



Roj: **STSJ CAT 3555/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:3555**

Id Cendoj: **08019330032017100186**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **290/2015**

Nº de Resolución: **216/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **ISABEL HERNANDEZ PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Tercera

ROLLO DE APELACIÓN DE SENTENCIA nº 290/2015

Recurso contencioso-administrativo número 9/2013

Juzgado de lo contencioso-administrativo número 11 de Barcelona

Parte apelante: Rodolfo

Partes apeladas: **Ayuntamiento de Barcelona** e Salvador

S E N T E N C I A núm. 216

Il'tmos/a Sres/a Magistrados/a:

D. Manuel Táboas Bentanachs

Dña. Isabel Hernández Pascual

D. Héctor García Morago

Barcelona, treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el rollo apelación arriba expresado, seguido a instancia de D. Rodolfo , en su cualidad de parte apelante, representado por el procurador D. Jordi Enric Ribas Ferré; siendo partes apeladas el **Ayuntamiento de Barcelona**, representado por el procurador D. Jesús Sanz López, e Salvador , representado por el procurador D. Javier Segura Zariquiey.

En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Il'tma. Sra. Magistrada Doña Isabel Hernández Pascual.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 11 de Barcelona y en los autos 9/2013, se dictó Sentencia de fecha 27 de marzo de 2015, con el nº 97/2015 , cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

*"Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador Jorge Enrique Ribas Ferré, en nombre y representación de Rodolfo , contra la resolución de 13 de julio de 2012 del Teniente de Alcalde del **Ayuntamiento de Barcelona**, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del gerente del Distrito de 11 de julio de 2011, actos que declaro ajustados a derecho. Se imponen las costas a la parte recurrente".*



2º.- En la vía del recurso de apelación, recibidas las actuaciones correspondientes y habiendo comparecido la parte apelante finalmente se señaló día y hora para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación tiene por objeto la pretensión de la parte apelante de que se revoque la Sentencia apelada y se anule y se deje sin efecto la resolución recurrida de 13 de julio de 2012.

En nombre de D. Rodolfo , aquí apelante, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 13 de julio de 2012, del teniente de alcalde de Barcelona, en la que se desestimó el recurso de alzada que aquél había interpuesto contra la resolución de 11 de julio de 2011, de la gerente del Distrito de Gracia, en la que se declararon manifiestamente ilegalizables las obras efectuadas sin licencia en la CALLE000 , NUM000 , de acuerdo con el informe de inspección de 15 de febrero de 2011, consistentes en la construcción de una cubierta en la terraza que da a la fachada principal y de otra más pequeña entre esa cubierta y la chimenea de extracción de vahos de los baños de los pisos inferiores, y se requirió al Sr. Rodolfo para que procediese al derribo de las obras efectuadas sin licencia o no ajustadas a la licencia en el plazo de un mes, para restituir a su estado anterior todos los elementos afectados, prohibiéndosele definitivamente los usos que esas obras pudieran permitir.

La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo, rechazando la falta de fuerza probatoria de los informes técnicos en los que se fundamentaron las resoluciones recurridas, así como la alegada prescripción de la acción de restauración de la realidad física alterada por las obras realizadas sin licencia; reiterando la parte apelante- actora en esta apelación ambos motivos de recurso, cuestionando los argumentos dados por la sentencia para desestimarlos.

SEGUNDO.- En primer lugar, por lo que hace a la alegada prescripción de la acción de restauración de la legalidad urbanística, es necesario distinguir entre los dos cobertizos construidos en la terraza, pues no parece que hubieran sido realizados en un mismo tiempo, lo que puede dar lugar a pronunciamientos distintos por razón del distinto plazo transcurrido, en su caso, desde la conclusión de las obras hasta el inicio del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística.

La sentencia acoge los argumentos del **Ayuntamiento de Barcelona** para entender que el mayor de los cobertizos es distinto del inicialmente construido entre enero y marzo de 1979, razón por la cual considera que no se puede tener por probado el transcurso del plazo de seis años, previsto en el artículo 207 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, para adoptar medidas de restauración, ni en consecuencia, aceptar la prescripción de la acción de restauración.

Para llegar a tal conclusión atiende en esencia al contraste entre la fotografía aérea de 2013, aportada como documento número 1 de la contestación a la demanda, y la fotografía aérea del Instituto Cartográfico de Cataluña, de un vuelo de junio de 1984, aportada en el expediente administrativo por el apelante con el informe técnico del arquitecto Sr. Baltasar ; en cuyo contraste, según la sentencia apelada se evidencia que el cobertizo ha sido ampliado.

