

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DE DEMOLICIÓN. EDIFICACIONES.

Procedimiento de restablecimiento de legalidad urbanística.

No aplicabilidad de los principios del procedimiento sancionador.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis Carlos Martín Osante

En ZARAGOZA, a siete de Febrero de dos mil once.

Vistos por el Ilmo./a. Sr./a D/D^a LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo n° 3 de ZARAGOZA, los presentes Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 335/2010 instados por D. J.A.M.P., representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. E.B.L. y defendido por la Letrado Dña. M.J.S.A. y siendo demandado AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. S.S.S. y defendido por la Letrado Dña. R.S.G.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1/09/2010 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta ciudad, escrito de interposición, de PROCEDIMIENTO ORDINARIO en el que se formuló recurso contencioso-administrativo por la representación procesal y defensa de D. J.A.M.P., frente a la siguiente actuación administrativa:

-La resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 6/7/2010, por la que se dispone en esencia lo siguiente: *“Primero.- I. Requerir a D. J.A.M.P. para que en el plazo de un mes a partir de la recepción de este acuerdo proceda a demolición de las dos edificaciones laterales y obras en interior de nave central en Los Alberjeros, Cno. Grp 2, toda vez que resulta 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 aquéllas resultando el acto total o parcialmente incompatible con la ordenación vigente”*; expediente administrativo n° 317.490/2010.

SEGUNDO.- Una vez que se tuvo por interpuesto dicho recurso, se reclamó el expediente administrativo a la Administración.

Una vez recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

Mediante Auto dictado con fecha 19/11/2010 se estimó la petición de medidas cautelares formulada mediante otrosí digo de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

TERCERO.- Una vez formulada la contestación a la demanda se fijó la cuantía del presente procedimiento en Indeterminada y se recibió el proceso a prueba.

Con posterioridad se practicaron las pruebas admitidas a las partes con el resultado que obra en Autos. Una vez formuladas las conclusiones, quedó el juicio visto para Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.- El presente proceso tiene por objeto el recurso contencioso-administrativo formulado por D. J.A.M.P. frente a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 6/7/2010, por la que se dispone en esencia lo siguiente: *“Primero.- 1. Requerir a D. J.A.M.P. para que en el plazo de un mes a partir de la recepción de este acuerdo proceda a demolición de las dos edificaciones laterales y obras en interior de nave central en Los Alberjeros, Cno. Grp 2, toda vez que resulta 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 aquéllas resultando el acto total o parcialmente incompatible con la ordenación vigente”*.

En el suplico de la demanda se insta por la parte recurrente que se dicte Sentencia por la que se estime el presente recurso contencioso-administrativo contra Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza por el que se desestiman las alegaciones formuladas contra el acuerdo de fecha 6/07/10, dictado por el indicado órgano colegiado, y en consecuencia se declare no conforme a derecho tal resolución, con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a los **hechos**, con carácter previo debe hacerse notar que de una adecuada valoración de la prueba obrante en Autos y de la practicada en el propio expediente administrativo se desprende que sobre la finca del recurrente, D. J.A.M.P., se procedió a construcción de dos edificaciones laterales y obras en interior de nave central en Los Alberjeros, Cno. Grp 2 (tal y como se desprende de la denuncia de los agentes de la Policía Local, de la fotografías obrantes en el expediente administrativo y del informe urbanístico del Ayuntamiento). En los folios 38 a 48 del expediente administrativo incluso se ubican con exactitud las dos edificaciones objeto de la paralización, a la derecha e izquierda de la edificación principal, a través del croquis levantado y del reportaje fotográfico de la Policía Local.

Por lo que se refiere a la **calificación jurídica del suelo y de la propia edificación realizada**, con la finalidad de contrastar su ajuste a la legislación urbanística, es preciso recordar el contenido del informe emitido al efecto (obrante en el expediente administrativo 317.490/10 al folio 55) por el Servicio de Inspección, de fecha 25/3/2010, que señala lo siguiente:

“Realizada visita de inspección a la finca identificada con la referencia catastral 000501600XM61E sita en Camino Alberjeros nº 2 (Diseminado Garrapinillos Clavería 9060) según datos catastrales que se adjuntan, se informa lo siguiente:

Se comprueba exteriormente a la finca que con fecha 24 de marzo de 2010 permanecen abiertos los accesos a las edificaciones laterales objeto de denuncia, no habiéndose adoptado por lo tanto, las medidas de protección solicitadas y concedidas consistentes en tapar los huecos de ventanas y puerta al objeto de impedir la entrada de cualquier persona ajena a la propiedad.

Se aporta fotografía del estado actual de las edificaciones.

Puestos en contacto con la propiedad de la finca D^a A.A.C., (teléfono ...), comunica que no puede estar presente en la inspección por hallarse fuera de Zaragoza y posponiendo la misma para más adelante.

*Dicha finca, según el vigente Plan General de Ordenación Urbana se clasifica como **Suelo No Urbanizable Especial Protección del Ecosistema Productivo Agrario** en el Regadío y afectada por dos pequeñas zonas clasificadas como Sistema General Urbano y Sistema General Urbanizable.*

Se adjunta plano de clasificación del suelo del Texto Refundido del P.G.O.U. de diciembre de 2007.

La superficie de la finca es de 1.881 m² según datos catastrales y edificaciones denunciadas se sitúan en el lindero de la finca 017.

