

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DE DEMOLICIÓN. VIVIENDA ILEGAL. INFRACCIÓN PRESCRITA.
Inexistencia al tratarse de suelo no urbanizable especial. Aplicación de la LUA 1999.
Caducidad procedimiento administrativo. Inexistencia no transcurso de 6 meses.
Clasificación del terreno como suelo urbano. Inexistencia solo el plan urbanístico y no las infracciones urbanísticas quien dirige la acción urbanizadora.
Imposibilidad de impugnar indirectamente la clasificación del Plan General a través de impugnar una orden de demolición.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis Carlos Martín Osante

En la ciudad de Zaragoza, a nueve de septiembre de dos mil ocho.

Vistos por mi, D. LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 468 a instancia de D. J. representado por el Procurador D. C. asistido del Letrado D. C. contra la resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 11/9/2007 (expediente administrativo, 260.343/2007) por la que se requiere a D. J. para que el plazo de un mes proceda a la demolición de la construcción de vivienda en Partida de "Los Altos" o "Las Suertes".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15/10/2007 fue turnado a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta ciudad, escrito interponiendo recurso contencioso administrativo contra la resolución arriba indicada. Mediante proveído de fecha 31/10/2007 se tuvo por interpuesto el recurso y se reclamaba el expediente administrativo a la Administración demandada. Recibido con fecha 27/12/2007 se dio traslado a la demandante que con fecha 4/2/2008 presentó demanda.

Mediante resolución de 6/2/2008 se tuvo por evacuado el trámite y se dió traslado a la defensa de la Administración para que contestase la demanda, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado a 15/2/2008. Mediante auto de fecha 18/2/2008 se fijó cuantía y se abrió el recurso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en autos.

Declarado concluso el periodo probatorio, y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones por su orden, mediante resolución de 2/6/2008 quedó el recurso para sentencia.

SEGUNDO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se impugna por D. J. la resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 11/9/2007 (expediente administrativo 260.343/2007) por la que se requiere a D. J. para que en el plazo de un mes proceda a la demolición de la construcción de vivienda en Partida de "Los Altos" o "Las Suertes".

En el suplico de la demanda insta la nulidad de pleno Derecho de la resolución recurrida, que se anule la orden de demolición de la vivienda propiedad del demandante con expresa condena en costas a la Administración demandada.

Con carácter previo debe hacerse notar que de las alegaciones de la parte recurrente y de un atento examen del presente procedimiento y del expediente

administrativo se desprende que sobre la finca del recurrente, D. J., se construyó en un primer momento una vivienda (ya referida en la denuncia de 11/10/1994 de la Policía Local de Zaragoza, documento aportado con el escrito de recurso contencioso-administrativo s/n, expediente administrativo 260343/2007) y con posterioridad un cobertizo o garaje (aludido en el requerimiento de 30/5/2003 del Servicio de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza, respecto del que consta un requerimiento de demolición de fecha 29/11/2005 del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, documentos aportados con el escrito de recurso contencioso-administrativo s/n, expediente administrativo 561603/2003).

SEGUNDO.- El primer motivo aducido por el demandante en el escrito de demanda rector del procedimiento para oponerse a la actuación impugnada se refiere a la prescripción de la acción para sancionar, que conllevaría la imposibilidad de efectuar el requerimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística. Prescripción que funda el actor en que la obra ya estaba construida con una antigüedad superior a 10 años.

Resulta según el informe obrante al folio 12 del expediente administrativo que el suelo donde se enclava la obra está calificado como Suelo No Urbanizable Especial de Protección del Ecosistema Productivo Agrario, SNU EP (R)

Conforme al art. 197.1 de la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón, resulta que la posibilidad de dictar acuerdos en orden a la protección de la legalidad urbanística (el acuerdo de demolición que nos ocupa lo es), deberá hacerse “dentro del plazo de prescripción de la correspondiente infracción urbanística”. Sin embargo, el apartado 2 del art. 197 dispone lo siguiente: “Si la edificación se realizara sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, el Alcalde adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el párrafo anterior EN CUALQUIER MOMENTO”. Se trata de una medida de especial protección de este tipo de suelos, que ya se incluyó con anterioridad en el artículo 188 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, cuyo régimen sólo afectaba a los actos de edificación y uso del suelo en terrenos calificados como zonas verdes y espacios libres por el planeamiento (considera que conforme al mismo no caduca nunca la acción para restablecer la legalidad). El artículo 255 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRLRS) amplió el ámbito de aplicación de esta regla, y disponía lo siguiente: “Medios de restauración del orden urbanístico en zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres: 1. Los actos de edificación o uso del suelo relacionados en el art. 242 que se realicen sin licencia u orden de ejecución sobre terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres quedarán sujetos al régimen jurídico establecido en el art. 248 mientras estuvieren en curso de ejecución, y al régimen previsto en el art. 249 cuando se hubieren consumado sin que tenga aplicación la limitación de plazo que establece dicho artículo.”

