
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 DE ZARAGOZA
Procedimiento Abreviado nº 42/2017-Aa. Sentencia nº 245 (10-11-2017)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD. OBRAS SIN LICENCIA EN VIVIENDA

Declaración de caducidad, estimación de recurso de reposición y posterior inicio de nuevo procedimiento de restablecimiento por inexistencia de infracción.

El acuerdo de inicio del nuevo expediente debe fundarse en los mismos documentos que motivaron la incoacción del expediente caducado.

No cabe que el nuevo procedimiento surtan efectos de actuaciones propias del primero, pues no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo.

Es posible que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de datos, con sujeción a las garantías del procedimiento sancionador. También puede surgir efecto en el nuevo procedimiento que las actuaciones del caducado cuya infracción solicita la persona contra la que se dirige aquel.

Procede la estimación del recurso puesto que no se ha practicado ninguna actuación que constata los datos en las que se basa la resolución y además la notificación en su segundo intento es incorrecta, causando indefensión.

Fallo: Estimación. Desfavorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a M^a José Cía Benítez

En ZARAGOZA, a diez de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, M^a José Cía Benítez, Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 5 de Zaragoza, los presentes autos de Procedimiento Abreviado 42/2017 seguidos ante este Juzgado, y conforme a

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: D^a L. representada por la Procuradora Dña E. y defendida por el Letrado D. J.

Demandado: AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Dña S. y defendido por la Letrada Dña M.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Por la parte actora se interpuso Recurso Contencioso Administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de 18 de enero de 2017, que requiere a esta recurrente para que en el plazo de un mes a partir de la recepción de la notificación proceda a la restitución de patio y plataforma de zona de entrada a su estado anterior en Martín Díez de Aux, casa 30, toda vez que resulta acreditada la realización de acto de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo incumpléndose la normativa urbanística de aplicación o careciendo del preceptivo título habilitante de naturaleza urbanística u orden de ejecución o, en su caso, no ajustándose a lo autorizado en aquellos resultando el acto total o parcialmente incompatible con la ordenación vigente.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte en su día sentencia por la que se anulen los actos recurridos.

CUARTO.- Pretensiones de las partes recurridas:

La Administración demandada solicita el dictado de una Sentencia por la que se desestime en su integridad el recurso formulado frente a las mismas y en su consecuencia confirme la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo el Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de 18 de enero de 2017, que requiere a esta recurrente para que en el plazo de un mes a partir de la recepción de la notificación proceda a la restitución de patio y plataforma de zona de entrada a su estado anterior en Martín Díez de Aux, casa 30, toda vez que resulta acreditada la realización de acto de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo incumplándose la normativa urbanística de aplicación o careciendo del preceptivo título habilitante de naturaleza urbanística u orden de ejecución o, en su caso, no ajustándose a lo autorizado en aquellos resultando el acto total o parcialmente incompatible con la ordenación vigente.

Alega la parte recurrente motivo nulidad por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido: el Consejo de Gerencia de 20 de julio de 2016, acordó estimar extemporáneamente el recurso de reposición interpuesto contra idéntica orden de demolición de las obras que son objeto de este procedimiento, por entender que la administración había incurrido en caducidad de procedimiento. En la resolución estimatoria se indicaba lo siguiente: “Como quiera que no se ha producido la prescripción de la infracción, procede asimismo realizar las actuaciones encaminadas a la iniciación de un nuevo procedimiento de restablecimiento del orden urbanístico”. Que en lugar de iniciar nuevamente el procedimiento, como se señalaba en la propia resolución estimatoria del recurso de reposición y en cumplimiento del principio de confianza legítima, se ha dictado nueva orden de demolición, sin que previamente se haya iniciado expediente alguno y se haya dado oportunidad a esta parte para poder defenderse en trámite de audiencia personal, lo que resultaba imprescindible habida cuenta que el procedimiento paralelo de legalización ha continuado existiendo nuevos informes y actuaciones que no obraban cuando se tramitó el primer expediente que fuera declarado caducado. Se alega también la improcedencia de resolver la demolición o reposición física de obras hasta que no finalice el procedimiento de legalización de las mismas.

En el acto de la vista se alega también defecto de notificación en el acuerdo de inicio del expediente de restablecimiento de legalidad, causante de indefensión.

SEGUNDO.- Tal y como expone la demanda se inicia un expediente de restablecimiento de legalidad urbanística, que es declarado caducado.

Declarada la caducidad, se acuerda el inicio de expediente de restablecimiento de legalidad urbanística, de fecha 5 de octubre de 2016 (folio 63 del expediente). En dicha resolución se concede trámite de audiencia. Obra al folio 64 el acuse de recibo de correos referente a la notificación de la resolución. Del folio 66 del expediente resulta que se acudió a la vía excepcional de la notificación edictal al no resultar posible la notificación.

Al folio 70 obra la resolución de 18 de enero de 2017 que acuerda requerir a la recurrente la restitución de patio y plataforma de zona de entrada a su estado anterior en Martín Díez de Aux, casa 30. Resolución notificada el 31 de enero (folio 71 del expediente).

La resolución desestima las alegaciones planteadas por la recurrente en fecha 16 de noviembre de 2015, por tanto las aportadas en el anterior expediente declarado caducado.

