



Roj: STSJ CAT 10544/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:10544

Id Cendoj: 08019330032017100722

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Barcelona

Sección: 3

Fecha: 15/11/2017

Nº de Recurso: 424/2015

Nº de Resolución: 766/2017

Procedimiento: Recurso de apelación. Contencioso

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 424/2015

Recurso contencioso-administrativo nº 36/2012

Juzgado de lo contencioso-administrativo número 16 de Barcelona

Parte apelante: Almudena

Parte apelada: Ayuntamiento de Barcelona

SENTENCIA núm. 766

Ilmos/a Sres/a Magistrados/a:

D. Manuel Táboas Bentanachs

Dña . Isabel Hernández Pascual

D. Héctor García Morago

Barcelona, quince de noviembre 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 Dña. Almudena , en su cualidad de parte apelante, representada por la procuradora Dña . Laura Espada Losada; siendo parte apelada el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el procurador D. Jesús Sanz López.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 16 de Barcelona y en los autos 36/2012, se dictó Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2015, con el nº 142/2015 , cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"Procede desestimar íntegramente el presente recurso nº 36-2012, seguido a instancia del procurador Dña . Laura Espada Losada, en representación de Dña. Almudena , contra el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el Letrado Dña . Magda Trabal, con íntegra confirmación de la resolución recurrida y condena en costas a la parte actora en la cuantía de 1.000 euros".

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. Llegado ese día, este Tribunal acordó dar



audiencia a las partes por plazo de diez días, al amparo del artículo 33.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para que pudieran presentar alegaciones sobre la fecha en la que se produjo la efectiva finalización de las obras de cobertura de la terraza, así como sobre si, a su entender, con anterioridad a la resolución recurrida de 24 de noviembre de 2009, en la que se declaró la manifiesta ilegalidad de las obras y se requirió el derribo de las realizadas, sin licencia, y la prohibición de usos, se produjo algún acto de interrupción de la prescripción de la acción de restauración de la realidad física alterada.

Ambas partes presentaron alegaciones sobre las cuestiones planteadas por este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación tiene por objeto la pretensión de Dña. Almudena, parte apelante, de que se revoque la Sentencia apelada y se estime íntegramente la demanda de recurso contencioso-administrativo formulada por esa parte contra la resolución del cuarto teniente de alcalde del Ayuntamiento de Barcelona, de 14 de noviembre de 2011, en la que se desestimó el recurso interpuesto en su nombre contra la resolución de la concejalía del Distrito de Sarrià-Sant Gervasi de 24 de noviembre de 2009, que declaraba manifiestamente ilegalizables las obras ilegales de cobertura del terrado de la finca de la CALLE000 de Sarrià, NUM000, y requería a la expresada apelante, como propietaria de la finca, para que procediese a derribar las obras, efectuadas sin licencia o no ajustadas a licencia, en el plazo de un mes, y a restituir a su estado anterior todos los elementos afectados.

SEGUNDO.- La parte actora, aquí apelante, fundamentó su demanda en la prescripción de la acción para la restauración de la legalidad urbanística o de la realidad física alterada, lo que la sentencia apelada desestimó, argumentando que, siendo de aplicación por razones de vigencia temporal la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, cuyo artículo 199 establecía el plazo de prescripción de 6 años para el inicio de la acción de restauración, ese plazo no había transcurrido, pues las obras de cubrición de la terraza no podían entenderse finalizadas en 1999, como pretendía la actora con exhibición de una factura de esa fecha, habida cuenta que las fotografías, hechas por el Ayuntamiento con fines cartográficos, acreditaban que la cubierta aparece por primera vez en el año 2002, "siendo claramente inexistentes en el año 2000 y 1999", a lo que añadió que la factura de 1999 "en sí misma no es prueba de finalización de las obras objeto de este procedimiento".

