



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00216/2019

Modelo: N11600
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2
Equipo/usuario: JC
N.I.G: 36057 45 3 2019 0000161
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000102 /2019 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: DIEGO GOMEZ FERNANDEZ
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª
Abogado:
Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 216/19

En Vigo, a 31 de julio de 2019

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos a instancia de:

- representada y asistida por el letrado/a: Diego Gómez Fernández, frente a:
- Xerencia de urbanismo do Concello de Vigo representado y asistido por el letrado/a: Pablo Olmos Pita.
- Codemandado: representado y asistido por el letrado/a: Beatriz López Chaves.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 11 de marzo del 2019 mediante demanda recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de su solicitud de fecha 20 de junio del 2018 que dirigió a la demandada, con el fin de que incoase los correspondientes expedientes sancionador y de reposición de la legalidad urbanística, con relación a las obras ejecutadas en la vivienda sita en el nº de la carretera de Moledo, de Vigo. En la demanda pretende que por el órgano jurisdiccional se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, se le condene a la incoación de ambos expedientes, a su tramitación y a su solución en plazo, y todo con expresa imposición de costas a la demandada.



En el escrito de interposición del recurso pretendió al amparo del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), que se adoptase la tutela cautelar consistente en obligar a la demandada a incoar ya los referidos expedientes, debido a la inminente prescripción de las posibles infracciones urbanísticas y de la acción para su reposición.

Ha sido desestimada motivadamente por auto de 11 de abril del 2019.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 14 de marzo del 2019, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se recibió el 5 de abril del 2019, y se puso de manifiesto a la parte recurrente.

Se celebró la vista a que se refiere el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), el 2 de julio del 2019, y en ella la parte demandante se ratificó en su demanda y la demandada sostuvo la conformidad a Derecho de la actuación impugnada.

Se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada pero inferior a 30.000 euros. Abierto el trámite de prueba, las partes se remitieron a la documental y al expediente administrativo, y tras sus conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Queremos comenzar deteniéndonos en el análisis del objeto del proceso, a propósito de la aclaración actora expresada en el acto del juicio sobre que su acción puede ser encuadrada indistintamente dentro de los supuestos del art.25.1 LJCA, desestimación presunta, o del 29.1 LJCA, inactividad ante una obligación de origen legal o contractual.

Porque sabemos que en el plano administrativo los procedimientos pueden iniciarse, de oficio, o a instancia del interesado, art. 54 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). Y que las denuncias pueden constituir una de las posibilidades de incoación del procedimiento administrativo, de oficio, artículos 58 y 62 LPAC.

Luego, si entendemos que el acto de parte que precede a la actuación impugnada jurisdiccionalmente, es o son una pluralidad de denuncias del recurrente, que no han merecido respuesta de la demandada, el efecto producido habría de ser el previsto en el art. 25.1 b) LPAC, la caducidad. Porque nos hallamos ante un procedimiento de oficio, en el que el silencio administrativo, por tratarse de un procedimiento en que la Administración pudiera ejercitar potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, determina la caducidad.

Sí, es cierto que el art. 21.1 LPAC proclama que: “La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.”

Pero junto a ese mandato general se regulan a continuación las consecuencias de su incumplimiento, los efectos del silencio administrativo y que son los ya indicados para el caso de que, insistimos, consideremos que lo que precede a la actividad administrativa objeto del recurso, son denuncias desatendidas.



Ahora bien, incluso al producirse la caducidad, ese art. 21.1 LPAC, exige que se declare, cuando indica que: En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Entonces, una denuncia urbanística que no recibe ningún tipo de respuesta por parte de quien tiene la principal responsabilidad de atenderlas, en todo caso (sea de manera positiva, sea de manera negativa), por quien tiene encomendada la protección de la legalidad urbanística, principalmente la alcaldía *ex art. 156.1 in fine* de la LEY 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (en adelante, LSG), determina un silencio de carácter negativo que a efectos de impugnación jurisdiccional resulta encuadrable en el art.25.1 LJCA.

