
EXCMO. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA.
Recurso nº 432 C/1994. Sentencia nº 333 (29-4-1996)
Expediente: 3.090.223/1993

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA.

EXPEDIENTE SANCIONADOR POR INFRACCIÓN URBANÍSTICA. Requerimiento u orden de ejecución.

Demolición obras construcción cerramiento finca no urbanizable.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo

Magistrados

D. Jaime Servera Garcías

D. Eugenio A. Esteras Iguacel

D. Luis Alberto Pomed Sánchez (*Ponente*)

En Zaragoza, a veintinueve de abril de mil novecientos noventa y seis.

En Nombre de S.M. el Rey.

Son objeto de impugnación la resolución de 28 de enero de 1994 del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo e Infraestructuras, por la que se requiere la demolición de las obras de construcción de cerramiento en el Barrio de Las Pinillas, e incoar expediente sancionador por infracción urbanística y la resolución de 27 de mayo de 1994 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

Procedimiento: Ordinario

Cuantía Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – La actora, mediante escrito presentado el 15 de abril de 1994, dedujo este recurso contencioso-administrativo contra los actos indicados en el encabezamiento.

SEGUNDO. – Previa la interposición del recurso, publicación de su incoación y aportación del expediente administrativo, la parte actora dedujo demanda en súplica de que se dicte sentencia por la que, se declare la nulidad de los actos administrativos recurridos, con condena en costas a la Administración municipal demandada.

TERCERO. – La Administración demandada y el coadyuvante, en sus escritos de contestación, suplicaron la desestimación del recurso, con imposición de costas a la actora.

CUARTO. – Recibido el proceso a prueba, se practicaron la documental y confesión judicial por vía de informe propuestas por la actora y la confesión judicial interesada por la demandada, con el resultado obrante en autos.

QUINTO. – Finado el periodo probatorio, las partes evacuaron el traslado para conclusiones sucintas por escrito, señalándose para votación y fallo del recurso el día veinte del mes de marzo de mil novecientos noventa y seis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Según se infiere de lo actuado y del expediente administrativo obrante en autos, con fecha 9 de junio de 1993 D. J L P denunció al actor ante el Ayuntamiento de Zaragoza por «estar cercando un camino con postecillos metálicos» en el Barrio de Las Pinillas, Garrapinillos (folio 1 del expediente administrativo). Dicha denuncia motivó la realización de una inspección técnica, en la que se constató la existencia de dos cerramientos producidos en el tramo final del camino, apreciándose que «tanto el cerramiento existente con anterioridad como el realizado ahora se encuentran al borde del camino, no habiéndose, por tanto, retranqueado el mismo», lo que a juicio del técnico informante vulneraría el art. 7.5.4 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de la Provincia de Zaragoza (folio 4).

Previos los trámites procedimentales oportunos, el Gerente del Area de Urbanismo e Infraestructuras elevó propuesta de resolución al Teniente de Alcalde Delegado del Area mencionada de fecha 24 de enero de 1994 (folio 17). Dicha propuesta fue acogida por la resolución del mencionado Teniente de Alcalde de 28 de enero de 1994, adoptada en virtud de las facultades delegadas por el Consejo de Gerencia en sesión de 13 de abril de 1989 (folios 24 y 25). En dicha resolución se acordaba requerir al actor para que, en el plazo de un mes, procediera a la demolición de las obras de construcción de cerramiento antecitadas, con advertencia expresa de que «se procederá a la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno si no ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico o hubiera transcurrido el plazo para solicitar la licencia, de acuerdo con lo establecido en el art. 249.1,b) de la ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 y art. 30 y 31 de la misma Ley». Igualmente se acordó incoar expediente sancionador por la infracción urbanística cometida al haber llevado a cabo la construcción de cerramiento careciendo de la preceptiva licencia municipal, apuntándose la posibilidad de que dicha infracción fuera calificada como grave, alcanzando el importe de la sanción entre el 10 y el 20 por ciento del valor de la obra o construcción. Por último, se procedía al nombramiento del Juez Instructor del expediente sancionador y del Secretario.