Sin embargo el apartado 1 fue anulado por Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 marzo 1997, que resuelve recursos de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos del TR Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por RDL 1/1992 de 26 junio. Por ello hay que atender al art. 9 del Real Decreto Ley 16/1981 de 16 de Octubre. Dicho precepto señalaba: “el plazo fijado en el artículo 185.1 de la Ley del Suelo para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, aplicables a las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución, será de cuatro años desde la fecha de su total terminación, así como el de la prescripción de las infracciones urbanísticas correspondientes.”

Por tanto, no cabe asimilar el suelo no urbanizable a zonas verdes y espacios libres, aunque concurra en él la calificación de protegido de protección del ecosistema productivo agrario (artículo 12 TRLS), que es la que se desprende de los autos.

Cabe seguir en el caso que nos ocupa la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo (EL DERECHO EDJ 2002/54213) Sala 3ª, sec. 5ª, de fecha 25-11-2002

(rec. 529/1999. Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge) que señala lo siguiente: “No existe en el expediente administrativo ningún elemento de juicio que permita enervar la apreciación de que han transcurrido más de cuatro años desde que la Administración municipal -no comparecida en instancia ni en casación- detectó que se había edificado una vivienda sin licencia (28 de febrero de 1991) hasta que se dictó la resolución que pretende restaurar la legalidad conculcada mediante la demolición de dicha vivienda. En efecto en el expediente 32/1991, de 4 de junio de 1991, a que se hace referencia en el acuerdo impugnado no consta resolución alguna del mismo hasta la impugnada, que es de 29 de febrero de 1996.

“Es inadecuado hablar en estos casos de prescripción de acciones, siendo más correcto referirse al plazo de ejercicio de la acción para las medidas de protección de la legalidad urbanística (artículo 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre) o, como precisaron entre otras las sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 1994 y 14 de marzo de 1995, de caducidad de la acción administrativa o de falta del presupuesto temporal habilitante para la reacción municipal contra la infracción. Pues bien, ésta se subordina en el régimen de 1976 (artículo 188 TRLS) a que no hayan transcurrido más de cuatro años desde que las obras concluyeron, por lo que procede anular el acuerdo impugnado.”

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa cabe concluir que si en el momento de entrada en vigor de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, que eliminó el plazo para dictar resoluciones de restauración de la legalidad urbanística en materia de edificaciones en suelo no urbanizable de especial protección, la edificación tenía una antigüedad superior a 4 años, la consecuencia será que el Ayuntamiento de Zaragoza no tendría potestad para dictar la resolución impugnada. En consecuencia, la cuestión que se plantea en el presente proceso es dilucidar si la finalización de la construcción de la vivienda se remonta a una fecha anterior a 7 abril 1995 (dado que la entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final 3ª de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999 se produjo al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón).

Consta en autos copia de una denuncia formulada por la Policía Local fechada el día 11/10/1994 (documento aportado con el escrito de recurso sin numerar), en la que consta que el denunciado D. J. realiza obras de construcción consistente en una casa de unos 70 m² y cerramiento de unos 60 ms. lineales. Tras esta actuación no consta otra actividad administrativa hasta el requerimiento efectuado por el Servicio de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza a D. J. de fecha 30/5/2003 referido a la construcción de cobertizo en la parcela nº 54 de la urbanización L. (documento aportado con el escrito de recurso sin numerar). Por último, cabe hacer notar que en el certificado emitido por el Arquitecto Técnico D. F. con fecha 6/3/2006 se hace constar que la edificación “que consta de una sola planta con una superficie construida de 103,17 m², un almacén de 20 m² y un cuarto para bombas de 13,29 m²” es de una antigüedad superior a 10 años, a la vista de los materiales empleados en la construcción, sus acabados, las instalaciones con que cuenta y estado de conservación del conjunto de la edificación.