En cambio, entiendo que la inacción municipal no es de manera ambivalente susceptible de impugnación por el cauce del art. 29.1 LJCA, porque aunque en una materia que nos ocupa, disciplina y restauración de la legalidad urbanística, el ejercicio de potestades que las Administraciones competentes tienen atribuidas para ello, no es discrecional, resulta irrenunciable e imperativo, no se cumplen otras notas que exige el art. 29.1 LJCA para que se emplee ese cauce procesal correctamente. Así, no puede afirmarse que para la tramitación de un expediente de restauración de la legalidad urbanística, o disciplinario, la LSG no precise de actos de aplicación. Como tampoco puede afirmarse que del ejercicio de estas potestades administrativas resulte una actividad prestacional, menos aun a favor de persona/s determinadas.

Entonces, solo hay un modo de combatir jurisdiccionalmente la inacción municipal ante el deber de incoar un procedimiento de oficio, en virtud de denuncia, la impugnación del silencio negativo resultante, tal como lo ha expresado la actora en el encabezado de su recurso.

Entiendo por fin, que la cuestión atinente a la delimitación del objeto procesal y el control del cauce empleado para su impugnación no es baladí, porque del acierto de la actora en su configuración, dependerán las posibilidades de su adecuado análisis, ya que hay que tener presente que el principio *pro actione*, no puede ser entendido como una suerte de cajón de sastre al amparo del cual quepa la ignorancia de las normas que rigen el procedimiento en aras de obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo. En este sentido la STS de 4 de mayo del 2015, Sala 3ª, sección V (Nº 2086/2015, Recurso: 1919/2013, recordando la doctrina constitucional respecto de los pronunciamientos de inadmisión y su relación con el derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva, señalaba: "*El TC, en sentencia 219/2005, entendió que es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la obtención del órgano judicial de una resolución sobre el fondo de las pretensiones, pero matizó seguidamente, que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, cuando se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente.*

Para añadir que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de acceso a la jurisdicción, por lo que las decisiones impeditivas de una resolución sobre el fondo resultarán contrarias al art. 24.1 CE cuando eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada.



*En este sentido el propio tribunal se encarga de aclarar el verdadero sentido del muy utilizado principio "pro actione", señalando que **no cabe entenderlo como "la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan", sino como "la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican".***

SEGUNDO.- Hechas las anteriores aclaraciones y comprobada la plena admisibilidad del recurso, descendemos a las peculiaridades del caso concreto: La recurrente denunció a su vecino ante la demandada el 10 de junio del 2018, a propósito de obras que éste realizó, supuestamente, apartándose de la licencia de obras concedida en el año 2009. Solicitó de la demandada la incoación de los dos expedientes procedentes, de reposición de la legalidad y sancionador. Lo hizo sobre la base de un informe municipal de mayo del 2018 que pondría de manifiesto la discordancia de lo ejecutado, con lo proyectado, con lo licenciado. En efecto, el informe de fecha 29 de mayo del 2018, confeccionado por el ingeniero de edificación municipal, Iván Ramos, explica que la edificación del vecino de la actora, **no se ajusta al proyecto autorizado**: la cubierta del forjado y el techo de la planta primera no se ajustan a las dimensiones autorizadas, dado que los faldones de la cubierta arrancan 60 centímetros por encima del forjado y la altura de cumbrera es mayor de la autorizada.

Y la queja actora es que ocho meses después de su denuncia, ésta no había recibido respuesta de clase alguna, no se había incoado ninguno de los dos procedimientos que había interesado.

A partir de la fecha que se refleja en el certificado final de obra, 22 de octubre del 2013, es pacífico entre las partes que el 22 de octubre del 2019 se produce la caducidad de la acción urbanística para lograr cualquier restauración de ésta legalidad que fuera procedente y la prescripción de las infracciones que, en su caso, se hubieran cometido.

Frente a ello, la postura de la demandada resumidamente pasa por negar la mayor, que no ha habido silencio negativo, que no hay inacción municipal, que en relación a los términos de la denuncia, no parece que exista un desajuste de la obra tal que permita la incoación del expediente de restauración, menos aun sancionador, y todo ello, sin perjuicio de la vigencia de la licencia de obra que la edificación tiene concedida.

