



Roj: **STSJ CAT 11832/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:11832**

Id Cendoj: **08019330032018101039**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **365/2017**

Nº de Resolución: **1093/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

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 AUTO nº 365/2017

Recurso contencioso-administrativo nº 28/2017

Juzgado de lo contencioso-administrativo número 8 de **Barcelona**

Parte apelante: Petra

Parte apelada: **Ayuntamiento de Barcelona**

#### **S E N T E N C I A** núm. 1093

Ilmos/a Sres/a Magistrados/a:

D. Manuel Táboas Bentanachs

Dña. Isabel Hernández Pascual

D. Héctor García Morago

**Barcelona**, veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el rollo apelación de Auto arriba expresado, seguido a instancia de Dña. Petra , en su cualidad de parte apelante, representada por la procuradora Dña. Laia Gallego Uriarte; 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 8 de **Barcelona** y en los autos 28/2017, se dictó Auto de fecha, 8 de junio de 2017 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"Conceder la suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa municipal recurrida en autos y solicitada en su día por la parte recurrente en lo relativo a la demolición de las obras de referencia, en los términos señalados en el razonamiento jurídico segundo de esta resolución y hasta la resolución del proceso jurisdiccional seguido en los autos principales de los que dimana esta pieza separada, sometida en su efectividad a la previa justificación ante este Juzgado por la parte recurrente de la prestación de garantía por importe de 60.070 euros mediante aval o cualquier otra forma de garantía admitida en derecho, excepto la garantía personal, en el plazo*



*de treinta días a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de esta resolución, quedando en caso contrario totalmente sin efecto la medida cautelar ahora acordada a partir de tal fecha".*

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-actora de que se revoque el Auto apelado, en el que se acuerda, a su instancia, la suspensión cautelar de la resolución recurrida, únicamente por lo que hace al importe de la caución a cuya prestación se subordina la medida cautelar, de 60.070 euros; solicitando que se reduzca a la cuantía de 3.242'33 euros, por considerar que aquélla es desproporcionada, y manifiestamente suficiente la solicitada por esa parte para afrontar la ejecución de la orden de derribo que es objeto de recurso.

**SEGUNDO.-** El principal fundamento del recurso de apelación radica en la falta de correspondencia entre las obras en atención a las cuales se ha fijado en 60.070 euros la cuantía de la fianza o aval para la suspensión cautelar de la resolución recurrida, que son, según el Auto apelado, las del presupuesto de obras en la autoliquidación del impuesto municipal - ICIO -, y las obras que se ordena derribar por ilegalizables y por falta de título de cobertura, que no son todas aquéllas, sino una parte, cuyo coste de derribo cifra la parte apelante en 3.242'33 euros, como coste medio sobre la base de tres presupuestos de obras, pidiendo que sea la cuantía en la que se fije la caución a prestar.

En la apelación se acordó como diligencia final, por no constar en la pieza de medidas cautelares que se elevó a este Tribunal, solicitar del Distrito de Sarrià-Sant Gervasi del **Ayuntamiento de Barcelona** la remisión de una copia de la resolución de 30 de septiembre de 2015, que es objeto del recurso contencioso-administrativo número 28/2017, del Juzgado Contencioso-administrativo número 8 de **Barcelona**, del que dimana la apelación, en la que se declararon manifiestamente ilegalizables las obras de cierre perimetral de la terraza, de la CALLE000, NUM000 - NUM001, escalera NUM002, NUM003, y se requirió a la apelante para que las derribase y restituyera la fachada y las pérgolas a su estado original.

Planteándose en la apelación, como cuestión controvertida, la cuantía de las obras de derribo ordenadas por la expresada resolución, a fin de determinar la cuantía de la caución a prestar para la suspensión del derribo y restauración, también se solicitó del mismo Distrito de Sarrià-Sant Gervasi, y en relación a dicha orden de derribo, que se remitiera una copia del informe técnico o presupuesto que en su caso se hubiera elaborado sobre el coste total del derribo de esas obras, y reposición de fachada y pérgolas, o, de no existir, se emitiese informe técnico sobre cuál pudiera ser el coste aproximado de dichas obras.