Contra la citada resolución, notificada el 14 de febrero de 1994, el actor interpuso reclamación con fecha de 4 de marzo de 1994, en la que, tras solicitar la revocación de la misma al amparo del art. 105 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, comunicaba, a los efectos previstos en el art. 110.3 de este mismo cuerpo legal y del art. 57.2 de la Ley Jurisdiccional, su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la hipotética desestimación de la reclamación.

Tramitada dicha reclamación como recurso de reposición, fue desestimada

por resolución de 27 de mayo de 1994 (folio 32). Con anterioridad, el 8 de marzo de 1994 se presentó nueva denuncia de D. J L P contra el actor por construcción de una pared de hormigón sin malla a una distancia inferior a los cinco metros del eje del camino (folio 37). Como resultado de esa nueva denuncia se practicó visita de inspección observándose que el cerramiento «guarda sensiblemente la distancia establecida de 5 metros al eje del camino pavimentado al que recae por su frente, no así a un camino de acceso a fincas, aparentemente privado, al que recae por un lateral. Por otra parte, es de señalar, que contraviene lo dispuesto en el art. 6.2.1 de las Normas del Plan General relativo a «Protección del Paisaje y del Arbolado», por lo que no es legalizable» (folio 39).

Para concluir, el 24 de junio de 1994 se formuló, de conformidad con lo preceptuado en el art. 136 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pliego de cargos contra el denunciado, confiriéndole un plazo de ocho días hábiles para contestar dicho pliego, en el que se le imputaba «haber llevado a cabo las obras de cerramiento en Bº Las Pinillas, Bº Garrapinillos, careciendo de la preceptiva licencia municipal». (folios 45 a 48).

SEGUNDO. – La parte actora fundamenta su impugnación de los actos administrativos objeto del recurso sustanciado en estos autos en la concurrencia de una serie de defectos procedimentales: ausencia del expediente requerido por el art. 249.1 de la Ley del Suelo, generadora de indefensión y por ello mismo susceptible de ser calificada como vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en los arts. 62.1, a) y e) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; vulneración del art. 127.2 del meritado cuerpo legal en la medida en que el acto del Teniente Alcalde Delegado de Urbanismo e Infraestructuras se dicta en ejercicio de delegación de la potestad sancionadora; inadecuado ofrecimiento del recurso de reposición en un procedimiento no necesitado de adecuación; asimismo, inadecuada invocación del art. 136 de la Ley de Procedimiento Administrativo y del plazo de ocho días para responder al pliego de cargos, plazo éste limitador de los derechos del ciudadano ante la Administración; falta de identificación precisa de los hechos en el pliego de cargos y de subsunción de la conducta en un tipo sancionador concreto; modificación sobrevenida de la calificación de los hechos, consistente en que mientras que el informe técnico plasmado en el folio 4 del expediente administrativo y fechado el 1 de julio de 1993 se refiere al art. 7.5.4 de las Normas Subsidiarias de planeamiento de la Provincia de Zaragoza, en el informe de 5 de abril de 1994 se alude al art. 6.2.1 de las Normas del Plan General relativo a «Protección del Paisaje y del Arbolado» (folio 39); estima finalmente la actora que la resolución del Teniente de Alcalde prejuzga el carácter de la infracción. Desde el punto de vista sustantivo, se invoca violación del principio de subjetividad y culpabilidad de la infracción, que en todo caso no se habría cometido, al procederse a las obras de cerramiento de conformidad con las normas aplicables del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza.

Por su parte, tanto la Administración demandada como el coadyuvante refutan tales alegaciones sobre la base de las siguientes consideraciones. En primer

lugar, estiman que la actuación administrativa se ha acomodado a las exigencias procedimentales derivadas del art. 249.1 de la Ley del Suelo y, en particular, por lo que se refiere al trámite de audiencia al interesado, lo entienden cumplido con la puesta de manifiesto del informe técnico a que se refiere la comunicación de 17 de septiembre de 1993, recogida en el folio 11 del expediente administrativo. En segundo lugar, consideran inaplicables los preceptos de la Ley 30/1992 que contienen los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador, habida cuenta de que la denuncia de que trae causa la resolución impugnada fue formulada con anterioridad al 10 de agosto de 1993, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. A este respecto subrayan el carácter de acto de trámite de la resolución de 28 de enero de 1994 en relación con la incoación del expediente sancionador. Finalmente, se recogen algunas consideraciones relativas a la hipotética aplicabilidad de las Normas Subsidiarias de planeamiento de la provincia de Zaragoza al municipio de Zaragoza.