Nos aproximamos a los hitos relevantes más próximos del expediente administrativo y vemos que:

El 16 de julio del 2018 la demandada resolvió declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obra con la que cuenta la edificación del vecino de la recurrente, , tramitada en el expediente nº 63480/421, y que se había incoado en junio del 2017.

A la vez, también acordó la incoación de dos nuevos expedientes de revisión de oficio, tanto de la licencia de obra, como de la licencia de primera ocupación con la que cuenta esa edificación desde junio del 2014, otorgada en el expediente nº 80403/421. Y todo ello, a la vista de los informes elaborados por el técnico municipal que pondrían de manifiesto desajustes de la obra ejecutada con lo autorizado, y por



tanto, la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art.47.1 f) de la Ley 39/2015 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC). En concreto, se indica que el motivo es que la medición en altura de la pared medianera a la que debía adosarse la vivienda proyectada no se corresponde con la reflejada en el proyecto autorizado, por lo que la edificación propuesta resulta de imposible ejecución toda vez que no se podría crear nueva o mayor medianera sobre las fincas colindantes, sin contar con el acuerdo expreso de su titular.

Por resolución de 16 de septiembre del 2018 la demandada ha recabado del órgano consultivo autonómico el dictamen previo preceptivo a la revisión en trámite, y el Consello en su dictamen de 5 de diciembre del 2018, se ha mostrado favorable a la revisión de la licencia de primera ocupación, pero no así respecto de la obra.

El 21 de marzo del 2019 la demandada culminó el expediente revisor y ha adoptado el acuerdo revisor que aprecia la nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el art. 107 de la licencia de primera ocupación de la vivienda unifamiliar, ubicada en el número , de la carretera Moledo, en Sárdoma, Vigo, respecto de la que la actora interesa que se incoen los expedientes restaurador y sancionador.

TERCERO.- Pues bien, a la vista de lo expuesto, esencialmente de los términos del informe técnico municipal de 29 de mayo del 2018, debe concluirse la necesaria estimación de la demanda, sin más trámites.

Porque se puso una denuncia en octubre del 2018, y vimos que no era la primera, vimos que la demandada hace cosas, pero en marzo del 2019 (fecha de la interposición del recurso contencioso administrativo), no hay nada sobre esa denuncia. Hay otras cosas, pero en los voluminosos expedientes administrativos, nada sobre la denuncia.

Naturalmente que la demandada goza de la posibilidad contemplada en el art. 55 LPAC, pero sin perjuicio de que, desde la fecha de la denuncia de octubre del 2018 nada se hizo en este sentido, también es justo señalar que bastantes actuaciones previas hay ya como para perfilar los motivos que justifican la incoación de los expedientes que se han demandado.

La realidad es que con un informe confeccionado por los propios técnicos de la demandada, que pone de manifiesto la existencia de una posible ilegalidad urbanística en la vivienda denunciada, resulta inexcusable la ausencia de incoación del expediente de reposición de la legalidad para que se resuelva como se resuelva. Pero al menos, incoarlo, tramitarlo y resolverlo; *idem* el sancionador.

Resulta imperativo para la demandada a tenor de lo dispuesto en los artículos 153.1 LSG y 157.2 LSG, en unión éste con lo dispuesto en el art. 63.2 LPAC.

El deber de incoar y resolver en plazo estos procedimientos resulta absolutamente independiente de la cronología sobre la tramitación administrativa que hicimos a propósito de los expedientes revisores que han perseguido la declaración de nulidad de pleno derecho de las licencias de obra y de ocupación otorgadas al titular de la vivienda denunciada.

En modo alguno puede sostenerse que como condición previa a la incoación de la reposición de la legalidad, o del sancionador, deba existir la constancia de la firmeza de la revisión de las licencias que se hubiesen otorgado.