Le es de aplicación el Título VI de las Normas Urbanísticas y en particular los artículos 6.1.4, 6.1.18 y 6.3.21 de las mismas.

Conforme al artículo 6.1.4. para que la finca sea edificable habrá de disponer de una superficie mínima de 10.000 m² en el regadío.

Conforme al artículo 6.1.18.3, los edificios mantendrán con carácter general un retranqueo de 10 m. a los linderos.

Lo que se informa a los efectos oportunos.

I.C. de Zaragoza, 25 de marzo de 2010”

La parte recurrente no ha desvirtuado el contenido del material probatorio aportado en el expediente administrativo, ni, en particular, el contenido de este informe, por lo que deben mantenerse las consideraciones de hecho de la resolución administrativa.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la **caducidad del procedimiento**, lo primero que hay que recordar es que nos encontramos ante un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, y no de un procedimiento sancionador, por lo que no es de aplicación la normativa vigente sobre el procedimiento sancionador, ni sobre la caducidad del procedimiento sancionador.

Si se estimara la procedencia de aplicar algún tipo de caducidad al procedimiento administrativo objeto del presente proceso, cabría indicar que el plazo de resolución y notificación del procedimiento de restablecimiento resulta ser inferior a seis meses, dado que fue iniciado por resolución de 20 de abril de 2010 (folio 63 del expediente 317.490/2010) y se ha resuelto por resolución expresa de 6 de julio de 2010, notificada el 19 del mismo mes, (folios 94 a 97 del mismo expediente). Por otra parte no cabe mantener que la denuncia es el acto de iniciación de un procedimiento sancionador en materia de disciplina urbanística.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la **acción de restablecimiento de la legalidad urbanística**, está sujeta al plazo de ejercicio fijado legalmente; pero en el caso que nos ocupa se trata de unas obras no concluidas, por lo que hasta que no finalizasen no podría surgir la posible caducidad (entendida como plazo para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística); pero el suelo donde se han ejecutado dichas obra se clasifica por el PGOU como Suelo No Urbanizable de Especial Protección, resultándole de aplicación la excepción prevista en nuestro Ordenamiento Jurídico (apartado 3 del artículo 266 de la LUA) referida a aquellos supuestos de edificación sobre terrenos calificados por el planeamiento, como sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, en los que no hay limitación.

Siguiendo las consideraciones de la Sra. Letrada del Ayuntamiento de Zaragoza, cabe hacer notar que la preexistencia de alguna edificación en la parcela, concretamente el recurrente alude a “una vivienda unifamiliar dividida en tres cuerpos de edificación, cuales era, la parte de vivienda y dos almacenes”, no constituye óbice a la constatación de las obras nuevas, que en fase de ejecución, fueron objeto primero de la orden de paralización (folio 12 del expediente 317.490/2010), consistentes en la construcción de dos edificaciones, sin finalizar, y posteriormente de la incoación y resolución del procedimiento de restablecimiento.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la alegación sobre la **tipificación de la infracción urbanística**, y a la improcedencia de aplicar preceptos de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, debe reiterarse que no estamos ante un procedimiento sancionador, por lo que la tipificación jurídica no se ha efectuado en la resolución impugnada, de 6 de julio de 2010, por no constituir el procedimiento adecuado para tal finalidad, ya que se limita a dilucidar la procedencia del restablecimiento de la legalidad urbanística, y no la sanción de infracciones urbanísticas, para lo que es hábil el procedimiento sancionador (artículos 274 a 283 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón).

SEXTO.- La parte recurrente señala que existen diversas construcciones en la zona y que no tiene sentido la orden de demolición, siendo procedente la modificación del Planeamiento Urbanístico. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que las actuaciones de facto con carácter general no sirven para modificar la calificación jurídica del suelo 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 D. J.A.M.P. (al menos si no dispone del mínimo de 10.000 m², según consta en el informe del Servicio de Inspección), que, por otra parte, carecía de licencia de edificación.

Ciertamente, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (EL DERECHO EDJ 2003/9260, Tribunal Supremo Sala 3^a, sec. 3^a 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 depende de la discrecionalidad de la Administración, autora del planeamiento urbanístico y de sus instrumentos, si que dado su carácter reglado, depende única 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 ha 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.A.M.P. ha realizado una construcción, 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 3^a, sec. 5^a) 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)."*

De forma más específica en relación con el caso que nos ocupa, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 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 establecimiento de la legalidad urbanística, atacar la eficacia de una norma de planeamiento, como es el Plan General de Ordenación Urbana. Esta posibilidad 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.

De esta forma, no se aprecia que la actuación de la Administración infrinja el ordenamiento jurídico y por ello, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 62 y 63 Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común *"1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder"*, no debe ser declarada nula, ni tampoco anulada.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

SÉPTIMO.- Costas y recurso.- 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). Ello debe ser así a diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación, en el que la regla general es que las costas corren a cargo del apelante en caso de desestimación del recurso.

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA (art. 81.1) cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

FALLO

PRIMERO.- DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J.A.M.P. frente a la resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 6/7/2010, por la que se dispone en esencia lo siguiente: *"Primero.- 1. Requerir a D. J.A.M.P. para que en el plazo de un mes a partir de la recepción de este acuerdo proceda a demolición de las dos edificaciones laterales y obras en interior de nave central en Los Alberjeros, Cno. Grp 2, toda vez que resulta 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 aquéllas resultando el acto total o parcialmente incompatible con la ordenación vigente"*; expediente administrativo nº 317.490/2010.

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

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