



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2  
OVIEDO

SENTENCIA: 00060/2016

LUIS ALVAREZ FERNANDEZ  
ANTONIO ALVAREZ AGUIAS DE VELASCO  
PROCURADORES  
Marques de Fidal, 7 - 1ª Izda.  
Telf: 986 24 04 97 Fax: 986 27 24 50  
33004 OVIEDO

## SENTENCIA nº 60

En Oviedo, a treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis.

La Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Pilar Martínez Ceyanes, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Oviedo ha visto los presentes autos tramitados como **procedimiento abreviado nº 255/15** en el que son partes:

RECURRENTE: D. \_\_\_\_\_ representado y  
asistido por el Letradc \_\_\_\_\_

DEMANDADA: EL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado por el  
Procurador D. / \_\_\_\_\_

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 15 de octubre de 2015, se presentó en el Juzgado Decano de Oviedo, demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, el recurrente terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la no conformidad contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 17 de agosto de 2015, expediente nº 1210-130024, por la que se acuerda conceder al recurrente un plazo de dos meses para demoler las obras ejecutadas sin licencia y cesar en el uso de las mismas. Descripción de las obras que deben demolerse: La elevación, entre 40 y 60 cm, del muro de contención de acceso a la finca con bloque de hormigón, y la construcción de dos tendejones abiertos, uno de unos 38 m<sup>2</sup> y otro de unos 42 m<sup>2</sup>, con cubierta de fibrocemento gris y a 1,90 metros del lindero de la parcela, solicitando se declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho con imposición de costas a la parte demandada.

**Segundo.-** Reclamado el expediente administrativo se citó a las partes a la celebración de la vista que tuvo lugar el 14 de marzo de 2016 con la asistencia de ambas y en la que la demandante se ratificó en su demanda y concedida la palabra a la parte demandada, por su



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



representante se alegó lo que estimó oportuno en defensa de la legalidad del acto administrativo recurrido solicitando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la recurrente.

**Tercero.-** Se fijó la cuantía de la presente litis como Indeterminada e inferior a 30.000 euros y practicada la prueba solicitada y declarada pertinente y formuladas conclusiones por ambas partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

**Cuarto.-** En la tramitación del procedimiento se han cumplido las formalidades legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 17 de agosto de 2015, expediente nº 1210-130024, por la que se acuerda conceder al recurrente un plazo de dos meses para demoler las obras ejecutadas sin licencia y cesar en el uso de las mismas. Se describen en la resolución las obras que deben demolerse: “elevación, entre 40 y 60 cm, del muro de contención de acceso a la finca con bloque de hormigón, y la construcción de dos tendejones abiertos, uno de unos 38 m<sup>2</sup> y otro de unos 42 m<sup>2</sup>, con cubierta de fibrocemento gris y a 1,90 metros del lindero de la parcela”.

La parte actora solicita la anulación de la referida resolución alegando la existencia de defectos procedimentales y, en cuanto al fondo, la posibilidad de legalización del muro de contención y la improcedencia de ordenar la demolición de los tendejones dada su antigüedad.

El Ayuntamiento demandado alega la conformidad a derecho de la resolución recurrida invocando que tratándose de suelo no urbanizable de especial protección no rige el plazo de prescripción de cuatro años por lo que la acción ejercitada resulta conforme a derecho. Asimismo por la acreditación de que se trata de tendejones de nueva construcción.

**Segundo.-** Procediendo a examinar la actividad objeto de recurso contencioso-administrativo es preciso poner de relieve los siguientes antecedentes fácticos obrantes en el expediente administrativo:

1º/ En fecha 6-11-2012 se formula denuncia por la realización de construcciones que se alegan “pegadas” al colindante que la



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

formula así como por la realización de un muro a la entrada de la finca.