La reposición y la sanción pueden resultar procedentes a pesar de la existencia, o subsistencia, de ambas licencias, de manera que las actuaciones que la demandada siga o decidiese acometer en el ámbito de la revisión de oficio, ni obstan, ni deben entorpecer o dilatar la incoación de los procedimientos que se han demandado.

Terminamos con la acertada evocación que la actora ha hecho de la reciente STSJG Sala de lo Contencioso Sección: 2 (Nº de Recurso: 4330/2016 - Nº de Resolución: 481/2018), de 11 de octubre del 2018, que razona:

“Cuando se recurre contra una inactividad procedimental o la desestimación por silencio de una denuncia urbanística el pronunciamiento que se puede obtener, en sentencia, es el de condenar a la Administración a incoar, tramitar y resolver el expediente, sin que proceda que judicialmente se condicione el resultado de esa tramitación. La demolición de unas obras como medida de reposición de la legalidad urbanística conculcada es un pronunciamiento que debe ser adoptado tras la tramitación completa de un procedimiento administrativo en el que el dueño de las obras tenga garantizada su intervención, con derecho de audiencia, defensa y prueba. Si el objeto de recurso jurisdiccional es una inactividad procedimental en ese sentido, la estimación de la demanda, en el caso de que se aprecien posibles contravenciones de la normativa urbanística (en este caso, por desajustes con la licencia) será la condena a la incoación del oportuno expediente de reposición de la legalidad urbanística, en el que se incorporen los informes técnicos y jurídicos necesarios y el interesado pueda ejercer su derecho de defensa.

Una vez incoado ese procedimiento, la pretensión actora se ve satisfecha, y no cabe que jurisdiccionalmente se invada en ese momento procedimental inicial el ámbito decisorio de la Administración, imponiendo un determinado resultado al procedimiento antes de que el órgano administrativo haya tenido la oportunidad de pronunciarse y resolver el expediente. Ello supondría un exceso respecto al ámbito de fiscalización propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, que puede condenar a que se tramite un expediente, y puede anular la resolución de ese procedimiento administrativo, pero lo que no puede es invadir el ámbito decisorio del órgano administrativo competente y anticipar de forma coercitiva cuál debe ser la resolución que debe dictar ese órgano antes de que tenga ocasión de pronunciarse mediante el dictado de la resolución que decida todas las cuestiones que suscite el procedimiento administrativo. Además ello comportaría un grave quebranto al derecho de defensa del interesado en el expediente de reposición de la legalidad, que debe disponer de la oportunidad alegatoria y probatoria efectiva en el procedimiento administrativo, dirigida a aportar los elementos de juicio que a su derecho convengan en orden a completar el material alegatorio y probatorio que debe valorar el órgano competente para resolver el expediente administrativo, en este caso de reposición de la legalidad.”

Entonces, se estima la demanda, se aprecia la disconformidad a Derecho de la falta de incoación por la demandada de los expedientes de reposición de la legalidad urbanística y sancionador, respecto de de la vivienda unifamiliar, ubicada en el número , de la carretera Moledo, en Sárdoma, Vigo. Por lo que se le condena a su incoación en un plazo no superior a un mes desde la notificación de la presente sentencia, y a su tramitación y resolución en plazo legal.

CUARTO.- En materia de costas el art. 139 LJCA dispone que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, impondrá las costas a la parte que haya visto



rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Debido a la desestimación íntegra del recurso las costas se imponen a la demandada con la limitación de, en este caso, 400 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado Diego Gómez Fernández, en nombre y representación de _____, frente a la Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo y la desestimación presunta de su solicitud-denuncia de fecha 20 de junio del 2018 que le dirigió con el fin de que incoase los correspondientes expedientes sancionador y de reposición de la legalidad urbanística, con relación a las obras ejecutadas en la vivienda sita en el _____ de la carretera de Moledo, de Vigo, y que se reputa disconforme a Derecho.

Condeno a la Xerencia de urbanismo del Concello de Vigo a su incoación en un plazo no superior a un mes desde la notificación de la presente sentencia, y a su tramitación y resolución en plazo legal.

Con imposición de costas a la demandada, con el límite expuesto.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que es firme, por lo que contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.