



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 GIJON

SENTENCIA: 00103/2014

-

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3º PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2014 0000020

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000019 /2014 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D: LOPD

Letrado: D. LOPD

Procurador D. LOPD

Contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado : D. LOPD

Procurador D. LOPD

SENTENCIA

En GIJON, a veintisiete de Mayo de dos mil catorce.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. 19/2014, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante D. ^{LOPD} representado por el Procurador Don ^{LOPD} y asistido por el Letrado Don ^{LOPD}, y de otra como demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don ^{LOPD} y asistido por el Letrado Don ^{LOPD}, sobre Urbanismo.

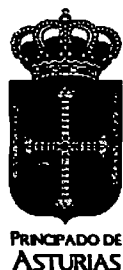
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte actora se presentó demanda en la que alegó los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la misma y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia en la que estimando el presente recurso contencioso-administrativo, se declare no ser conforme a derecho la resolución de la alcaldía impugnada, y en consecuencia la anule, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO: La demanda fue admitida a trámite señalándose día y hora para la celebración de la vista, acordando reclamar de la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, el cual fue remitido, celebrándose la vista con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 25-11-13 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 26-7-13 en la que se ordena a D. LOPD, la restauración de la legalidad infringida mediante la retirada del cierre y cubrición de terraza en la calle LOPD, por resultar dichas obras ilegales e ilegalizables de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.2.63 del PGO, para lo que se le concede el plazo de 2 meses, bajo apercibimiento de ejecución subsidiaria.

Se señala en la demanda que en la terraza con frente a la calle LOPD de la finca urbana descrita en la misma, a la fecha de su compra (29-7-96) por los esposos D. LOPD LOPD y Doña LOPD, y en concreto, en su pared derecha, vista de frente a la calle LOPD, existía un para-vientos lateral. Que asimismo en la terraza con frente a la calle LOPD, existía un toldo de brazos articulados, en la pared del fondo, vista de frente a la calle LOPD, instalado en mayo/junio del año 2004 por la empresa Toldos Jubla CB. Que el paravientos lateral se cayó a la vía pública el 7-3-13 a consecuencia de los fuertes vientos, con una racha máxima de 114 km/h, ocasionando daños a un vehículo estacionado en dicha calle, e interviniendo el Cuerpo de Bomberos y de la Policía Local.

Se añade que a consecuencia de lo anteriormente descrito, con fecha 15-4-13 el actor solicita al Ayuntamiento de Gijón la licencia y autorización para la sustitución de dos ventanas en mal estado con un presupuesto de 1.056,37 euros. Que por resolución de 15-4-13 se concede la licencia de obra menor solicitada para realizar en la calle LOPD las obras para el cambio de dos ventanas, sustitución de ventana y/o alfeizar en edificio no incluido en catálogo.

Sigue la demanda que por resolución de 3-6-13 se acuerda iniciar expediente de restauración de la legalidad urbanística al actor por la realización de obras sin licencia consistentes en cierre y cubrición de terraza en la C/LOPD LOPD, tendente a su retirada, dado que dichas obras resultan ilegalizables de acuerdo a lo dispuesto en el art. 5.2.63 del PGO.

Como fundamentos de derecho se alega la vulneración del principio de igualdad ante la ley; vulneración del principio de legalidad por cuanto la competencia para ordenar la demolición de las obras no corresponde al Alcalde, sino al Pleno del Ayuntamiento. Asimismo se invoca la sentencia del TSJ de Asturias de 28-2-13 por la que se anula el acuerdo pleno del Ayuntamiento de Gijón de 13-5-11 relativo a la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de dicho Ayuntamiento, señalando que se alega una normativa contenida en el PGOU que ha sido anulada y dejada sin efecto judicialmente por no ser conforme a derecho y cuya aplicación está en suspenso. Finalmente se alega la vulneración del principio de proporcionalidad, congruencia y menor demolición.

Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Se alega, en primer lugar, la vulneración del principio de igualdad ante la ley. Argumenta el actor que hay decenas, por no decir cientos, de cierres de terrazas similares en la ciudad, lo que no casa con que la actuación sea ilegalizable, ni con la orden de demolición.

No podemos acoger esta alegación. Así, la sentencia constitucional 88/03 señala que el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de modo que aquél a quien se aplica la Ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido.

Además en el presente caso no se acreditan las concretas circunstancias de cada uno de los cierres que se ofrecen como término de comparación, en cuanto a su antigüedad y en consecuencia la legislación que era aplicable en el momento en que se realizaron.

Por otra parte el art. 5.2.63 del PGOU de 2011 establece en su apartado 1 que la modificación de fachadas requiere un proyecto del conjunto de la misma, que garantice la calidad de la intervención.

Y en su apartado 2 previene que el cierre individual de terrazas y balcones no es autorizable, salvo que recaigan sobre un patio o que el cerramiento sea la puesta en práctica individual de un proyecto de conjunto. En ningún caso estará permitido el cierre de áticos. Por tanto dada la claridad de la norma, no resulta aplicable la jurisprudencia mencionada por el actor, referida a supuestos en que la legalidad presenta lagunas, oscuridades o imprecisiones que suscitan dudas, en cuyo caso las actuaciones anteriores de la Administración alcanzan fuerza vinculante por virtud de las consecuencias del principio de igualdad.

