

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

SENTENCIA N.º 69/2021

En Bilbao a 7 de abril de 2021.

Vistos por mí, Patricia Bezos Torices, Magistrada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de los de Bilbao, los presentes Autos de Procedimiento Abreviado nº 138/2020 seguidos a instancia de [REDACTED] representada por la Procuradora Sra. Soto López de Letona y defendida por la Letrada Sra. Tellería contra el Ayuntamiento de Getxo representado y defendido por el Letrado Sr. Etxebarria y frente a [REDACTED] representado y asistido por el Letrado Sr. Tejedor, por **Recurso Contencioso Administrativo contra el Decreto 690/2020 de 5 de marzo de 2020 del Ayuntamiento de Getxo que desestima la solicitud efectuada por el recurrente sobre declaración de lesividad y anulación del Decreto 1332/2017 de 28 de abril**, he venido a dictar la presente resolución a la que sirven de base los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Soto López de Letona en nombre y representación de [REDACTED] presentó **Recurso Contencioso Administrativo contra el Decreto 690/2020 de 5 de marzo de 2020 del Ayuntamiento de Getxo que desestima la solicitud efectuada por el recurrente sobre declaración de lesividad y anulación del Decreto 1332/2017 de 28 de abril**, interesando del Juzgado el dictado de una sentencia por la que se declare contrario a derecho el Decreto 690/20 de 5 de marzo de 2020 y estimar la concurrencia de causas de anulabilidad de los actos objeto de revisión y subsidiariamente se condene al Ayuntamiento de Getxo a continuar el expediente del revisión de oficio por causa de anulabilidad y declarar la lesividad de los actos anulables objeto de dicha petición que fueron dictados en expediente de restauración de legalidad urbanística AH DEN15 157 y expediente de ejecución JG DEN15 157, con imposición de costas al Ayuntamiento demandado.

SEGUNDO.- Turnada la demanda a este Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao, fue admitida a trámite por decreto de 7 de septiembre de 2020, dando traslado a la parte demandada, reclamando la aportación del correspondiente expediente administrativo, y continuando el trámite como procedimiento abreviado cuya cuantía se fijó como indeterminada inferior a 30.000 euros.

Se convocó a las partes a vista que tuvo lugar el 11 de febrero de 2021 en la que la parte actora ratificó su demanda y el Ayuntamiento y el codemandado [REDACTED] se opuso a la misma. Tras la práctica de prueba documental y conclusiones quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – El recurrente en su escrito de demanda impugna expresamente el Decreto 690/2020 de 5 de marzo de 2020 del Ayuntamiento de Getxo que desestima la solicitud efectuada por el recurrente sobre declaración de lesividad y anulación del Decreto 1332/2017 de 28 de abril en el que el Ayuntamiento declaró la prescripción de la acción administrativa para la demolición de una caseta clandestina (224.4 LSU06) y no extendió esta prescripción para la acción de retirada de las instalaciones por lo que esa prescripción no resulta aplicable a la parcela de la recurrente ya que no se encuentra la misma en ninguno de los supuestos previstos legalmente que excepcionan la prescripción y que son : los ejecutados en suelo no urbanizable, los ejecutados sobre terrenos calificados en el planeamiento como dotaciones públicas de la red de sistemas generales, los ejecutados en dominio público o en las zonas de servidumbre del mismo y los que afecten a bienes catalogados por el ayuntamiento o declarados de interés cultural. Al no considerar extendida esta prescripción a las instalaciones, el Ayuntamiento inició procedimientos de ejecución voluntaria con multas por no retirar las instalaciones.

Por ello se insta la revisión de oficio previa declaración de lesividad del meritado Decreto que fue desestimada por el Ayuntamiento al considerar en virtud del art. 106.3 de la LJCA que solo cabe contra actos nulos de pleno derecho, es por ello que la recurrente en nombre de [REDACTED] acude a esta sede judicial.