TERCERO. – Como claramente se desprende del relato fáctico contenido en el Fundamento de Derecho Primero, los actos administrativos impugnados en esta *litis* toman como presupuesto incuestionado la ausencia de la preceptiva licencia exigida por la legislación urbanística (art. 242 de la Ley del Suelo) para todo acto de edificación y, genéricamente, de uso del suelo. Tal extremo se aprecia con especial nitidez en la resolución del Teniente de Alcalde Delegado del Área de Urbanismo e Infraestructura de 28 de enero de 1994, en el que se requiere al actor para demoler la obra de cerramiento cuestionada, procediéndose a la expropiación o al régimen de venta forzosa del terreno si «hubiera transcurrido el plazo para solicitar la licencia, de acuerdo con lo establecido en el art. 249.1,b) de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana» (folio 24 del expediente administrativo), o en el pliego de cargos trasladado al actor, en el que se le imputa «haber llevado a cabo las obras de cerramiento en B° Las Pinillas, B° Garrapinillos, careciendo de la preceptiva licencia municipal».

Sucedde, sin embargo, que en el curso de la actividad probatoria desplegada en estos autos ha quedado suficientemente acreditada la existencia de esa licencia previa de obra menor. Licencia otorgada el 9 de junio de 1993 para el «vallado de la parcela» en cuestión. Licencia a la que el propio Ayuntamiento de Zaragoza, en informe emitido a requerimiento de este Tribunal por la Técnico de Administración General actuante del Servicio de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente (Servicio de Disciplina Urbanística) con fecha 24 de abril de 1995 reconoce plenos efectos. Consecuentemente —y con independencia de la inadecuada aplicación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de la provincia de Zaragoza— al municipio de Zaragoza no resulta adecuada la invocación del art. 249.1,b) de la Ley del Suelo reiteradamente hecha por el Ayuntamiento actuante, al faltar el elemento fáctico que tal precepto presupone, cual es la ausencia de licencia.

Antes al contrario, como quiera que la licencia otorgada el 9 de junio de 1993 tenía carácter condicionado, consistiendo la condición en el respeto de la

distancia de 5 metros al eje de los caminos colindantes, el Ayuntamiento hubiera debido actuar de conformidad con lo dispuesto en el art. 249.2 de la Ley del Suelo, relativo a los actos de edificación concluidos contraviniendo las condiciones señaladas en las licencias.

CUARTO. – Sentado lo cual es preciso analizar la invocación de una causa de nulidad de pleno derecho, consistente en la infracción del art. 62.1, apartados a) y e) de la Ley 30/1992. Alega en tal sentido la parte actora la generación de una situación de indefensión como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia al interesado, a lo que se oponen tanto la Administración demandada como el coadyuvante, afirmando tanto la observancia de dicho trámite procedimental cuanto el carácter no preceptivo de dicho trámite en el procedimiento ahora impugnado.

Para apreciar la concurrencia de esta causa de nulidad radical, como viene sosteniendo la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales Constitucional (entre otras, Sentencias de 29 de noviembre de 1985 y 24 de noviembre de 1986) y Supremo (entre las más recientes, Sentencias de 13 de febrero y 24 de mayo de 1995), es preciso que se haya producido una privación del derecho a la defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. Dicho en otros términos, no basta con que la omisión tenga carácter meramente formal o rituario, sino que resulta imprescindible la afectación material a su esfera jurídica que en otro caso no se hubiera producido.