Se alega la incompetencia del Alcalde para dictar una orden de demolición. Sin embargo no estando incluida la competencia sobre dicha materia en las atribuciones que el art. 123 de la Ley 7/85 atribuye al Pleno, resulta aplicable el art. 124.4.ñ) de dicho texto legal que recoge la competencia residual del Alcalde, a quien atribuye las demás funciones que le atribuyan expresamente las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de la Comunidades Autónomas asignen al municipio y no se atribuyan a otros órganos municipales.

Dado que la legislación urbanística (art. 241 del DL 1/04) no atribuye de forma específica la competencia de demolición a un concreto órgano municipal, resulta aplicable la previsión contenida en el art. 124.4.ñ) mencionado que atribuye en estos casos la competencia residual al Alcalde.

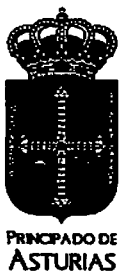
Se alega por el actor que la resolución recurrida se fundamenta en un PGOU que está anulado por sentencia del TSJ de Asturias de 28-2-13.



Opone el Ayuntamiento que dicha sentencia no es firme al haber sido recurrida en casación, añadiendo que para proteger los intereses de terceros de buena fe ajenos al procedimiento judicial se considera aplicable en la concesión de las licencias el plan anulado del 2011, al entender que la eficacia erga omnes de la sentencia no se produce al menos con la misma intensidad, respecto de esos terceros de buena fe que no han sido parte en el procedimiento judicial, en tanto se resuelva el citado recurso de casación y la sentencia sea publicada, subsistiendo no obstante respecto de ellos la posibilidad de su impugnación en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarado nulo el planeamiento, en tanto no adquieran firmeza.

Respecto a la incidencia que tiene la anulación del planeamiento en actos aplicativos, no normativos, la jurisprudencia del TS conlleva a su anulación, al quedar sin soporte legal. Así, la sentencia del TS de 26-6-13 señala que "es jurisprudencia consolidada de la Sala que aun careciendo de firmeza la sentencia que anula la disposición, como es un instrumento de ordenación, nada impide que la propia Sala de instancia anule también, en coherencia con aquella, los planes conectados y derivados o aquellos actos que traigan su causa en la disposición anulada, en razón de que sobre el nuevo acuerdo se proyectan y trascienden los vicios de nulidad apreciados en la primera sentencia".

Asimismo la sentencia mencionada recuerda las consideraciones expuestas en la sentencia de 24-9-08 sobre los casos de anulaciones de disposiciones generales pendientes de recurso para los que hubiesen sido parte en el proceso originario: "los efectos de las sentencias estimatorias, como se infiere de lo dispuesto en el art. 72 de la LJCA, son diferentes según se trate de sentencias que acogen pretensiones de anulación o de plena jurisdicción. La divergencia de efectos se concreta en los apartados 2 y 3 del citado art. 72 de la LJCA. En el caso de las sentencias estimatorias de anulación, la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las partes afectadas (art. 72.2 LJCA). Por tanto, los esfuerzos argumentales que realiza la parte recurrente sobre la necesidad de firmeza de la sentencia anulatoria no resultan de aplicación al primer inciso del art. 72.2 de la LJCA, en los términos expuestos. Téngase en cuenta que la firmeza constituye un requisito referido, a los incisos segundo y tercero del citado art. 72.2 sobre los efectos "erga omnes" de la sentencia estimatoria de recursos interpuestos contra disposiciones generales o en relación con los efectos de la nulidad de un acto administrativo que se proyecten sobre una pluralidad indeterminada de personas y ello por elementales razones de publicidad de las normas y por la exigencia de la seguridad jurídica. No así, insistimos, respecto de las partes afectadas que además fueron partes procesales en el recurso que concluyó en la nulidad del Decreto de tanta cita... La sentencia impugnada, en consecuencia, no lesiona lo dispuesto en el art. 72.2 de nuestra Ley jurisdiccional cuya vulneración se aduce...". Y sigue la sentencia de 26-6-13 señalando que "en definitiva, aunque la sentencia que declare la nulidad de un instrumento de planeamiento haya sido recurrida en casación y,



por tanto, no sea firme, produce sus efectos entre las partes que han intervenido en el proceso anulatorio.

Por tanto, la anulación del PGOU de 2011 deja sin soporte legal al acto recurrido en el presente proceso, por lo que procede acordar la estimación del recurso.

TERCERO: En materia de costas de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA no procede su imposición, habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. ^{LOPD} en nombre y representación de D. ^{LOPD} contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 25-11-13, debo anular y anulo dicha resolución por no ser la misma conforme a derecho; sin costas.

La presente sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

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

NOTIFICADO Y
05 JUN. 2014
TRASLADO

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe.