una obra sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde, dentro del plazo de prescripción de la correspondiente infracción urbanística, a contar desde la total terminación de las obras, y previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos establecidos en las letras a) o b) del artículo anterior, según proceda...".

Por su parte, los apartados a) y b) del artículo 196, establece:

"Artículo 196. Obras y usos en curso de ejecución.

Cuando se estuviera realizando algún acto de edificación o uso del suelo o del subsuelo sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde dispondrá su paralización inmediata y, previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos siguientes:

a) Si las obras o los usos fueran total o parcialmente incompatibles con la ordenación vigente, decretara 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.

b) Si las obras o los usos pudieran ser compatibles con la ordenación vigente, requerirá al interesado para que en el plazo de dos meses solicite la preceptiva licencia o su modificación, con apercibimiento de que, si así no lo hiciera, ordenará a costa del interesado la realización de los proyectos técnicos necesarios para que el Ayuntamiento pueda pronunciarse sobre la legalidad de la actuación afectada. En caso de no proceder la legalización, decretara la demolición, reconstrucción o cesación definitiva de la obra o del uso en la parte pertinente a costa del interesado."

Por su parte, la LRJAP y PAC, establece:

Artículo 95. Ejecución forzosa.

Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.

Artículo 96. Medios de ejecución forzosa.

1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:

a) Apremio sobre el patrimonio.

b) Ejecución subsidiaria.

c) Multa coercitiva.

d) Compulsión sobre las personas.

2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

3. Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

Artículo 98. Ejecución subsidiaria.

1. Habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado.

2. En este caso, las Administraciones Públicas realizarán el acto, por sí o a través de las personas que determinen, a costa del obligado.

3. El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

4. Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva".

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa consta en Autos que la Administración dictó en el año 2006, concretamente el día 12 de diciembre de 2006, acto por el que se requería a D. J.G.G., para que en el plazo de un mes procediese a la adaptación de las obras de reforma de vivienda a la Orden de la Ciudad Jardín, en

el inmueble objeto de la litis, basándose en la realización en el mismo de actos de edificación sin licencia e incompatibles con la ordenación, y acordando por tanto la demolición de las obras indebidamente realizadas, con apercibimiento de ejecución subsidiaria, sancionándose posteriormente al mismo por los mismos hechos, sin que desde el dictado de dicha orden de restablecimiento de la legalidad nada se haya efectuado en orden al efectivo restablecimiento de la misma que aquí se solicita, y que fue solicitado previamente ante la Administración, habiendo transcurrido el plazo de 3 meses sin que la misma hubiera dado cumplimiento a lo solicitado. Debe en su consecuencia estimarse la demanda y entender que nos encontramos ante un supuesto de “inactividad administrativa” de conformidad con lo hasta aquí expuesto, ordenando por ello a la Administración que despliegue la actuación que resulte en ejecución subsidiaria del requerimiento en su día efectuado a D. J.G.G., todo ello sin perjuicio de la repetición contra el mismo del coste que pudiera ocasionar.

CUARTO.- No procede efectuar una especial imposición de las costas causadas, por no apreciarse méritos a tal efecto de conformidad con lo establecido en el artículo 139 LJCA.

FALLO

Estimar el recurso P. Abreviado nº 446/2009-AC, interpuesto por D. E.S.B., con la representación y defensa antes expresada, contra la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho de la presente, y ordenar a la Administración que proceda a la ejecución subsidiaria del requerimiento dirigido en fecha 12 de diciembre de 2006, frente al Sr. D. J.G.G. sin que proceda efectuar una especial imposición de las costas causadas en el procedimiento.

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