¿Cabe entender con estos elementos probatorios que la edificación de la vivienda objeto del presente procedimiento se finalizó con anterioridad a 7 abril 1995? En aplicación de las reglas de la sana crítica no cabe entender que queda acreditado que ello fue así, por cuanto la constancia de que en fecha 11/10/1994 se estaba construyendo la vivienda no implica, necesariamente, que se finalizara en el plazo de 6 meses escasos. Ante la inexistencia de otros elementos probatorios que podrían haber corroborado este extremo (prueba testifical, fotografía aérea, una prueba pericial más específica, etc.), y atendiendo al dato de que la carga de la prueba corresponde a la parte recurrente, no cabe concluir que efectivamente en el momento de entrada en vigor de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, hubiera precluido la potestad de la Administración demandada para restaurar la legalidad urbanística.

Partiendo de tales consideraciones, una vez que se produce la entrada en vigor de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, entra en aplicación la disposición del art. 197.2 de dicha Ley, según la cual no está limitada en el tiempo la posibilidad de dictar actos administrativos de restauración de la legalidad urbanística en zonas de “sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable

especial”, por lo que en el caso que nos ocupa no cabe entender que la resolución recurrida se haya dictado fuera del plazo apropiado al efecto, o que -siguiendo la terminología de la parte recurrente- concorra la prescripción alegada. En la medida en que en el momento en que se produce la entrada en vigor de esta norma, la Administración demandada aún tenía plazo para restaurar la legalidad urbanística, es aplicable la nueva norma que fija la potestad de la Administración Pública para llevar a efecto tales disposiciones.

TERCERO.- Se alega también la caducidad del procedimiento administrativo. Con carácter general, se establece la caducidad del procedimiento si transcurren seis meses desde la iniciación sin haber recaído resolución. En el cómputo del plazo deben tenerse en cuenta las posibles interrupciones producidas por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento. Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones.

(No obstante, hay que tener en cuenta que en relación con la finca de D. J. se han desarrollado, al menos, dos procedimientos administrativos.

-el primero respecto de un cobertizo o garaje, aludido en el requerimiento de 30/5/2003 del Servicio de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza, respecto del que consta un requerimiento de demolición de fecha 29/11/2005 del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, documentos aportados con el escrito de recurso contencioso-administrativo s/n, expediente administrativo 260.343/2007.

-el segundo respecto de la vivienda, ya aludida en la denuncia de 11/10/1994 de la Policía Local de Zaragoza, documento aportado con el escrito de recurso contencioso-administrativo s/n, expediente administrativo 561603/2003.

El presente procedimiento se refiere exclusivamente al segundo expediente administrativo y a la resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 11/9/2007 (expediente administrativo 260343/2007, por la que se requiere a D. J. para que el plazo de un mes proceda a la demolición de la construcción de vivienda en Partida de “Los Altos” o “Las Suertes”.

En consecuencia, no puede irrevocarse la caducidad del expediente 260.343/2007 en virtud de actuaciones propias de otro expediente administrativo. Hay que tener en cuenta que ya con fecha 29/11/2005 se dictó un requerimiento de demolición del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza respecto del primero de estos . expedientes administrativos.

El procedimiento administrativo se inició en fecha 27/3/2007 mediante resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo. El requerimiento de demolición se dictó con fecha 11/9/2007, cuya notificación data de 24/9/2007, lo que significa que no ha transcurrido el plazo de caducidad alegado.

CUARTO.- La parte recurrente señala que se trata de una construcción en suelo urbano o que ha de ser así calificado. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el hecho de que a través de actuaciones ilegales se haya llegado a consolidar, de alguna manera, una suerte de núcleo de población, como parece desprenderse del “estudio de viabilidad realizado por la empresa S.” aportado por la parte actora, no por ello se modifica la calificación de la infracción pues la clasificación del suelo conforme al Plan General de Ordenación Urbana vigente sigue siendo como Suelo No Urbanizable de Especial Protección del Ecosistema Productivo Agrario, tal y como se desprende de los documentos obrantes en el expediente. En dicho tipo de suelo no es posible una construcción como la llevada a cabo por el actor, que, por otra parte, carecía de licencia de edificación.