La foto aérea no permite probar más que la discrepancia entre la superficie de los techos en una y otra foto si aquella es importante y la diferencia va más allá del efecto de sombras o perspectivas; por lo que, de apreciarse una relevante discrepancia de techos, podría entenderse probada la modificación de la obra, y por consiguiente la necesidad de iniciar el cómputo del plazo de prescripción desde la conclusión de esta última; pero la foto aérea de la identidad de techos no permite probar la identidad de las obras, ya que el techo de idéntica superficie puede cubrir un cobertizo reconstruido, de obra nueva.

En el caso que nos ocupa, el contraste de las fotografías no permite tener por acreditada la diferencia de superficie de techos - contrariamente a lo que se afirma en sentencia - si se atiende a las referencias de los lados del cobertizo con otros parámetros fijos, como la cubierta de obra que colinda con el cobertizo, las calles o los elementos arquitectónicos del inmueble con el que confronta en la CALLE000 .

La sentencia, haciendo suyas las argumentaciones de la representación del Ayuntamiento, como se ha dicho, también considera probado que el cobertizo es distinto del inicialmente construido en el año 1979 por que no se corresponde con el croquis de la obra que acompaña al presupuesto de 10 de marzo de 1978 - cuya autenticidad no se ha cuestionado -, que la parte apelante-actora presentó para acreditar que la obra se realizó con mucha anterioridad al paso del plazo de prescripción de seis años.

Si cotejamos ese croquis con las fotografías presentadas con la contestación a la demanda del apelado-codemandado, vemos que el croquis se corresponde con el cobertizo mayor existente a la fecha de esas fotografías, tomando en consideración que, en ese croquis, el frente y los laterales del cobertizo aparecen



dibujados en un mismo plano, con la única separación, entre laterales y frente, de una línea de puntos y rayas con expresión de las distintas mediciones - 2800 y 2820 en los laterales del cobertizo y 6000 en el frente del cobertizo. Si se confrontan los laterales del croquis con los de las fotografías se comprueba que las fotografías 2 y 3 se corresponden con el lateral de la derecha del croquis - dos ventanas que alcanzan aproximadamente hasta la mitad de la altura del lateral, y otra más pequeña que cubre aproximadamente una cuarta parte de la altura del lateral. También parece que la fotografía 2 se corresponde con el frente diseñado en el croquis, de paneles con dos puertas correderas cada uno de ellos.

A todo lo dicho cabe añadir que el arquitecto Sr. Baltasar , emitió informe técnico en el expediente administrativo, ratificado en declaración testifical con contradicción, en la que manifestó que el cobertizo, con una superficie aproximada de 16'50 metros tiene una antigüedad de 33 años, razonando que el presupuesto es congruente con el cobertizo existente (minuto 24:12 del CD de la vista) en atención a que, *"tiene unas características que se corresponden a esa cubierta y el cerramiento y por la antigüedad"* , y *"los materiales se corresponde a esa cubierta"* , *"son unos perfiles que son bastantes sencillos de más de diez años y la cubierta tiene defectos a los años que tiene"* , *"el tipo de armado (...) se utilizaba mucho antes"* , siendo lo relevante a efectos de resolver sobre la época de conclusión de la obra que el expresado técnico afirma la correspondencia de la obra existente con la del presupuesto y croquis de 1978, teniendo en cuenta que en ambos se recogen mediciones concretas y que no se ha presentado informe alguno que demuestre alguna incoherencia entre las mediciones del presupuesto y las del croquis, y de las de ambos con las del cobertizo mayor descrito en el informe de inspección de 17 de febrero de 2011.

De la realización de las obras alrededor del año 1979 da cuenta, además, un acuerdo expreso de la comunidad de propietarios del inmueble de 14 de febrero de 1978, aportado mediante certificado del acta correspondiente, y un informe de 2 de marzo de 1979, del arquitecto D. Camilo , sobre la efectiva construcción del cobertizo en la terraza en términos que tampoco se evidencian incoherentes con los demás elementos probatorios.

D. Clemente , responsable de licencias de obras e inspección de viviendas del Distrito de Gracia, del **Ayuntamiento de Barcelona**, a propuesta de este último, declaró como testigo (44:00 minuto CD vista) que *"se puede distinguir diferentes formas de acabado de las cubiertas, ésta que se ve más blanca es el reflejo de una cubierta impermeabilizada con lámina asfáltica con una protección de aluminio"* , *"hago esta explicación porque hay una intervención en esa impermeabilización ... en la foto de inicio del expediente ... se ve como ya se ha reparado esa lámina asfáltica"* , *"una lámina asfáltica tiene una duración de unos 15 años"* , *"entiendo que esa actuación se repetirá en la historia de ese cubrimiento"* , y *"estas dos actuaciones, ésta, el cubrimiento de la chimenea, y el que los dos cubrimientos parece que se han construido en momentos diferentes"* , de donde parece deducirse que la actuación llevada a cabo recientemente no es la construcción o reconstrucción del cobertizo mayor, sino la reparación de uno de los elementos constructivos del mismo, en concreto de la impermeabilización del techo, al que, a falta de mayor prueba, no se le puede dar la entidad de reconstrucción de la edificación, por lo que su realización - cambio de impermeabilización - en plazo menor a seis años antes del inicio del expediente de protección de la legalidad urbanística no puede justificar el derribo de todo el cobertizo.