En el caso de autos y a la vista de las consideraciones expuestas en el Fundamento de Derecho anterior hemos de concluir apreciando dicha concurrencia por las razones que a continuación se exponen. En primer lugar, aun siendo cierto que en el expediente administrativo figura una comunicación dirigida al actor para la puesta de manifiesto del informe del técnico actuante (folio 11), no lo es menos que falta en dicho expediente acreditación suficiente de que dicha comunicación haya sido efectivamente recibida por el interesado, aun cuando en el mencionado oficio figure una firma distinta de la Jefe del Servicio que dirige la meritada comunicación. A mayor abundamiento, la confesión judicial practicada en estos autos ha arrojado como conclusión la no pertenencia de esta firma al actor. De donde debemos concluir la efectiva omisión del trámite de audiencia.

Sin embargo, como ya se ha indicado, la mera inobservancia formal del trámite no puede reputarse causa de nulidad radical si de la misma no se derivan perjuicios reales e inmediatos para los derechos del afectado. A fin de determinar este extremo capital debemos subrayar que la licencia otorgada por el Ayuntamiento el 9 de junio de 1993 para obra menor consistente en el vallado de la finca en cuestión se concede a D^a M. L A L, siendo así que la totalidad de las actuaciones administrativas que figuran en el expediente tienen como destinatario —entendiendo esta noción en su acepción más amplia— a D. J. A. I, sin que en ningún momento se acredite la efectiva realización de las obras por éste careciendo de licencia. Extremo que resulta tanto más sorprendente cuanto que la concesión de la licencia y la denuncia, en la que se hace referencia al comienzo de las obras de cerramiento, tienen la misma fecha. Ciertamente, el actor pudo

recurrir la resolución del Teniente de Alcalde Delegado del Área de Urbanismo e Infraestructuras mediante el recurso de reposición ofrecido en el acto de 28 de enero de 1994, sin embargo la realidad es que presentó una reclamación ante la Alcaldía-Presidencia invocando justamente este mismo motivo de nulidad respecto de la orden de demolición y cuestionando la legalidad del resto del acto en cuanto suponía incoación del expediente sancionador.

QUINTO. – A la vista de todo ello debemos concluir declarando la nulidad del acto administrativo impugnado. Nulidad que alcanza el acuerdo de incoación del expediente sancionador, al basarse en una serie de elementos fácticos carentes de la suficiente acreditación, como ha quedado suficientemente demostrado en los anteriores Fundamentos de Derecho. No obstante lo cual es preciso subrayar asimismo la imposibilidad de acoger la argumentación defendida por la Administración demandada en punto a la legalidad del acto dictado por delegación.

Fundamenta dicha legalidad en la no vigencia del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, por lo que no sería de aplicación a este procedimiento que trae causa de la denuncia formulada el 9 de junio de 1993. Tal argumento no puede ser acogido por cuanto la adecuación a que se refieren tanto la Disposición Adicional 3ª como la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 30/1992 se refiere exclusivamente a las reglas procedimentales, siendo así que la prohibición de ejercicio de la potestad sancionadora por delegación figura en el art. 127.2 del texto legal en cuestión, «Principios de la potestad sancionadora», claramente diferenciados de los «Principios del procedimiento sancionador», a los que sí deberán adecuarse los procedimientos legales en la materia. En consecuencia, vigente el citado principio desde el 27 de febrero de 1993 y no precisado de ningún tipo de adecuación reglamentaria, resultando suficiente la mera revocación de la delegación.

SEXTO. – No se aprecian motivos conforme al art. 131 de la Ley Jurisdiccional para un especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

Y, en virtud de todo ello,

FALLAMOS

PRIMERO. – Estimamos el recurso número 615/94-B, interpuesto por D. J.A.I. contra la resolución de 28 de enero de 1994 del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo e Infraestructura del Ayuntamiento de Zaragoza, por la que se requiere la demolición de las obras de construcción de cerramiento en el Barrio de Las Pinillas, e incoar expediente sancionador por infracción urbanística y la resolución de 27 de mayo de 1994 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anterior y, en su consecuencia, declaramos la nulidad de dichos actos.

SEGUNDO. – No hacemos especial imposición de las costas.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.