Ciertamente, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (EL DERECHO EDJ 2003/9260, Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, S 18-3-2003, rec. 1300/2000. Pte: Sanz Bayón, Juan Manuel) señala lo siguiente: “Como es bien sabido, la clasificación de un suelo como urbano, no depende de la discrecionalidad de la Administración, autora del planeamiento urbanístico y de sus instrumentos, sino que dado su carácter reglado, depende única y exclusivamente de que ese suelo esté dotado de los servicios y condiciones establecidas en el artículo 78 de la Ley del

Suelo de 1976, siendo determinante esa circunstancia fáctica para la necesaria clasificación de un suelo como urbano.”

Sin embargo en el caso que nos ocupa no se ha constatado que exista acceso viario público, sin diferenciación física de los elementos urbanos en todo el vial, suministro de agua, red de vertido y saneamiento, suministro de electricidad y alumbrado público. Entre otras cuestiones, hay que tener en cuenta que no se practicado prueba pericial específica al efecto.

Debe hacerse notar que la parte recurrente no ha manifestado la existencia de un “error” del Ayuntamiento de Zaragoza en lo referido a la categorización del suelo sobre el que D. J. ha construido una vivienda, sino que discrepa de dicha clasificación, pero no cabe que por la vía de los hechos se modifique una norma jurídica como es el Plan General de Ordenación Urbana, ni tampoco transmutar la consideración jurídica de una determinada finca o porción de ella.

En este sentido ya la sentencia del Tribunal Supremo (EL DERECHO EDJ 1995/6938 Sala 3ª sec. 5ª) de 18-10-1995 (rec. 3565/1991. Pte: Yagüe Gil, Pedro José) señalaba lo siguiente:

“El único argumento que utiliza la parte recurrente es que, cualquiera que sea el origen de una urbanización, (legal o ilegal), si llega a estar consolidada sobre el terreno y el suelo llega a tener por la fuerza de los hechos las características que definen el suelo urbano (artículo 78-a) del Texto Refundido), v.g., estar comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en dos terceras partes, entonces el suelo es urbano a pesar de que el Plan diga otra cosa. Pero, al contrario, el artículo 78 bien claramente refiere el hecho de la urbanización a las previsiones planificadoras, pues habla de “inclusión por el Plan”, de “la forma en que el Plan determine” y de “la ejecución del Plan”, señal inequívoca de que, como no podía ser de otra forma, es sólo el Plan, y no las infracciones urbanísticas, el que dirige e impone la acción urbanizadora. (Otra cosa son las consecuencias que pueda tener el no ejercicio por la Administración de sus facultades para velar por la legalidad urbanística, que -en el momento de confeccionar el Plan- puede obligar a incluir como urbano el suelo que de hecho lo es; pero no estamos ahora en ese trance, sino en pura materia de disciplina urbanística)

“SEPTIMO.- Finalmente, consignaremos que problemas similares a los que ahora nos ocupan -e incluso referidos a la misma urbanización- han sido ya examinados por este Tribunal y resueltos en la forma en que lo ha hecho la Sala de instancia sentencias, entre otras, de 3 y 12 de Junio (Apelaciones 6763/90 y 7150/90), 15 de Julio (Apelación 8379/90) y 13 de Noviembre de 1992 (Apelación 9276/90) y 21 y 25 de Marzo de 1994 (Apelaciones 1148/91 y 1151/91) sentencias en las que se destaca la circunstancia de que el acuerdo de demolición se dicta después de la orden de suspensión con requerimiento de legalización que es inatendido, lo que determina la aplicabilidad de las medidas protectoras de la legalidad urbanística previstas en el artículo 184 de la Ley del Suelo de 1976, que son operantes en todo tipo de suelo; y en segundo lugar, que de prosperar la tesis de la parte apelante de que su construcción se asienta en unos terrenos comprendidos en una zona con una edificación consolidada, a la planificación urbanística, tan racionalmente concebida y tan minuciosamente reglamentada, se sobrepondría, en casos similares al presente, suplantándola, la simple actuación fáctica de los interesados, sólo movidos por sus particulares intereses, y totalmente al margen de la Ley. El hecho, entonces, se convertiría en Derecho, de una forma anárquica, rompiendo el orden, la armonía y la coherencia propias de la institución planificadora (Sentencias de 15 de Julio de 1992, antes citada, 21 de Marzo de 1994 y 10 de Abril de 1995).”