- 2º/ En fecha 27-2-2013 se emite informe por el técnico municipal indicando que las edificaciones adosadas a la finca del denunciante (servicio, parrilla y trasero) “son de vieja construcción”. Asimismo que se había elevado el muro de contención de acceso a la finca y que respecto a las “dos planchas de hormigón de vieja construcción y diferentes alturas, se realizaron dos tendejones abiertos...” (folio 20). Se concedió al interesado el plazo de dos meses para la solicitud de licencia y ante sus alegaciones se emitió nuevo informe en el que el técnico ratifica que los tendejones “eran íntegros de nueva construcción”
- 3º/ En fecha 29-1-2014 y tras recibirse informe pericial presentado por el interesado, se emite un tercer informe en el que se señala que la finca se ubica en suelo clasificado y calificado en el PGOU DE 2006 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección. Se emite informe desfavorable a la legalización del tendejón tanto por no existir vivienda unifamiliar en la finca que justifique la existencia de una construcción auxiliar cuanto por exceder lo construido de superficie superior a la máxima admisible de 25 m<sup>2</sup> e incumplir condiciones estéticas y cubiertas. En cuanto al cierre se considera susceptible de legalización si la cara vista se enfosca.
- 4º/ El recurrente presenta escrito reiterando la antigüedad de los tendejones y se emite nuevo informe en fecha 21-4-2014 (folio 89) en el que se refleja que “aún existiendo la posibilidad de que se hubiera cambiado algunas de las columnas sin desmontar la cubierta y que algunas de las chapas de fibrocemento sean viejas, los tendejones son íntegros de nueva construcción”..
- 5º/ En fecha 16-12-2014 se dicta resolución denegando la legalización de la obra y ordenando demoler las obras (elevación del muro y los dos tendejones). Dicha resolución es anulada en sentencia dictada en fecha 4-6-2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 al apreciar la caducidad del expediente administrativo.
- 6º/ En fecha 6-7-2015 y en el seno del mismo expediente se dicta resolución iniciando procedimiento de restauración de la legalidad urbanística y concediendo al interesado el plazo de quince días de audiencia previa a la orden de demolición de las obras consistentes en elevación del muro de contención y construcción de dos tendejones abiertos. Tras emitirse nuevo informe del técnico en el

que se reitera en los emitidos anteriormente (folio 167) se dicta la resolución objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

**Tercero.-** Examinando en primer lugar la adecuación a derecho de la forma de actuar la Administración al enlazar el nuevo procedimiento de restauración a la legalidad urbanística al antiguo cuya caducidad fue declarada judicialmente, cabe comenzar recordando que el procedimiento administrativo, al igual que en el proceso judicial, existe el principio de conservación de actos y trámites (art 66 LPAC) según el cual la anulación de actuaciones no implica la necesidad de reproducir de nuevo todas las realizadas con anterioridad sino que se permite la “conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”. En base a esta consideración resulta admisible la incorporación al nuevo expediente de documentos o actuaciones del expediente caducado. La STS 18-6-2014 admite esta posibilidad en relación con los documentos que determinaron la iniciación del expediente caducado (por ejemplo la denuncia o visita de inspección a que se refiere la sentencia) así como todos aquellos que expresamente el sancionado quiera incorporar. Pero advierte que *“no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero... para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables, el cargo o cargos imputables o el contenido o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, estima esta juzgadora que hubiera sido más correcto el archivo del expediente y la incoación de otro con diferente número de registro porque es precisamente el archivo del expediente caducado la consecuencia que a la caducidad otorga el art. 92 de la LRJPAC. Ahora bien, en la medida en que la incoación del nuevo expediente fue seguida de los trámites imprescindibles para su resolución y se emitió un nuevo informe técnico que justificaba la resolución final, ha de entenderse que el vicio apreciado no justifica la anulación de la resolución final al no concurrir los presupuestos establecidos en el art. 63 de la LRJPAC y particularmente al no haber provocado indefensión alguna al interesado.