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la expresada sentencia, peticionando su revocación y la estimación de su recurso contencioso-administrativo, alegando: a) Esa parte acreditó mediante la presentación de una factura expedida a nombre de su causante y fechada el 30 de noviembre de 1999, que las obras habían finalizado en esa fecha, y se le causó indefensión al serle denegada la prueba de la declaración de dos testigos que se dice fueron los industriales que realizaron las obras; b) frente a ese documento no pueden prevalecer las fotografías aéreas aportadas por el Ayuntamiento de Barcelona, ya que no han sido ratificadas por funcionario competente, y no cumplen los requerimientos del artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para tener valor probatorio; c) por aplicación de la Disposición Transitoria 7ª de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, el procedimiento de protección de la legalidad urbanística debió regirse por el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, que aprobó el Texto Refundido de los Textos vigentes en Cataluña en materia de urbanismo, vigente a la fecha de conclusión de las obras, según esa parte, el 30 de noviembre de 1999; d) de conformidad con el artículo 256 del Decreto Legislativo 1/1990, el plazo de prescripción para requerir la legalización de las obras es de 4 años "desde la total terminación de las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas...", que en este caso había transcurrido en exceso cuando se le notificó en marzo de 2004 la incoación del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística; e) caso de resultar aplicable la Ley 2/2002, de 14 de marzo, la infracción urbanística habría prescrito por el transcurso del plazo de prescripción de cuatro años previsto para las graves en el artículo 219.1 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo; y f) finalmente se alega un trato discriminatorio y arbitrario con vulneración del derecho fundamental a la igualdad, en atención a que, en Sarrià y en la práctica totalidad de los barrios de la ciudad, existen terrazas cubiertas con elementos de aluminio y vidrio.

TERCERO.- Como tiene declarado este Tribunal en sentencia número 724/2014, de 12 de diciembre, dictada en el Rollo de Apelación número 176/2012, en la que se citan otras anteriores, en relación con la prescripción de la acción de restauración de la realidad física o de la legalidad urbanística:

"Efectivamente la necesidad de atender a la prueba con que se cuenta obliga a ir indicando que no nos hallamos en el ámbito sancionador en que la carga de la prueba de los hechos infractores recae en la Administración como debe ser sabido.

Por el contrario nos hallamos en el ámbito de la restauración de la legalidad urbanística - artículo 191.2 a) del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo



de Cataluña y demás preceptos siguientes y concordantes- en que si la parte alega la prescripción de las correspondientes obras resulta igualmente nítido el criterio que se sigue referente a que la carga de la prueba recae en quien alega su concurrencia y, como se ha tenido que ir sentando, en la triple vertiente de:

-En relación con la preexistencia de la misma -sus concretas características que son las mismas sin modificación en el tiempo-.

-En su finalización -demostración del concreto agotamiento de las mismas- a que anudar el primer día prescriptivo.

- Y el íntegro transcurso del plazo prescriptivo que a partir de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, se ha fijado en 6 años -en lo que ahora interesa en el artículo 199 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, artículo 199 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y artículo 207 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo-, frente al anterior de 4 años - establecido en el artículo 256 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia de Urbanismo-, sin que sea necesario abundar en plazos todavía más pretéritos como se verá".

Corresponde, pues, a la parte actora la carga de la prueba de la preexistencia de las obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a la licencia, sus concretas características que se mantienen en el tiempo, así como su total finalización, y el transcurso del plazo de prescripción de 4 años, bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1/1990, o de 6 años a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, a contar desde la completa finalización de las obras.

La apelante - actora - reitera que las obras con las que se cubrió el terrado del edificio para aumentar el volumen de la vivienda de la planta NUM001 del mismo, que la resolución recurrida le ordena derribar con prohibición de usos, habían concluido a la fecha de la factura expedida a nombre de su causante, de 30 de noviembre de 1999, lo que la sentencia apelada rechazó a la vista de las fotografías aéreas hechas por el Ayuntamiento de Barcelona, correspondientes al terrado de dicho edificio en años anteriores a 2000, año en el que apareció la cubierta del terrado; quejándose esa parte en el escrito de apelación de la falta de valor probatorio de las fotografías no ratificadas por el funcionario a quien correspondiera, así como de indefensión por la inadmisión de la prueba de interrogatorio de los testigos, que dice fueron los industriales que realizaron las obras en 1999, para que se ratificaran en la factura.