De forma más específica en relación con el caso que nos ocupa, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 1 de Zaragoza de 13/2/2008 (procedimiento ordinario 291/2007, citada por la Administración demandada) señala que “Dado que la construcción se ha realizado sobre suelo no urbanizable de especial protección de Ecosistema Productivo Agrario de Huerta Honda, lo que se está ahora efectuando es una suerte de impugnación indirecta del Plan general de 2001 que así lo establece. Pues bien ha de indicarse que no es posible impugnar una orden de demolición o cualquier otra orden que pretenda el restablecimiento Departamento de Educación, Cultura y Deporte la legalidad urbanística, atacar la eficacia de una norma de planeamiento, como es el Plan General de Ordenación Urbana. Esta

conllevaría la imposibilidad del cumplimiento de la legislación urbanística, permitiendo que lo que puede ser posible en el trámite del ordenado planeamiento y por los mecanismos establecidos al efecto se sustituya por la fuerza de los hechos, por el establecimiento de un suelo urbano no querido, ni ordenado, ni planeado por la Administración, que es quien tiene la exclusiva competencia para hacerlo.

“No debe olvidarse que la exigencia de construir sólo en el suelo que ha sido clasificado como urbano y en las condiciones y requisitos establecidos en las normas del ordenamiento y sólo tras la obtención de la pertinente licencia, es el mecanismo adecuado que la Ley pone al alcance de la Administración, para evitar precisamente lo que el ordenamiento de la ciudad y la construcción del tejido urbano requieren. Lo contrario determina que se desposea del control público la actividad urbanizadora, para convertirse ésta en una mera consolidación de la voluntad de los titulares de los suelos.

Tales consideraciones son plenamente aplicables en el caso que nos ocupa.
En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

QUINTO.- 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).

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

FALLO

PRIMERO.- DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J. frente a la resolución del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 11/9/2007 (expediente administrativo 260.343/2007) por la que se requiere a D. J. para que en el plazo de un mes proceda a la demolición de la construcción de vivienda en Partida de “Los Altos” o “Las Suertes”.

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 409/2008. Sentencia de 11/07/2012

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DE DEMOLICIÓN. VIVIENDA ILEGAL.

Improcedencia al haber prescrito la infracción. Inaplicabilidad de la LUA 1999 en supuestos sancionadores a situaciones nacidas aunque no consumadas con anterioridad a la vigencia de la misma. Aplicación retroactiva a situación transitoria no querida por la Ley.

Fallo: Estimación. Desfavorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nera Juste Díez de Pinos

En Zaragoza a 11 de julio de 2012, habiendo visto los presentes autos la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón constituida por los Ilmos. Sres:...

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Partes del recurso

Apelante D. J. representado por el Procurador D. C. y defendido por el Letrado D. C.

Apelado el Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora D^a N. y defendida por el Letrado D. C.

SEGUNDO: Actuación administrativa recurrida.

Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 11 de septiembre de 2007 que requirió al actor para que en el plazo de un mes a partir de la recepción del acuerdo proceda a la demolición de la vivienda sita en la Partida de “Los Altos” o “Las Suertes” por haber realizado un acto de edificación incumpliendo la normativa urbanística de aplicación, sobre Suelo No Urbanizable Especial de Ecosistema Productivo Agrario (exp. 260343/2007).

TERCERO: Resumen y parte dispositiva de la resolución judicial recurrida.

1) Por Resolución de Gerencia de Urbanismo de 27 de marzo de 2007 se dió por enterada de la notificación del. Registro de la Propiedad io en la que da cuenta al Ayuntamiento que ha inscrito la declaración de obra nueva correspondiente a la edificación de la actora en Garrapinillos (Zaragoza) partida Altos o Las Suertes parcela 54, según catastro 49. No dió lugar a procedimiento sancionador, por prescripción de la infracción, pero sí a requerimiento de restablecimiento del orden urbanístico pues la edificación fue realizada sobre terrenos de suelo no urbanizable especial (art. 197.2 de la Ley 5/1999 de 25 de marzo Urbanística de Aragón) que no contienen en la norma vigente plazo de prescripción “en cualquier momento”. Tramitado el oportuno procedimiento fue dictada la Resolución objeto del presente recurso.