La conjugación de todos esos elementos y la declaración testifical de dos vecinos, uno de ellos colindante con la terraza de la cubierta, así como la de quien había sido administrador de la comunidad de propietarios - desde 1989 hasta dos años antes de su declaración -, dando testimonio de la preexistencia del cobertizo, llevan a este Tribunal, a falta de prueba que contradiga todos esos elementos probatorios, a la convicción de que el cobertizo mayor se construyó más de seis años antes del inicio del expediente de protección de la legalidad urbanística, en fecha 28 de febrero de 2011.

En atención a todo lo expuesto procede estimar el recurso de apelación y, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo y anular las resoluciones recurridas por lo que hace al cobertizo de mayores dimensiones de la terraza de la finca del apelante, por prescripción de la acción de restauración de la legalidad urbanística, por el transcurso de más de seis años entre la finalización de su construcción y el inicio del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , de aprobación del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

TERCERO. - Cuestión distinta es la relativa al cobertizo más pequeño y a las obras hechas en las chimenea de vahos con la que aquél colinda, en el que se ubica una especie de trastero y cuarto de lavandería, y respecto del cual no hay prueba de la fecha de construcción, pues ni siquiera los testigos de la apelante se han pronunciado al respecto, no habiendo hecho referencia alguna al mismo el Sr. Felipe , y manifestándose por los otros dos que no lo habían visto, a diferencia del cobertizo mayor, respecto del que coinciden en dar fe de su preexistencia.



Sobre la fecha de su construcción únicamente se manifestó el testigo del Ayuntamiento y lo hizo para sostener precisamente, en contra de la pretensión actora, que los cobertizos se construyeron en momentos distintos, razón por la cual no puede hacerse extensible al cobertizo de menores dimensiones la prueba aportada para acreditar la fecha de construcción del mayor, pues tampoco en la documentación se hace referencia al mismo.

Tal y como ha declarado reiteradamente esta Sala y Sección, entre otras, en sentencia número 730/2005, de 5 de octubre, en la que se dijo:

a) *Descansa la carga de la prueba de la preexistencia de las construcciones, edificaciones e instalaciones no legitimadas por licencia en aquél que sostenga esa preexistencia.*

b) *La carga de la prueba de la terminación de las construcciones, edificaciones e instalaciones igualmente descansa en aquél que sostenga o haga valer su terminación.*

c) *Y, de la misma forma, la carga de la prueba de haber transcurrido el plazo prescriptivo respecto a la acción de reacción administrativa a computar a partir de la fecha de la finalización de las correspondientes obras descansa en aquél que pretenda su aplicabilidad -y a salvo los hechos interruptivos de la misma que pivota sobre el que sostenga la correspondiente interrupción-.*

En este caso, no hay prueba de la fecha de conclusión de las obras de construcción del cobertizo pequeño que sirve de trastero y cuarto de lavandería, entre las chimeneas y el cobertizo mayor, y de las modificaciones habidas en la chimenea, por lo que debe entenderse, respecto del mismo, que el plazo de prescripción no ha transcurrido, al ser carga de la parte apelante-actora la prueba de la preexistencia, fecha de conclusión de la construcción y transcurso de ese plazo de prescripción.

CUARTO.- La parte apelante cuestiona la eficacia probatoria del informe técnico de inspección de 17 de febrero de 2011, según el cual, las obras que describe no son legalizables, "con vulneración de hasta un 10% de los parámetros urbanísticos: densidad de viviendas, número de establecimientos, techo, altura, volumen, situación edificación, ocupación permitida", por no concretar exactamente los parámetros y la proporción en la que son vulnerados cada uno ellos por la construcción de los dos cobertizos.

Las obras del informe de inspección de 17 de febrero de 2011 se realizaron sin licencia, y las que afectan a la chimenea de vahos tampoco aparecen amparadas por la comunicación de obras - expediente aportado como documento número 2 de la contestación a la demanda del Ayuntamiento - que se refiere a ventilaciones del NUM001 de la CALLE001, que no es el caso, y a un patio de ventilación para rehacer el "sombbrero" como era antes, o con lamas, lo que tampoco consta que se corresponda con las obras de dicho informe.