**Cuarto.-** Sentado lo anterior y entrando en la cuestión de fondo, tal y como el recurrente expresamente interesa en su escrito de demanda, son dos las desviaciones de la legalidad que se aprecia en la resolución recurrida. Por una parte la elevación del muro situado a la

entrada de la finca y, por otra parte, la construcción de dos tendejones en su interior.

En relación al muro no cabe duda de la posibilidad de su legalización mediante el enfoscado del mismo, pues así se señala de forma reiterada en los propios informes técnicos. La actuación a llevar a cabo, siendo la obra legalizable, es la prevista en el art. 240 del TROTUA (D Leg 1/2004) y, en caso de inactividad de los promotores, la establecida en el art. 243 del mismo, no procediendo ordenar, en tales casos, la demolición de la obra asimilándola a la que no resulta susceptible de legalización.

**Quinto.-** En relación a los tendejones la impugnación formulada por la parte recurrente se funda en el hecho de su antigüedad (que data en más de 30 años atrás). Se indica que en esa construcción únicamente se habrían realizado actuaciones tendentes a su conservación y mantenimiento e invoca a su favor la caducidad de la acción para ejercitar la restauración de la legalidad urbanística señalando que el Ayuntamiento no ha podido acreditar lo reciente de dicha construcción.

No le es dable al recurrente achacar al Ayuntamiento de Oviedo la falta de prueba respecto a la fecha de la construcción pues tratándose de una obra que se realiza sin licencia es a la promotora de la misma a la que le corresponde la carga de probar su total terminación y la fecha de la misma para beneficiarse de la excepción de caducidad. Ello es así porque como recuerda la STSJ Asturias de 12-5-2003 con cita en las SSTS de 14-5-1990 y 8-6-1996 *“el principio de la buena fe, plenamente operante en el campo procesal (artículo 11-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) impide que el que cree una situación de ilegalidad pueda obtener ventajas de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad”*.

Pero aclarado lo anterior, el examen del expediente administrativo permite considerar acreditado que al menos la estructura básica de los tendejones es de antigua factura, entendiendo por tal las planchas de hormigón que los sostienen y parte del techado de fibrocemento. Así se reflejó en el primer informe municipal (folio 20) cuando, después de indicar que *“las edificaciones adosadas a la finca del denunciante (servicio, parrilla y trastero), son de antigua construcción”* se refiere expresamente a las *“dos planchas de hormigón de vieja construcción”* describiendo su estructura y aportando documentación fotográfica. Ciertamente el mismo técnico emitió dos años más tarde otro informe (folio 161) en donde considera que tanto el emplazamiento como los materiales (de los tendejones) son de *“nueva construcción”* pero en esta contradicción entendemos que hemos de estar a aquél primer



informe, no solamente porque no se comprende cómo puede variar el emplazamiento del cobertizo permaneciendo la plancha de hormigón que lo sustenta sino también porque ese primer informe se halla corroborado por los restantes elementos de prueba, en particular el informe pericial acompañado al expediente (folio 70) y que cabe valorar como documental donde se señala la existencia de un "cobertizo/tendejón" en esa finca acreditado con los fotogramas realizados por el Centro Nacional de Información Geográfica de septiembre de 1978 y del mapa topográfico nacional de fecha 20 de agosto de 1985, documentos que igualmente se acompañan al expediente. Dicho acervo probatorio se completa con el testimonio practicado en el acto de la vista donde el vecino de más de 70 años D.

ha manifestado que el tendejón siempre ha estado allí y que está "igual que estaba" salvo la reposición de las vigas de madera, lo que ya había manifestado también en el procedimiento anterior seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3. Todo lo cual permite concluir que la construcción original data de al menos 30 años sin perjuicio de que en ella se hubieran realizado en fecha más reciente obras que no pueden considerarse sino de mantenimiento y conservación.