2) En la demanda se planteó como primer motivo de impugnación la prescripción de la acción, al entender que la obra había sido concluída 10 años antes de incoar el procedimiento, la caducidad del expediente y la indebida calificación del suelo como no urbanizable especial cuando por el poder fáctico de los hechos es urbano. En *la Sentencia de instancia de 9 de septiembre de 2008 que desestima el recurso* se sostiene en relación a la prescripción, que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley el plazo de prescripción de esta infracción es de cuatro años, plazo que se amplía de forma indefinida por el art. 197.2 de la Ley urbanística de Aragón de 25 de marzo de 1999 Por tanto considera que si la construcción finalizó antes del 7 de abril de 1995 (cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley 5/99) la acción

que tiene la Administración para restablecer la legalidad urbanística ha prescrito. Por el contrario si no se puede acreditar este extremo la infracción no ha prescrito y es correcto el acto recurrido.

3) Valorando la prueba considera el Juez de instancia a la vista del único documento que consta denuncia de 11 de octubre de 1994 de la Policía Local en la que se indica que la obra estaba en construcción que no queda acreditada que la obra finalizase antes del 7 de abril de 1995 -tampoco entiende que el certificado del Arquitecto Técnico Sr. J. permita sostener lo que se solicita- y no por lo tanto la acción administrativa no está prescrita.

4) Considera que no hay caducidad dadas las interrupciones habidas en el expediente y que no estamos ante un suelo urbano, pues la fuerza de los hechos no puede determinar la clasificación urbanística del suelo.

CUARTO.- Cuantía: Indeterminada.

QUINTO.- Pretensiones de la parte apelante.

Estimar el recurso de apelación, revocar la Sentencia y anular el requerimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística objeto del recurso.

Resumen de los motivos del recurso de apelación.

En el recurso de apelación se incide en la cuestión relativa a la prescripción sosteniendo que debía de aplicarse la normativa urbanística más favorable al actor. O incluso siguiendo la interpretación del Juzgado valorando que la vivienda se concluyó antes del 7 de abril de 1995. Reitera también que la construcción está sobre suelo urbano. La valoración catastral es de suelo urbano.

SEXTO.- Pretensiones de la parte apelada:

- 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto.
- 2) Imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

SÉPTIMO.- Procedimiento:

Se admitió la apelación el 3 de octubre de 2008.

Se señaló para votación y fallo el 21 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La prescripción de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística. Cómputo del plazo. La aplicación de la nueva Ley Urbanística de Aragón a situaciones nacidas bajo el imperio de la norma anterior, pero no consumadas o agotadas.

La Sala considera que la Sentencia recurrida aplica una retroactividad de grado medio, a un acto claramente desfavorable o restrictivo de derechos -como es la demolición de una vivienda-, con vulneración de lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución. La doctrina califica como tal retroactividad a la que se aplica a situaciones nacidas bajo la vigencia de una norma anterior, pero que a la entrada en vigor de la nueva ley, no han sido consumadas o agotadas.

Como con detalle y corrección, se explica en la Sentencia, antes de la entrada en vigor de la Ley 5/99 Urbanística de Aragón, el plazo prescriptivo de la infracción objeto de este recurso, construir en suelo no autorizado y por ende de la acción que tiene la Administración para restablecer la legalidad urbanística era de cuatro años (art. 9 del Real Decreto Ley 16/1981 de 16 de octubre), al no distinguir la norma que quedó vigente tras la STC 61/1997 de 20 de marzo que anuló algunos preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo RDL 1/1992 de 26 de junio, entre suelo no urbanizable genérico y especial. Ley 5/1999 de Aragón vigente en el momento de los hechos, ya no considera que exista plazo de prescripción para estos casos pues indica que: *Si la edificación se realizara sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, el Alcalde adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el párrafo anterior **cualquier momento**, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal por si pudieran ser constitutivos de delito.*

Hay por tanto una ampliación del plazo de prescripción y la cuestión es

determinar si la aplicación de la nueva norma a situaciones nacidas, pero no consumadas es conforme o no a derecho.