Por su parte el Ayuntamiento de Getxo se opone a la demanda alegando que el 16 de diciembre de 2015 el [REDACTED] formuló denuncia de uso ilegal como vivienda de una caseta de aperaos de la recurrente sita en la calle Zientoetxe, tras oportunas comprobaciones se incoa mediante Decreto de 22 de febrero de 2016 (774/2016) expediente para el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada con la consiguiente tramitación. Por Decreto de 28 de abril de 2017 (1332/17) se estiman en parte las alegaciones presentadas por el recurrente respecto del transcurso de 4 años que impide el derribo de la caseta si bien declara clandestina la caseta como fuera de ordenación y requiere para que en un mes se elimine de la caseta las instalaciones que permitirían su uso como vivienda. Y el Decreto de 5 de marzo de 2020 (690/2020) desestima la solicitud de declaración de lesividad.

Lo pretendido por la actora es la anulación de la orden firme y consentida de retirada de las instalaciones de la caseta de la demandante que permiten su uso como vivienda dictada el 28 de abril de 2017 y cuya inexecución ya ha sido objeto de juicio dictándose

sentencia por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Bilbao que ordena al Ayuntamiento la ejecución de esa orden de retirada y consta además auto de 1 de febrero de 2021 por el que se autoriza al Ayuntamiento la entrada para proceder a esa ejecución. Por otro lado consta sentencia de 2 de febrero de 2021 que desestima el recurso interpuesto por la actora contra la desestimación de su solicitud de declaración del expediente de restauración de la legalidad urbanística.

Se alega la imposibilidad de revisar una orden firme, sobre la que ya ha existido un pronunciamiento judicial ordenando al ayuntamiento que la ejecute y asimismo respecto de la petición subsidiaria se alega que no existe en realidad una acción a favor de terceros para exigir esa declaración de lesividad a la administración puesto que además no nos hallamos ante actos favorables o declarativos de derechos ni lesivos para el interés público. En cuanto a la infracción del art. 224 de la Ley de Suelo alegada por la actora lo cierto es que la prescripción no opera para los usos como indica el art. 224.5 de la Ley del Suelo y no estando autorizado el uso residencial en la caseta el único modo de garantizarlo es la eliminación de las instalaciones existentes en la misma, ese plazo de prescripción no rige en ningún caso para usos y por tanto la demanda debe ser desestimada.

Por el codemandado [REDACTED] se opone igualmente la demanda adhiriéndose a los argumentos del Ayuntamiento.

Se alega como causa de inadmisibilidad la cosa juzgada del art. 69 d) LJCA al constar ya sentencias resolviendo la cuestión.

SEGUNDO.- En relación con la causa de inadmisibilidad alegada, la cosa juzgada del art. 69 d) LJCA. Es reiterada doctrina jurisprudencial sobre el **concepto de cosa juzgada** que, siendo 'cosa juzgada formal' el efecto de la sentencia que ha ganado firmeza, 'la cosa juzgada material' es el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído la sentencia firme (con autoridad de cosa juzgada formal) y que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso. A su vez, esta eficacia es positiva (o prejudicial) cuando una cuestión, resuelta ya en un proceso anterior, no es el objeto único de un nuevo proceso pero forma parte de éste, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida, y en ningún caso contradecir, lo resuelto en la anterior sentencia, quedándole al juzgador la obligación de seguir absolutamente lo declarado en el proceso anterior. Y la eficacia es negativa (o excluyente) cuando en el nuevo proceso se repite exactamente la misma cuestión que ya fue resuelta en el anterior, impidiéndose en el nuevo proceso entrar al fondo del asunto, en lo que no es más que el principio jurídico *non bis in idem*: no puede juzgarse lo ya juzgado (éste es el efecto que se regula a través de la excepción procesal de cosa juzgada de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 421)