La expresada factura se presentó en el expediente de protección de la legalidad urbanística el 3 de abril de 2006, junto con un escrito en el que se solicitó el archivo de dicho expediente - en el que se había requerido a la apelante-actora la legalización de las obras realizadas en el terrado de su domicilio -, alegando que no se trataba de unas obras sino de una instalación hecha con materiales desmontables, y que las acciones que hubiera en su contra habían prescrito por el transcurso de más de seis años desde la fecha en la que se hicieron, que en el mismo escrito se sitúa en el año de la factura, 1999.

La factura se expidió por C.J.C. Obras y Decoración S.L., con fecha 30 de noviembre de 1999, por el concepto de "reforma interior vivienda del NUM002 piso en CALLE000 de Sarrià, NUM000 ...Realización de cerramiento de terraza existente en vivienda con estructura de aluminio lacado....Formación de nuevo pavimento de terraza en forma de pavimento ligero de tarima de madera" .

El procedimiento de protección de la legalidad urbanística tuvo su origen en "quejas vecinales", según se recoge en el acta de inspección de 17 de enero de 2003, en la que se describen la obras que se no se ajustan a la comunicación de la propiedad de 2002, como "tapiado de acceso a terrado comunitario desde escalera vecinal, pudiendo acceder únicamente a través del NUM001 . En terrado se observa ampliación superficie habitable mediante cerramiento metálico (aluminio y cristales)".

Como es de ver, la factura de 1999, de reforma interior de vivienda NUM002 piso, con cerramiento de terraza existente en vivienda, no se corresponde con las obras del acta de inspección de enero de 2003, de tapiado del acceso a terrado comunitario en el que aparece un cerramiento metálico que aumenta la superficie habitable con único acceso desde el NUM001 . Así, las obras de la factura de 1999 consistieron en cubrimiento de la terraza de la vivienda, y las de 2003 en cubrimiento del terrado del edificio, aumentado la superficie habitable de la vivienda que quedaba por debajo del terrado comunitario, que dejaba de serlo al cegarse el acceso desde los elementos comunes del edificio.

Lo anterior resulta confirmado con toda claridad por las fotografías incorporadas al expediente con el informe de inspección emitido el 17 de mayo de 2007, por el inspector de servicio, con el visto bueno de la jefe del Departamento de Licencias e Inspección, en el que literalmente se dice que "en las imágenes aéreas de 2000 esta construcción no está presente, mientras que en la de 2002 ya se observa construida."



No son, pues, unas fotografías equiparables a documentos privados, como pretende la parte apelante, sino documentos incorporados al informe emitido por el inspector de servicio en ejercicio de sus funciones, en el que se interpretan las imágenes, que por otra parte son muy claras sobre la existencia de la cubierta o tejado sobre el terrado del edificio, que se ubica perfectamente sobre el plano de información urbanística, con el que se contrasta la obra, a fin de acreditar que la fotografía se corresponde con el edificio número NUM000 , de la CALLE000 de Sarrià, que es el edificio a que se refieren las resoluciones recurridas; por lo que, a falta de otra prueba fotográfica y cartográfica, mediante la aportación de copia auténtica de aquéllas y de informe sobre la coincidencia del edificio de la fotografía y el plano de ubicación de edificios, debe mantenerse que la imagen de la cubierta o tejado sobre el terrado no apareció hasta el año 2002; pues, como se ha dicho, la carga de la prueba de la preexistencia de la obra con características mantenidas en el tiempo, y de su completa finalización, correspondía a la parte actora, que no ha demostrado lo contrario, ya que la factura, según su literalidad, se emitió por unas obras que no se corresponden con las que se ordena derribar en la resolución recurrida.

Frente a toda esa prueba, concluyente y contraria a las tesis de la apelante, no puede aceptarse que se le haya causado indefensión por la inadmisión de la declaración de los testigos propuestos por esa parte, respecto de los cuales tampoco se ha presentado prueba alguna de su relación con la empresa que expidió la factura de 1999, C.J.C. Obras y Decoración S.L., ya lo fuera en condición de empleados, exhibiendo el informe de alta de la Seguridad Social u otro elemento probatorio, y cuya declaración, de ratificación de una factura, no podía desvirtuar la evidencia de unas fotografías en las que no aparecía la cubierta del edificio a la fecha de la fecha, ni podía acreditar obras distintas de las que fueron objeto de la factura, no coincidentes, por lo dicho, con las obras que se ordena derribar en la resolución recurrida.