Para el Ayuntamiento de Oviedo la cuestión de la antigüedad de la construcción no cabe ser alegada como obstáculo en la medida en que la parcela esta calificada como SNU de Especial Protección, por lo que invoca la aplicación del artículo 240.4 TROTUAS: *"Lo establecido en este artículo no será de aplicación a las actuaciones que, tengan o no licencia, se hubiesen ejecutado en contradicción con la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres, públicos o privados, o del suelo no urbanizable de especial protección y del suelo no urbanizable de costas respecto a las cuales no existirá plazo de prescripción (...)"*, todo ello en relación al plazo de cuatro años de prescripción concedido en dicho precepto para la iniciación de la acción tendente a la restauración de la legalidad.

Pues bien, en casos como el presente en que se invoca la aplicación del art. 240.4 TROTUAS hay que tener en cuenta que antes de su vigencia regía la Ley 3/1987 reguladora de la Disciplina Urbanística cuyo artículo 10.3 en su redacción original establecía que *"Lo establecido en este artículo no será de aplicación a las actuaciones que, tengan o no licencia, se hubiesen **ejecutado en contradicción con la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el planeamiento** respecto a las cuales no existirá plazo de prescripción (...)"*. No fue sino hasta la nueva redacción dada a dicho precepto por la DA 4ª de la Ley 3/2002 del Régimen del Suelo que se incluyen otras zonas de protección al



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



indicar: *“Lo establecido en este artículo no será de aplicación a las actuaciones que, tengan o no licencia, se hubiesen ejecutado en contradicción con la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres, públicos o privados, o del suelo no urbanizable de especial protección y del suelo no urbanizable de costas respecto a las cuales no existirá plazo de prescripción (...)”* Tal es la redacción llevada al Art. 241.4 del TROTUA.

De todo ello se extrae como consecuencia que hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2002 de 19 de abril, el suelo no urbanizable de especial protección no contaba con un régimen específico de prescripción, al no aparecer incluido en las previsiones del artículo 10.3 de la Ley 3/87 ni tampoco en el artículo 188 del TRLS 1976 (fue añadido en el artículo 255 1. del TRLS 1992, afectado por la STC nº 61/1997).

**Sexto.-** Una vez sentadas las anteriores premisas resulta evidente que la invocación a la imprescriptibilidad de la acción no puede acogerse al considerar que la edificación es anterior a la modificación efectuada a la Ley Autonómica 3/1987 y que por lo tanto le resulta aplicable la normativa preexistente y la consiguiente posibilidad de beneficiarse del plazo de prescripción de 4 años. Todo ello teniendo en cuenta, además, que la calificación del suelo como No Urbanizable de Especial Protección se predica del PGOU de 2006, lo que determinaría que la construcción se calificase en situación de fuera de ordenación. Dicha situación permite la realización de obras de conservación, aunque no de modernización o consolidación (art. 107 TROTUAS). La contradicción entre los sucesivos informes técnicos obrantes en el expediente determina que haya de estarse a las ya citadas pruebas para concluir que las obras realizadas en dicho lugar (en el que ya se contaba con la plataforma de hormigón y el techado) fueron de la naturaleza que permite el precepto, a los efectos de permitir su realización.

En definitiva, ha de considerarse acreditado que el tendejón que es objeto de demolición en la resolución recurrida había sido levantado al menos treinta años antes de la formulación de la denuncia y no podía, por tanto, resultar afectado por el régimen de protección especial aplicado al suelo donde se ubica con posterioridad a su levantamiento, por lo que la acción utilizada para la restauración de la legalidad urbanística ha de considerarse prescrita en relación a dicha construcción, sin perjuicio de su consideración como “fuera de ordenación”.

Procederá por ello la estimación íntegra del recurso.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



**Septimo.-** No se aprecian méritos para hacer una expresa imposición de costas habida cuenta el rechazo al motivo formal de anulación formulado y a que las dudas respecto a la normativa aplicable justifican su no imposición como permite el artículo 139 LRJCA.

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

## FALLO

Estimar el recurso el recurso interpuesto DON  
contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 17 de agosto de 2015, expediente nº 1210-130024, declarando su disconformidad a derecho y consiguiente anulación; sin imposición de costas.

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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe interponer recurso de apelación.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.