Pues bien, todo ello, y los requisitos de identidad objetiva y subjetiva exigidos para poder apreciar esta excepción, se desprende y se regula en el art. 222 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable por remisión de la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), a cuyo tenor la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá (eficacia negativa), conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo, y alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, considerándose hechos nuevos y distintos, y por tanto no alcanzados por la cosa juzgada, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon; a continuación, señala que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte así como a sus herederos y causahabientes y, para terminar, define la eficacia positiva de la cosa juzgada ya referida: lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

De todo ello, resulta que para que opere la cosa juzgada son necesarias tres identidades: 1- Que las pretensiones que se ejercen en ambos procesos sean las mismas (identidad de *petitum*); 2- Que los hechos en que se funden dichas pretensiones sean los mismos (identidad de *causa petendi*); estas dos identidades conforman la identidad objetiva, esto es, identidad de acción; 3- Que las partes sean las mismas (identidad subjetiva).

Se alega por los demandados en relación con la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Bilbao de 2 de febrero de 2021 y el Auto de 1 de febrero de 2021 que ejecutaba la misma si bien hay coincidencia en las partes la causa de pedir en uno y otro procedimiento no es la misma por cuanto en aquel se impugnada la desestimación presunta de la solicitud efectuada por la recurrente de declaración de caducidad del expediente resuelto por Decreto 1332/2017 en la presente se recurre la resolución **que desestima la solicitud efectuada por el recurrente sobre declaración de lesividad y anulación del Decreto 1332/2017 de 28 de abril, por lo que debe ser rechazada esta causa de inadmisibilidad.**

TERCERO.- El artículo 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que "1. Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.

2. *La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82.*

Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.

3. *Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.*

4. *Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.*

5. *Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad".*

Por su parte, el **artículo 19.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa** señala que "La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley".

El primero de los preceptos transcritos, configura la declaración previa de lesividad al recurso contencioso-administrativo, como un presupuesto procesal previo e ineludible, como requisito de procedibilidad, para que la Administración inste lo procedente ante la jurisdicción contencioso-administrativa en declaración de la nulidad de aquellos actos meramente anulables que sean declarativos de derechos, respecto a los cuales no puede proceder a la revisión de oficio.

Frente a actos firmes, la Administración no puede sino instar la anulación ante la jurisdicción contenciosa, como pretensión de nulidad de sus propios actos, confiriendo

la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción una especial legitimación a dicha Administración para instar la nulidad de sus actos en su artículo 19.2.

Así, el Tribunal Supremo ha advertido que la facultad de revisar los actos administrativos está limitada por virtud del principio de seguridad jurídica y el respecto de los derechos adquiridos (STS de 25 de marzo de 1998); que el conocido recurso de lesividad ha de conceptuarse como un recurso excepcional y especial (STS de 27 de septiembre de 1988); que la declaración de lesividad constituye una excepción al principio general de Derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos, por lo que tal situación de excepción debe interpretarse restrictivamente (STS de 28 de diciembre de 1978, 26 de febrero y 28 de abril de 1979); y que la previa declaración de lesividad para los intereses públicos constituye un presupuesto procesal habilitante del recurso (STS de 24 de septiembre de 1993), cuya ausencia o concurrencia defectuosa constituye causa de inadmisibilidad del mismo (STS de 16 de septiembre de 1988).

Por actos favorables, debe entenderse, conforme determina la STS de 29 de septiembre de 2.003 "aquéllos que amplían el patrimonio jurídico del destinatario, otorgándole un derecho que antes no existía, o, al menos eliminando algún obstáculo al ejercicio de un derecho preexistente, o reconociendo una facultad, un plus de titularidad o de actuación. Y por derecho entiende la doctrina de este Tribunal la situación de poder concreta y consolidada, jurídicamente protegida, que se integra en el patrimonio jurídico de su titular al que se encomienda su ejercicio y defensa".

En definitiva, para determinar la corrección de los requisitos formales de esa declaración previa, habrá que determinar, si se siguió el procedimiento adecuado, contra un acto favorable, dentro de los cuatro años fijados en el artículo 107. Y en concreto si se dio audiencia a los interesados, el procedimiento no ha durado más de seis meses; y el órgano que realizó la declaración es el competente.