Entiende este Tribunal como ya se ha adelantado y no existiendo norma transitoria alguna que la cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia tributaria del Tribunal Supremo. La STS de 22 de enero de 1993 (STS 13625/1993) dictada en un recurso de revisión expone las dos doctrinas objeto de contradicción de la siguiente manera:

Contrastada la Sentencia recurrida con la que se cita como precedente, no parece que pueda ponerse en duda la existencia de la contradicción alegada.

En efecto, en uno y otro caso, lo discutido fue la prescripción de la acción liquidatoria por el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, la causa determinante del hecho imponible es la misma, la transmisión mortis causa de la propiedad de unos inmuebles producida, incluso, en fechas muy próximas -en el caso que nos ocupa el día 22 de septiembre de 1980 y en el resuelto por la Sentencia antecedente el 26 del mismo mes y año, fechas de fallecimiento de los respectivos causantes-, las liquidaciones combatidas se practicaron y notificaron transcurridos cinco años desde el devengo del Impuesto - arts. 796.1, 1.º b), del Texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, 95.1 a) del Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, y 358.1 a) del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, en relación con el art. 661 del Código Civil y hasta el Ayuntamiento exactor el mismo.

La distinta solución en el modo de computar el plazo de prescripción, pues en ello consiste la contradicción, se encuentra íntimamente relacionada con la nueva redacción que la Ley 10/1985, de 26 de abril, ha dado al art. 65 de la Ley General Tributaria. Hasta el 27 de abril de 1985, día de publicación y entrada en vigor de la Ley 10/1985, la prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, que establece el art. 64 a) de la Ley General Tributaria comenzaba a contarse desde el día del devengo, por tanto, en el impuesto municipal que nos ocupa, a partir de la fecha de transmisión del terreno sujeto, que cuando tiene lugar por muerte coincide con la fecha de fallecimiento del causante, día en que nace «la obligación de contribuir», en palabras del art. 796 del antiguo Texto refundido de la Ley de Régimen Local, a que antes se ha hecho precisa relación. Frente a esto, el nuevo art. 65 de la Ley General Tributaria sitúa el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción en un momento posterior al devengo, en el día que finaliza el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración.

Pues bien, mientras que la Sentencia recurrida entiende que la prescripción comenzó a correr desde la fecha de fallecimiento del causante, sin que su cómputo pueda quedar truncado por el transcurso del plazo -un año, para estos casos- establecido en el art. 97.2 b) del Decreto 3250/1976 para presentar la declaración, añadiendo, respecto a la modificación del art. 65 de la Ley General Tributaria que la fecha del devengo es anterior a la entrada, en vigor de la Ley 10/1985, cuya irretroactividad por mandato normativo la hace inaplicable, la Sentencia que se invoca como precedente propugna la tesis contraria, esto es, que la prescripción comenzó a correr un año después del fallecimiento del causante, rechazando que esto suponga una violación del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, garantizando en el art. 9.3 de la Constitución, ya que -dice- “cuando entró en vigor la referida Ley había comenzado a prescribir la deuda tributaria, pero ésta todavía era exigible, no existía por tanto ninguna situación jurídica favorable al sujeto pasivo que mereciese protección, no tenía ningún derecho adquirido, y por tanto no se vulneró el principio de irretroactividad».

Estamos, por tanto, ante dos soluciones antagónicas a un mismo problema, en las que está en juego los límites de la fuerza obligatoria de una norma en relación con el tiempo, cuestión que demanda un pronunciamiento de este Tribunal que fije la doctrina legal, pues no parece pueda soslayarse apelando a que no exista la contradicción alegada, como arguye el Abogado del Estado, so pretexto de que en el caso de la Sentencia antecedente se produjo una interrupción del plazo de prescripción en virtud de la actuación declaratoria del contribuyente, en tanto que en el de autos se trata de una liquidación extemporánea, porque en realidad la

cuestión en uno y otro es la misma, si la Ley 10/1985, al modificar el art. 65 de la Ley General Tributaria, en los términos antes reseñados, extiende o no su fuerza obligatoria a situaciones jurídicas, como la que ahora se contempla, en las que el plazo de prescripción ya había comenzado a correr antes de su entrada en vigor, de acuerdo con la normativa específica local e incluso con arreglo a lo establecido en el art. 65 de la Ley General Tributaria en su primigenia redacción, además de que en el caso resuelto por la Sentencia recurrida también medió una previa declaración del adquirente ante el Ayuntamiento exactor -hecho 1.º de la demanda inicial-, en el mismo año 1986, como puede colegirse del dato de que el expediente de gestión se reseña -en dicho pasaje- con el núm. 1.409/86, incluso en fecha anterior a la considerada por la Sentencia de 4 de diciembre de 1989, si se repara que en ella el expediente aparece reseñado con el núm. 6.167/86.506.

