



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
OVIEDO**

SENTENCIA: 00048/2016

SENTENCIA nº 48

En Oviedo, a quince de marzo de dos mil dieciséis.

La Ilma. Sra. D^a. 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 140/15** en el que son partes:

RECURRENTE: PROMOCIONES HOTEL PALACIO DE ASTURIAS S.L.
representada por el Procurador D. /
asistida por la Letrada D^a.

DEMANDADA: EL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado por el
Procurador D. / asistido por
la Letrada D^a.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 04 de junio de 2015, se presentó en el Juzgado Decano de Oviedo, recurso contencioso-administrativo contra la denegación por silencio administrativo del Ayuntamiento de Oviedo, expediente nº 1202-130061, del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 16 de marzo de 2015, mediante la cual se deniega la instalación de terraza anexa al Hotel Palacio de Asturias S.L.

Segundo.- Reclamado el expediente administrativo se formalizó la 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 estimando el recurso, se declare la nulidad de la resolución recurrida y que la licencia solicitada ha sido obtenida por silencio positivo, ordenando el archivo del todo el expediente de infracción urbanística.

Tercero.- La representación de la Administración demandada contestó a la demanda en tiempo y forma y en ella expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó



suplicando se dictara sentencia por la que se desestimara la demanda con imposición de costas a la recurrente.

Cuarto.- Se fijó la cuantía de la presente litis como Indeterminada e inferior a 30.000 euros, citándose a las partes a la celebración de la vista que tuvo lugar el 07 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 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.

Quinto.- Practicada la prueba solicitada y declarada pertinente y formuladas conclusiones por ambas partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la denegación por silencio administrativo del Ayuntamiento de Oviedo, expediente nº 1202-130061, del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 16 de marzo de 2015, mediante la cual se deniega la instalación de terraza anexa al Hotel Palacio de Asturias S.Ly se concede plazo para la realización de medidas de restauración de la legalidad urbanisítica..

Segundo.- En la resolución de la presente litis es preciso partir de los siguientes datos fácticos obrantes en el expediente administrativo y en particular los siguientes:

1º/ En fecha 4-11-2012 la representación legal de la parte recurrente presentó licencia de instalación de terraza en terrenos de propiedad privada como ampliación del Hotel ubicado en San Esteban de las Cruces 140

2º/ El 16-4-2014 se emite informe por la Arquitecta Municipal en el que se pone e manifiesto la realización de obras sin licencia anteriores a la solicitud e informando desfavorablemente la petición por implicar la ampliación de la superficie máxima construida que se dice "ya excedida".

3º/ Tras conceder audiencia previa en fecha 21-4-2014 y emitirse nuevo informe técnico en fecha 9-1-2015, se dicta la resolución de 16 de marzo de 2015 denegatoria de la solicitud de licencia para construcción de terraza anexa a cafetería a la vez que se concede al interesado el plazo de dos meses para realizar medidas de restauración de la legalidad urbanística para "ajustarse al proyecto de construcción del hotel orante en el expediente 1202-050081 devolviendo el terreno a la rasante recogida en dicho proyecto..."

4º/ Recurrída en reposición dicha resolución en fecha 20 de abril de 2015, se interpone el 4 de junio siguiente recurso contencioso-administrativo contra su desestimación presunta.

Tercero.- A la vista de los datos expresados cabe comenzar señalando que lo que ha llevado a cabo el Ayuntamiento de Oviedo es un expediente para la restauración de la legalidad urbanística surgido a raíz de la petición de licencia para la instalación de una terraza. En efecto, consta en el expediente y se ha reproducido en el anterior fundamento de derecho que al realizar visita de inspección la Arquitecta Municipal y percatarse que las obras realizadas en el Hotel no se ajustaban a la licencia, no limitó el informe a la posibilidad de realizar la obra (instalación de terraza) sino que puso de manifiesto que se habían realizado obras *"en la parcela para las que no consta licencia, que han consistido en movimientos de tierra en la colindancia con la fachada norte de la edificación que han supuesto que la planta semisótano aflore por completo sobre la rasante del terreno en contacto con el edificio, computando como edificabilidad y excediendo por lo tanto en mucho (más de 600 m²) la superficie construida de 1.200 m²".*

ninguna tacha cabe achacar a tal forma de actuación toda vez que resulta acorde con lo expresado en el art. 241 del Decreto Leg 1/2004 (TROTUAS) cuando establece que *"Siempre que no hayan transcurrido más de cuatro años desde la total terminación de las obras o usos ejecutados sin licencia u orden de ejecución, el órgano municipal competente requerirá al propietario para que ajuste las obras o usos a las condiciones de la licencia obtenida o, en su caso, solicite licencia, siempre que estime, previo informe de los servicios técnicos, que la actuación pudiera ser legalizable.- Se entenderá que la actuación es ilegalizable cuando se aprecie una incompatibilidad total entre lo promovido y la clasificación o calificación del suelo en el cual se sitúa. En este caso, el órgano municipal competente formulará el requerimiento a que se refiere el apartado 2 del art. 244 de este Texto Refundido. Si el propietario no solicita la licencia ni adapta las obras o usos en el plazo que se le conceda, se actuará conforme a lo previsto en el art. 243 de este Texto Refundido"*. Quiere decirse con ello que nada obsta a que en el curso de un determinado expediente –como es aquí el

iniciado por la solicitud de licencia- se constata por la Administración la realización de obras ejecutadas sin licencia y se realicen las actuaciones necesarias para la restauración de la legalidad. No existe confusión alguna de expedientes pues puede ser en la misma resolución que, verificada la imposibilidad de legalizar las obras ejecutadas sin licencia, se ordene la restauración de la legalidad y, simultáneamente, se deniegue la licencia solicitada.

