

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

INFRACCIÓN URBANÍSTICA GRAVE. INSTALACIÓN DE ARMARIOS EN LA TERRAZA.

Caducidad del procedimiento sancionador.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a veintidós de octubre de dos mil ocho.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de Contencioso Administrativo nº 2 de ZARAGOZA y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Abreviado 123/2008-BI seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente Doña. A.M.B.D., representada por el Procurador D. J.I.S.P.S. bajo la dirección Letrada de D. I.A.A., y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora Doña N.C.A. bajo la dirección Letrada de D. J.M.M. sobre: “Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de fecha 23/01/08 que desestima Recurso de Reposición interpuesto contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de fecha 21/11/07, en Expediente 1224921/2006 que se confirma en todas sus partes y se impone a la recurrente una multa de 12.000 euros por la comisión de una infracción urbanística grave”, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por D^a A.M.B.D. se presentó escrito en el que, tras alegar los hechos que estimó oportunos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminaba suplicando que, tras los trámites legales pertinentes, se dicte Sentencia en la que se acuerde estimar su solicitud formulada contra la siguiente actuación administrativa:

“Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de fecha 23.01.08 que desestima Recurso de Reposición interpuesto contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de fecha 21/11/07, en Expediente 1.224.921/2006 que se confirma en todas sus partes y se impone a la recurrente una multa de 12.000 euros por la comisión de una infracción urbanística grave”.

Admitida la solicitud, la cual se tramitó según las normas establecidas para el Procedimiento Abreviado (art. 78 LJCA), se citó a las partes para la celebración de juicio oral, solicitando a la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente solicitado, se dio traslado del mismo a la parte recurrente a fin de que pudiera instruirse para hacer alegaciones en el acto del juicio, habiéndolo hecho y devolviendo el expediente, el cual quedó unido Autos.

Celebrándose con fecha 20 de Octubre de 2008 a las 11,20 horas de su mañana juicio oral, conforme puede verse en los Autos, y quedando los mismos vistos para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución de 23-1-2008 del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 21-11-2007 que había impuesto a la recurrente una sanción de 12.000 euros por

colocar dos elementos, denominados armarios por la recurrente, que suponen un aumento de volumen.

Se alega falta de culpabilidad, que son desmontables que no se llevó a cabo actividad constructiva alguna, que se pidió licencia de obras menores, que es de escaso valor, además de haber una absoluta falta de proporcionalidad.

SEGUNDO.- En esta misma fecha, en PO 507/2007 se ha dictado Sentencia desestimatoria de la orden de retirada de los elementos por los que ahora se sanciona. En la Sentencia se dice lo siguiente: *“SEGUNDO.- Como primera cuestión, y en cuanto a los hechos, resulta probado que se instalaron en la terraza dos cuerpos constructivos, con puertas de cristal, a los que la parte denomina armarios, y respecto de los cuáles no ha aportado fotografías que indiquen su disposición, si quedan unidos al interior de la vivienda, etc. Los mismos, según la prueba testifical y el informe de F., son desmontables y no requieren obra de albañilería alguna, si bien llevan apoyado, y unido con unas juntas de sellado, un tejadillo que une ambos, pues están a los extremos de la terraza.*

TERCERO.- Con relación a que sea desmontable o no, a efectos de incurrir en un incremento del volumen edificado -lo que contradice el art. 2.2.19.2 del PGOU y 3.2.1.c del mismo- ya se ha dicho muchas veces que lo relevante no es el hecho técnico de que la construcción sea removible sin afectar a elementos constructivos, sino la vocación de permanencia, ya que existiendo todo tipo de incluidas viviendas unifamiliares, de seguirse tal criterio resultaría que se podría colocar cualquier superficie de las mismas en una parcela bajo la justificación de que fuese desmontable, con independencia de su finalidad permanente o al menos indefinida, con lo cual podrían eludirse todo tipo de normas urbanísticas. Por tanto, debe atenderse más a la finalidad de la construcción, que sea definitiva o por una temporada, que a la posibilidad técnica de que se desmonte (STSJ Canarias de 24-11-2000, Madrid de 9-2-2000) ya que hoy día pocos edificios no pueden ser, de un modo u otro, desmontados y trasladados incluso el templo de Abu-Simbel fue trasladado de lugar al construirse la presa de Assuan, o el de Debod, trasladado a Madrid desde Egipto- y en este caso es evidente que la recurrente ha pretendido ganar superficie construida con la estructura acristalada, o parcialmente acristalada, que ha colocado. Por otro lado, aunque la parte haya hecho referencia a la Ley de la Edificación 38/1999 de 5-11, el concepto de la LUA 5/1999, que es el que se ha de tener en cuenta a estos efectos, habla de actos de edificación o uso del suelo, exceso en el volumen, etc, desligando las posibles infracciones de un concepto puramente técnico de la edificación.

En cuanto a que no tienen acceso directo a los módulos construidos desde el edificio, a parte de que no se ha probado, pues el testigo no lo recordaba y no se ha aportado un reportaje fotográfico al efecto, ello es irrelevante, pues lo relevante es la existencia de una superficie cerrada y techada, aunque el acceso sea independiente desde la terraza.

Es irrelevante que haya múltiples terrazas cerradas en dicho edificio, ya que el que haya varias situaciones ilegales no quiere decir que pueda haber más, y la igualdad sólo puede predicarse en la legalidad. Si no ha transcurrido el periodo de prescripción, la recurrente puede denunciar a quienes hayan cerrado, pero no justificar su ilegalidad en las ilegalidades previas, no pudiendo decirse que alguien tenga derecho a ser tan ilegalmente tratado como otros. Podrá en su caso merecer reproche moral si quien tiene un cerramiento ilegal denuncia a otro, pero ello no convierte en legal la actuación denunciada.