Y resuelve la cuestión fijando la doctrina correcta de la siguiente forma:

En trance ya de definir la doctrina correcta, hay que empezar dejando constancia de que la Ley 10/1985, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, no contiene previsión transitoria alguna -tampoco se invoca por las partes- respecto a la modificación introducida en el art. 65 de esta última, pues lo que dice su disposición final 1ª no hace al caso.

Conviene precisar, igualmente, para salir al paso de la fundamentación de la Sentencia precedente, que el principio de irretroactividad recogido en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, expresión esta última que no puede confundirse con la doctrina de los derechos adquiridos (STS 197/1992 que remite a la 6/1983), por lo que el expresado principio no tiene como finalidad garantizar el respeto del ius quaesitum. Además, el principio constitucional de irretroactividad que consagra el art. 9.3 cuando se trata de normas con rango de ley, está dirigido más al legislador que a los Tribunales, ya que su objetivo es limitar el poder normativo de aquél, aunque deba ser tenido en cuenta por éstos para desvelar, siempre con sujeción al principio de legalidad, el ámbito temporal de aplicación de las normas en él contempladas, e incluso para cuestionar, por exigencias del referido principio, su constitucionalidad del modo que previene el art. 163 de la Constitución y desarrolla la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Pero lo cierto es que en el caso litigioso la invocación de tal principio deviene irrelevante, incluso en la línea dialéctica seguida por la Sentencia de 4 de diciembre de 1989, ya que la Ley 10/1985 no contiene previsión alguna en relación con la cuestión discutida, es decir, no toma partido respecto a la aplicación del nuevo art. 65 de la Ley General Tributaria a las prescripciones en curso a su entrada en vigor, como tampoco en relación a las ya agotadas o consumadas.

Ante el silencio de esa Ley, hay que acudir para resolver el problema al principio general de carácter subsidiario, del art. 2.3 del Código Civil ("las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario"), que si está dirigido al Juez, no al art. 2.1 del mismo Código, cuya invocación no resuelve el problema, sino que se limita a soslayarlo, pues lo que está en discusión es el dies a quo para el cómputo del plazo de una prescripción que ya había comenzado a correr cuando se produce el cambio legislativo. Pues bien, a la luz de este principio, entendemos que la solución correcta es la que acoge la Sentencia recurrida, ya que la que postula el Ayuntamiento recurrente, de consumo con la Sentencia de 4 de diciembre de 1989, anuda a la modificación del art. 65 de la Ley General Tributaria un efecto retroactivo, no pleno, pero sí de grado medio, al aplicar la Ley nueva a una situación nacida, aunque no agotada, bajo el imperio de la Ley antigua, afectando al comienzo del cómputo del plazo de prescripción del derecho de la Administración municipal para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, que ya había tenido lugar a partir del día del devengo y que se pretende desconocer, sin apoyo en una previsión expresa o implícita de la Ley 10/1985.

Pues bien es lo cierto como indica el Tribunal Supremo en la citada Sentencia que en supuesto relativos a actos sancionadores o restrictivos de derechos no cabe aplicar a situaciones nacidas aunque no hayan sido consumadas o agotadas la nueva normativa, so pena de introducir una aplicación retroactiva a una situación transitoria no querida por la Ley.

Por ello procede estimar el recurso de apelación y anular el acto recurrido pues es claro -y aquí no se discute- que cuando se incoó el procedimiento en el año 2007, ya había prescrito, según lo razonado la acción para restablecer la legalidad urbanística.

SEGUNDO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.2 de la LRJCA, al ser estimado el recurso de apelación no se hace expresa imposición de las costas del mismo.

FALLO

- 1º) ESTIMAR EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN.
- 2º) REVOCAR LA SENTENCIA APELADA.
- 3º) ANULAR LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA RECURRIDA.
- 4º) NO HACER IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. Jesús María Arias Juana, D^a Isabel Zarzuela Ballester y D^a Nerea Juste Diez de Pinos de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.