Una vez determinado lo anterior, habrá que analizar, como requisitos de fondo, si dicho acto es anulable conforme al artículo 48 de la misma Ley por tratarse de un acto que incurre en una infracción del ordenamiento jurídico, y era lesivo para los intereses públicos que competen a la Administración autora del acto y de la declaración de lesividad .

Recorre la actora el Decreto 690/2020 del Ayuntamiento que desestima el recurso de reposición formulado frente al Decreto 1332/2017 de 28 de abril y al Decreto 949/19 de 14 de febrero relativos a la caseta de aperos y que declaraba clandestina la misma requiriendo al recurrente para que eliminase las instalaciones de vivienda de la caseta en plazo de un mes. En ese recurso pretendía la parte la revisión y anulabilidad de los decretos a través de la aplicación del art. 107 de la Ley 39/2015.

Del análisis de la documental y el expediente administrativo aportado se extrae que los decretos recurridos en primer lugar son firmes, y que es ambos Decretos ha generado auto expreso por parte del Juzgado de lo Contencioso nº 1 el 1 de febrero de 2021 ordenando su inmediata ejecución, por lo que en realidad no cabe más anulabilidad al respecto.

Tampoco procede tal y como se indica en la resolución recurrida la aplicación del art. 107 de la Ley 39/2015 al no ser posible ejercer la acción por parte de la recurrente y que se trata de actos desfavorables para el recurrente, luego excluidos de esta posibilidad, por lo que no procede estimar el recurso formulado.

CUARTO.- De las costas.-

La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas a la parte actora, por aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA y que se fijan en la cantidad de 150 euros vista de la actividad procesal desplegada.

VISTOS los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

DESESTIMO el recurso presentado por la defensa de [REDACTED] frente al Ayuntamiento de Getxo y a [REDACTED] y contra **el Decreto 690/2020 de 5 de marzo de 2020 del Ayuntamiento de Getxo que desestima la solicitud efectuada por el recurrente sobre declaración de lesividad y anulación del Decreto 1332/2017 de 28 de abril** que se declaran conformes a derecho, con imposición de costas al recurrente en cuantía de 150 euros.

Notifíquese a las partes del procedimiento.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone el artículo 104 de la LJCA, en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo así como el testimonio de esta sentencia, y en el que se le hará saber que, en el plazo de DIEZ DÍAS, deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste, archívense las actuaciones.

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

CSV: ALK/REG/2021/28080 8qBAfCzPFE

A pesar de no constar firmas manuscritas, este documento tiene validez legal. En la Página Web Municipal (<http://www.gebo.eus>/Oficina de Administración Electrónica) podrá obtener una copia auténtica de este documento en formato digital, mediante el Código Seguro de Verificación que aparece en el margen izquierdo.

Agiri honek eskuz idatzitako sinadurik ez zenperik ez duen arren, legezko balioa du. Geboko Udaiaren web-orrialdetik (<http://www.gebo.eus>/administrazio elektronikoko bulegoa) agiri honen benetako kopia eskuratu ahal duzu formatu digitallean, ezkerrean ageri den egiaztapen-kode segurua erabiliz.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

CSV: ALK/REG/2021/28080 8qBAfCtPPE

A pesar de no constar firmas manuscritas, este documento tiene validez legal. En la Página Web Municipal (<http://www.getxo.eus>/Oficina de Administración Electrónica) podrá obtener una copia auténtica de este documento en formato digital, mediante el Código Seguro de Verificación que aparece en el margen izquierdo.

Agiri honek eskuz idatzitako sinadurik ez izanperik ez duen arren, legezko balioa du. Getxoko Udaleraren web-orrialdetik (<http://www.getxo.eus>/administrazio elektronikoko bulegoa) agiri honen benetako kopia eskuratu ahal duzu formatu digitalean, ezkerrean ageri denegiazitapen-kode segurua erabiliz