Realizadas las obras sin licencia, la orden de derribo es preceptiva - salvo en relación con el cobertizo mayor queda en situación de disconformidad con el planeamiento por prescripción de la acción de restauración -, por virtud de lo dispuesto en el artículo 206.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, toda vez que ni se pretende por el apelante-actor la concesión del plazo de dos meses para solicitar licencia de legalización, ni consta que la haya solicitado hasta la fecha, no siendo tampoco procedente su anulación con retroacción de actuaciones para que se le conceda al apelante el plazo de dos meses a fin de solicitar la licencia, por cuanto no ha presentado prueba o indicio alguno de que el cobertizo sería legalizable por no haberse agotado la edificabilidad del inmueble ni los demás parámetros referidos en el expresado informe, que no ha contradicho ni desvirtuado, siendo, por todo lo expuesto, suficiente a efectos probatorios la información recogida en el mismo a fin de servir de base fáctica de la resolución recurrida.

En consecuencia, procede estimar en parte el recurso de apelación y estimar también en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto a nombre del apelante, manteniendo el requerimiento de derribo de las obras descritas en el informe de inspección de 17 de febrero de 2011, salvo por lo que hace al cobertizo de mayores dimensiones, y, en consecuencia, el mantenimiento del derribo del cobertizo de menores dimensiones, construido entre la chimenea de vahos de los pisos inferiores y el lateral del cobertizo mayor, y del derribo de las obras hechas en la citada chimenea, devolviéndola al estado exacto que tenía en el momento de la construcción inicial del edificio de la CALLE000, NUM000, de Barcelona.

La estimación parcial del recurso contencioso-administrativo comporta la revocación de la condena en costas de la parte actora en la sentencia apelación.

QUINTO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, estimado en parte el recurso de apelación no procede la condena al pago de las costas procesales de la apelación.

FALLAMOS



En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) ha decidido:

1º) ESTIMAREN PARTE el recurso de apelación interpuesto a nombre de D. Rodolfo , contra la Sentencia arriba indicada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 11 de Barcelona, dictada en autos 9/2013, y **REVOCAR** en parte la sentencia apelada.

2º) ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto a nombre del apelante, contra la resolución de 13 de julio de 2012, del teniente de alcalde de Barcelona, en la que se desestimó el recurso de alzada que aquél había interpuesto contra la resolución de 11 de julio de 2011, de la gerente del Distrito de Gracia, en la que se declararon manifiestamente ilegalizables las obras efectuadas sin licencia en la CALLE000 , NUM000 , de acuerdo con el informe de inspección de 15 de febrero de 2011, consistentes en la construcción de una cubierta en la terraza que da a la fachada principal y de otra más pequeña entre esa cubierta y la chimenea de extracción de vahos de los baños de los pisos inferiores, y se requirió al Sr. Rodolfo para que procediese al derribo de las obras efectuadas sin licencia o no ajustadas a la licencia en el plazo de un mes, para restituir a su estado anterior todos los elementos afectados, prohibiéndosele definitivamente los usos que esas obras pudieran permitir, y, en consecuencia, **ANULAR EN PARTE** las expresadas resoluciones, y **DEJAR SIN EFECTO** la orden de derribo del cobertizo de mayores dimensiones de la terraza del apelante, y **MANTENER** el requerimiento de derribo del cobertizo de menores dimensiones - construido entre la chimenea de vahos de los pisos inferiores y el lateral del cobertizo mayor -, y de las obras hechas en la citada chimenea, devolviéndola al estado exacto que tenía en el momento de la construcción inicial del edificio de la CALLE000 , NUM000 , de Barcelona.

3º) Revocar la sentencia apelada por lo que hace a la condena del apelante-actor al pago de las costas de primera instancia, que no se imponen.

4º) Sin condena al pago de las causadas en la apelación.

Con certificación de la misma y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procédase a la devolución al Juzgado de procedencia de las actuaciones recibidas.

Hágase saber a las partes que la presente Sentencia no es firme.

Contra la misma podrá interponerse recurso de casación, que deberá prepararse ante ésta nuestra Sala y Sección en un plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde el siguiente hábil al de la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), modificada en por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

Cuando pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, el recurso de casación irá dirigido a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y su preparación deberá atenerse a lo dispuesto en el art. 89.2 LJCA .

Asimismo, cuando pretenda fundarse en normas emanadas de la Comunidad Autónoma, el recurso se dirigirá a la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y su preparación también deberá sujetarse a lo dispuesto en el art. 89.2 LJCA , sin perjuicio de que la justificación a la que se refiere la letra e) del mencionado precepto legal, deba considerarse referida al Derecho autonómico.

A los anteriores efectos, deberá tenerse presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE nº 162, de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por la lltma. Sra. Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.