La resolución dictada se enmarca, como decimos, en un procedimiento para la restauración de la legalidad urbanística y en modo alguno en un expediente sancionador, el cual necesariamente y conforme establece el art. 252 TROTU ha de quedar condicionado a la previa terminación, mediante resolución firme, del expediente de legalización.

Cuarto.- La segunda cuestión planteada se refiere al transcurso del plazo de caducidad de la acción que el referido artículo 241 fija en cuatro años, siendo el inicio del *dies a quo* para que tenga lugar la acción de restauración la fecha en que resulte acreditada la total terminación de la obra. Sin embargo y contrariamente a lo sostenido por la parte recurrente en casos como el presente, en el que no se discute la realización de obras sin licencia, la carga de la prueba respecto a la fecha de finalización de aquélla no la soporta la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del "dies a quo". Ello es así porque como recuerda la STSJ Asturias de 12-5-2003 con cita en las SSTJ 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*". Teniendo en cuenta que el certificado final de obras es de 29 de noviembre de 2010, no cabe considerar que cuando se realiza la visita de la técnica municipal el 16-4-2014 ni, por lo tanto, cuando al interesado se le da audiencia previa con traslado de dicho informe en ese mismo mes de abril de 2014, había caducado la acción.

Se alega por la parte actora la aplicabilidad del art. 5.2.37.1 g/ PGOU que "permite a los hoteles preexistentes situados en núcleos rurales o suelos no urbanizables de interés NI-2 que puedan ampliarse hasta un 50% de superficie actual siempre que posean licencia municipal y con el cumplimiento de condiciones generales de la edificación que sean de aplicación...". Teniendo en cuenta que el PGOU aprobado el 6-2-2006 fue publicado en el BOPA de 25-3-2006, resulta palmaria la inaplicabilidad del precepto al caso examinado en tanto en cuanto el

hotel no puede considerarse preexistente cuando el certificado de final de obra es del año 2010.

Quinto.- Ciñéndonos ahora a la solicitud de licencia, el informe de la Arquitecta Municipal es suficientemente comprensivo de las razones que justificaban la denegación de la solicitud habida cuenta no solo el agotamiento de la edificabilidad sino su exceso en más de 600 m². A su contenido habrá de estarse al no haber quedado desvirtuado por ninguna prueba en contrario.

Menos aún cabe considerar la posibilidad de obtención de licencia por silencio positivo ya que los artículos 7 , 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 8/2008, de 20 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, (hoy Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) en la dicción dada al mismo por la Ley 8/2013, de 23 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación a través de su Disposición Final 12.5 exige acto expreso previendo un silencio administrativo negativo en casos como el presente de licencia urbanística y en particular en los supuestos de movimientos de tierra, explanaciones, parcelaciones, segregaciones, obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta, tala de especies arbóreas, ubicación de casas prefabricadas. En tal sentido se pronuncia la STSJ Asturias de 23-12-2015 (Rec 507/2014) Anteriormente la sentencia del mismo Tribunal de 28 de noviembre de 2014 (rec 210/2014) ya había señalado:

En relación al silencio administrativo en materia urbanística debe esta Sala señalar que efectivamente ha habido importantes novedades en la doctrina jurisprudencial y también en la legislación positiva.

Efectivamente el Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por RDL 2/08 de 20 de junio, ha visto modificado su artículo 8 por la Ley 8/13, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, previendo ahora en su art. 9.7, que las licencias de edificación tengan que ser reconocidas necesariamente a través de un acto expreso. Ya el Tribunal Supremo, en la sentencia dictada en un recurso de casación en interés de Ley, con fecha 28 de enero de 2009, había señalado que el entonces vigente art. 8.1 b), de la Ley del Suelo de 2008, aprobada por el ya citado R.D.L. 2/2008, era una norma especial que impedía que una licencia urbanística presunta a través de la cual se obtuvieron facultades contrarias al planeamiento urbanístico, naciera a la vida jurídica, siendo contraria a derecho.



A la vista de lo expuesto se está en el caso de declarar conforme a derecho el acto recurrido con la consecuente desestimación del recurso.

Sexto.- Procede, como establece el artículo 139 de la LRJCA, la imposición de costas a la parte recurrente si bien se limita su importe total a la suma de 800 euros.

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

FALLO

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PROMOCIONES HOTEL PALACIO DE ASTURIAS S.L contra la Resolución declarando la conformidad a derecho de la referida actuación administrativa.

Se imponen a la recurrente las costas del procedimiento con la limitación fijada en el fundamento de derecho sexto.

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

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



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.