TERCERO.- Para que la Administración declare de oficio la caducidad del procedimiento sancionador e inicie uno nuevo han de seguirse ciertas pautas o cautelas, derivadas de la obligación de archivo del expediente inicial, que nos recuerda la reciente Sentencia de 6 noviembre 2012 (RJ 20120598), Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, dictada en unificación de doctrina, a propósito de la caducidad e inicio de nuevo expediente sancionador tramitado por la Inspección..., y que resulta bastante pedagógica:

“CUARTO. En definitiva, todos los razonamientos anteriores obligan a entender que la paralización de las actuaciones de comprobación por más de tres

meses prevista en el art. 8.2 del Real Decreto 928/1998 RCL 1998, 1373 y 1552) da lugar a la caducidad del expediente, con todas las consecuencias propias de este instituto. Y sobre cuáles han de ser estas consecuencias ya se ha pronunciado esta misma Sala, en sentencia de 24 de febrero de 2004 (RJ 2005, 5662), dictada en el recurso de casación 3754/2001, en los siguientes términos (fundamento jurídico octavo):

Sabemos que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador en tanto en cuanto la hipotética infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito. Así se desprende, con nitidez, del mandato legal que se contiene en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512 2775 y RCL 1993, 246) (la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción).

Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001 (RJ 2001, 3124) (dos), 15 de octubre de 2001 (RJ 2002, 10190), 22 de octubre de 2001 (RJ 2002, 9837) y 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 5264).

b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.

d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse.

e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad “sanciona” el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste”.

Esta doctrina se ve confirmada por la más reciente STS 18 junio 2014 (Sala de lo Contencioso Sección: 5 N° de Recurso: 6525/2011 Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE). Dice esta sentencia que “al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta: a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (dos), 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001. b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente

caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado. d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y e) Que, por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad “sanciona” el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste». Pues bien, resulta evidente que de la doctrina jurisprudencial que hemos dejado expuesta se deduce que es ajustado a Derecho incorporar al segundo expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística, tramitado por la Administración actuante, del acta de inspección de 24 de octubre de 2004, que tiene, desde luego, el carácter de documento con valor de denuncia”, al que aludíamos en la sentencia de 24 de febrero de 2004 (recurso de casación 3754/2001), en la que se declara la licitud de su eventual incorporación a un procedimiento tramitado con posterioridad a la declaración de caducidad del procedimiento antecedente”.

A partir de la anterior doctrina jurisprudencial, y sistematizando lo que en la misma se declara, podemos extraer las siguientes pautas o cautelas a seguir en los supuestos a que venimos haciendo referencia:

1) El acuerdo de inicio del nuevo expediente sancionador debe fundarse en los mismos documentos o circunstancias que motivaron la incoación del expediente caducado. Es decir, lo que no cabe es que se incorporen al acuerdo de inicio nuevos hechos o conductas que han sido constadas en las diligencias de investigación seguidas en el expediente que ha caducado; de forma que el interesado-expedientado se encuentre con que el nuevo procedimiento que se inicia frente al mismo resulta más gravoso que el que fue caducado y archivado.

2) No cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado. Por lo tanto, en el nuevo procedimiento que se tramite no pueden entenderse como realizadas e incorporadas al mismo, sin más, las actuaciones de investigación y prueba de los hechos/conducta sancionados, que forman parte del expediente ya archivado.

3) Sí es posible en cambio que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, con sujeción a las garantías del procedimiento sancionador.

4) También pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél. Esto último es consecuencia de que puede resultar que sea el propio administrado a quien interese que se agilice la tramitación de este nuevo, y segundo, expediente, en lugar de que el mismo se demore más de lo necesario, como consecuencia de la repetición de actuaciones administrativas que, ciertamente, pueden resultar innecesarias.

En el caso que nos ocupa, llama la atención que no se ha practicado ninguna actuación que constata los datos en los que pero lo más significativo y que determina la estimación del recurso es que el acuerdo de inicio del expediente que es notificado por la vía excepcional de la notificación edictal al no resultar posible la notificación en el domicilio del interesado porque en esa diligencia de notificación resultó desconocido en el segundo intento cuando en el primero había resultado ausente de reparto (ver folio 64).

Ello demuestra que, en efecto, difícilmente podía ser considerada la

interesada como "ausente" en el domicilio designado y en el que se notifican todas las resoluciones para resultar "desconocido" del mismo poco tiempo después. Por tanto, si no se le pudo notificar la resolución inicial cuando se intentó hacer, era, según se ha de colegir, porque se hallaba ausente en su domicilio, lo que exigía, y no se hizo, un nuevo intento de notificación "y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes", como obliga el art. 59.2 de la Ley 30/1992. Es más, el segundo intento de notificación se practica transcurridos más de tres días.

Esta incorrecta actuación impidió a la actora presentar escrito de alegaciones, lo cual es causa de indefensión.

CUARTO.- Pese a la estimación del recurso contencioso administrativo, en el caso que nos ocupa, no procede expresa condena en las costas causadas, dado el carácter jurídico de la cuestión planteada.

Vistos los preceptos citados, y demás de general aplicación

FALLO

ESTIMAR el recurso N° 42/2017 interpuesto por Dña. L. contra la resolución impugnada, que se anula por no ser conforme a derecho. Sin costas.