CUARTO.- En cuanto a la licencia, es cierto que se pidió, y que en el croquis de la misma se hacía constar la existencia de dos armarios, pero ello en su caso podrá afectar no a la legalidad en sí de la instalación, sino a la existencia o inexistencia de culpabilidad o a la mayor o menor gravedad. Antes de entrar más a fondo en tal cuestión, debe llamarse la atención sobre una cosa, las pruebas concretas sobre el lugar son escasas, ya que se debieron de tomar fotografías desde una terraza superior, dada la oposición de quien estaba en el piso, un hermano de la recurrente, pero la realidad es que ésta no ha traído un reportaje fotográfico adecuado ni ha ofrecido la

entrada en la vivienda en vía judicial, o incluso administrativa, ni ha formalizado una pericial completa con indicación del uso, superficie, características constructivas, viniendo toda la prueba de la empresa que hizo la instalación y de un técnico de la misma.

En cuanto a la relevancia de la licencia, realmente no se recogían todas las características de los armarios, ni parece muy ajustado su tamaño al del croquis ni tampoco, dato importante, se recogía el tejadillo que unía y cubría ambos, lo cual sin duda hubiese sido un dato importante para el Ayuntamiento, y el cual no entró en la licencia. Por otro lado, por armario cabe entender eso, un elemento cerrado, normalmente opaco, destinado a almacenar o guardar cosas, mientras que, en la única prueba disponible, tiene una puerta doble de cristal para acceder desde la terraza, y no consta realmente si tiene alguna comunicación directa con la misma alguna de ellos, sobre todo el que da al dormitorio. Por tanto, estamos ante una licencia para algo que, por no considerarse obra menor, y ser acertada tal consideración, no puede quedar cubierto por la misma, al no ser adecuada la calificación.

Del escaso valor cabe decir lo mismo que se decía en cuanto al carácter desmontable, no cambia la razón de fondo, sin perjuicio de cómo afecta a la culpabilidad.

En resumen, y por todo lo anterior, procede desestimar el recurso.

TERCERO.- Se ofreció por el Juzgador la caducidad como motivo de posible estimación del recurso. En efecto, el D 28/2001 establece como plazo para la tramitación del expediente los seis meses, art. 9, y en este caso se incoó el 17-4-2007 y no se resolvió hasta el 20-11-2007, y no se notificó, que es el dies ad quem, hasta el 23-11-2007. La cuestión que se plantea es la validez de la ampliación que se acordó con base en el 8.2 del D 28/2001 del 42.6 de la Ley 30/1992, del que aquél es un trasunto. Así, de forma estereotipada, se invocó la concurrencia de las circunstancias del art. 42.6 de la Ley 30/1992, pero resulta que tal precepto, que dice “6. *Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo. Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles. De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.*”

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”, lo que prevé es que, cuando haya un gran número de asuntos (por ejemplo si hubiese de sancionarse a todos y cada uno de los vecinos de un edificio de viviendas), lo que no es el caso, se puede acordar la habilitación de medios materiales y personales precisos, y sólo tras haberlo agotado se puede ampliar el plazo. En este caso, ni había una pluralidad de afectados, ni tampoco se habían agotado los medios alternativos. Finalmente, tampoco se hizo una “motivación clara de las circunstancias concurrentes”, sino que se empleó una fórmula estereotipada que no hacía referencia al caso concreto.

En consecuencia, procede declarar la caducidad del procedimiento sancionador, al haber transcurrido más de 6 meses entre la incoación y la notificación, todo ello de conformidad con el art. 42.2, 44 y 92 de la Ley 30/1992, por lo que debe de estimarse el recurso, anularse la resolución sancionadora y dejarse sin efecto la multa impuesta, sin necesidad de entrar en el análisis del resto de los argumentos planteados, si bien no puede dejar de hacerse dos concretas referencias.

La primera es que, en caso de reiniciarse el procedimiento sancionador, debería examinarse cuidadosamente la culpabilidad, habida cuenta que se dieron los datos esenciales, esto es la colocación de dos armarios desmontables en la terraza.

La segunda es lo absolutamente desproporcionado de la sanción, tanto en relación al valor de la instalación, ya que la totalidad de las obras sólo es de 4.336 euros, incluyendo las que no son legalmente improcedentes (alicatado de baño y cocina, gres, madera en terrazo, puerta y ventana PVC, techos escayola y pintura,

además de los armarios), como en relación al tipo de aumento de volumen, ya que no es lo mismo que incida en elementos de obra, con posible daño al edificio, que el que sea fácilmente retirable, y no es lo mismo que se haya pedido una licencia sin ocultar los datos principales -aunque se omitiese lo del tejadillo- que el no pedir licencia alguna o pedir una absolutamente falta de correspondencia con lo realizado. Por ello, si se incoa nuevo procedimiento, se deberá de tener en cuenta, al margen de la cuestión de si ha prescrito, o no, lo cual dependerá la calificación que se haga, pues podría incluirse en el 203.b, un examen detallado de la culpabilidad y, sobre todo, de la proporcionalidad.

CUARTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por D^a. A.M.B.D. contra la resolución de 23-1-2008 del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de 23-1-2008 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 21-11-2007 que había impuesto a la recurrente una sanción de 12.000 euros por colocar dos elementos, denominados armarios por la recurrente, que suponen un aumento de volumen, debo anular y anulo la misma, dejando sin efecto la sanción, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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