Como también se ha dicho, no sólo corresponde a la actora, aquí apelante, que alega la prescripción de la acción para restaurar la realidad física alterada o la legalidad urbanística, la carga de la prueba de la preexistencia de las obras, sino el mantenimiento de sus características sin modificación a lo largo del tiempo, y la completa y total conclusión de esas obras, momento de inicio del plazo de prescripción; y, en el caso que nos ocupa, la cubierta o tejado sobre el terrado aparece en una fotografía aérea de 2002, no acreditándose el día exacto de su instalación, ni que a esa fecha, y al término de ese año o en el siguiente, hubieran concluido completamente las obras, consistentes en la ampliación, con una nueva planta, de la vivienda del piso situado bajo terrado; por lo que no puede tenerse por probada una fecha de conclusión de las obras y de inicio del plazo de prescripción ni siquiera a la fecha del acta de inspección, de 17 de enero de 2003.

El expediente en el que se dictó la resolución recurrida, de 24 de noviembre de 2009, se inició por informe del inspector de 9 de noviembre de 2009, en el que se hacía remisión al Decreto de alcaldía de 20 de junio de 2008, que ordenó cursar la precedente orden de derribo, y continuar el procedimiento hasta la acreditación del total cumplimiento del mandato desatendido, mediante ejecución subsidiaria, si procedía; por lo que, para considerar prescrita la acción de restauración de la realidad física alterada o de la legalidad urbanística, las obras deberían haber concluido totalmente antes del 9 de noviembre de 2003, lo que no puede tenerse por probado, como se ha dicho, ya que no hay prueba de su finalización ni a la fecha del acta de inspección de 17 de enero de 2003, siendo así que la carga procesa de esa prueba correspondía a la parte apelante-actora que alega la prescripción.

Aún cuando sin trascendencia para la decisión de este recurso, no resulta aplicable al mismo el plazo de prescripción, previsto en el artículo 219.1 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña , de cuatro años para las infracciones urbanísticas graves - también invocado por la apelante -; ya que la resolución ordenado el derribo de las obras realizadas sin la cobertura de título habilitante no se produjo en un procedimiento sancionador, sino de reposición o restauración de la legalidad urbanística o de la realidad física alterada, y, como se ha reiterado, la acción de reposición, de conformidad con el artículo 199 de dicha Ley 2/2002 , prescribe por el transcurso del plazo de seis años a contar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219.2, y, por tanto, desde la finalización de las obras.

Tampoco puede aceptarse que la existencia de obras de cubrición de otros terrados pueda ser causa de nulidad de la resolución recurrida, en la que se ordena el derribo de unas obras de esas características, caso de que se probara que también se realizaron sin licencia y fueran manifiestamente ilegalizables; ya que no existe un derecho a la igualdad respecto de situaciones de ilegalidad, como la producida en este caso, ni la ilegalidad fáctica puede derogar la legalidad y el planeamiento vigente y aplicable.

En consecuencia, procede dictar sentencia desestimando el recurso de apelación.

QUINTO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 , en cuanto dispone que las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia



de circunstancias que justifiquen su no imposición, y atendida la desestimación acaecida, sin que se aprecien méritos en contrario, procede condenar en costas a la parte recurrente si bien en atención a las circunstancias del asunto ya expuestas, la dificultad que comporta y la utilidad del escrito de oposición con el límite en concepto de honorarios de letrado de la parte recurrida en la cuantía de 1.000 euros, a cuya cantidad se sumará el IVA que corresponda.

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) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto a nombre de Dña . Almudena , contra la Sentencia arriba indicada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 16 de Barcelona, dictada en autos de recurso ordinario número 36/2012.

2º) Condenar a la parte apelante al pago de las costas procesales causadas en la apelación con el límite máximo por todos los conceptos de 1.000 euros, más el IVA correspondiente.

Con certificación de esta sentencia 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, deberá estarse a lo establecidos en los Autos de 10 de mayo de 2017, de la Sección de Casación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictados en recurso de casación 3/2017 y 8/2017 , entre otros.

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.