En cumplimiento de lo solicitado, se emitió y recibió la copia de la resolución recurrida, en la que se declaran manifiestamente ilegalizables las obras efectuadas sin licencia en la CALLE000 NUM000 - NUM001, y se requiere a la apelante, Dña. Petra, como propietaria de la finca, que proceda al derribo de esas obras en el plazo de un mes, para restituir a su estado anterior todos los elementos afectados, remitiéndose dicha resolución, para la determinación de las obras a derribar, a un informe técnico previo, de 6 de julio de 2015, que también se remitió y obra en las actuaciones, junto a un reportaje fotográfico, en el que se dice lo siguiente:

*"Examinada la documentación técnica incorporada al comunicado inmediato tramitado con el número (...) se detecta que la planta actual grafiada en el plano 02 no se ajusta a la licencia concedida para la construcción del edificio ya que se ha incorporado al programa funcional de la vivienda parte de la terraza. En el plano consta una parte de la terraza cerrada con carpintería de aluminio, el cierre del techo de la pérgola de hormigón con vidrio y la anulación de la fachada.*

*En el momento de visita de inspección a la vivienda, se comprueba que se ha cambiado el cierre perimetral de la terraza, se ha recrecido la pérgola para darle pendiente y se ha sustituido los vidrios por tres ventanas. También se ha cerrado con vidrio otro hueco de la pérgola y se estaba procediendo al cierre de otra parte de la pérgola. Se observa que en la terraza se ha construido una barbacoa de obra.*

*Hay que indicar que las obras descritas no son legalizables por incumplir el artículo 322 de las NNUU de edificación (edificabilidad) y el artículo 327 de las NNUU de edificación (altura máxima) ya que el edificio es disconforme con el planeamiento urbanístico vigente dado que el edificio tiene sobrepasada la edificabilidad de la parcela y ARM".*

Según el informe técnico de 17 de julio de 2018, de valoración de la ejecución subsidiaria de la orden de derribo, su coste se fija en 28.962 euros, en consideración a diferentes parámetros, tales como precio/m<sup>2</sup>, gastos financieros, fiscales, de seguridad y salud, y generales de empresa, superficie de 15'50 m<sup>2</sup>, tipología de obra



nueva, dificultad en función del ancho de calle y altura del piso, así como tipología de edificación, plurifamiliar entre medianeras.

En las alegaciones sobre el alcance de esta prueba, la parte apelante cuestiona su acierto por los datos tomados en consideración en el referido informe técnico de valoración, en atención, en esencia, a que, según esa parte, no son de aplicación las variables antes relacionadas.

En un incidente de medidas cautelares no se prejuzga el fondo del asunto, pues todo lo que se declara y decide en el mismo lo es sin prejuzgar lo que se alegue y pruebe en el proceso principal. Por lo tanto, todo lo que se diga en el Auto de medidas cautelares lo es a los solos a estos efectos cautelares, sin dar por probado ninguno de los hechos tomados en consideración en el mismo, sino sólo a efectos de resolver sobre la pretensión cautelar.

En el limitado y provisional ámbito de las medidas provisionales, en los términos expresados, y a la vista de la documentación incluida en la pieza de medidas cautelares y la requerida como diligencia final, debe estarse, en principio, al informe técnico presentado por el **Ayuntamiento**, pues - siempre sin perjuicio de lo que se alegue y pruebe en el procedimiento principal - en este momento no se ha desvirtuado la superficie a derribar considerada en ese informe, que es aquella con la que se hacen los cálculos, de 15'50 m<sup>2</sup>, así como los demás datos que parece se corresponden con la realidad de la obra, la cual, aunque calificada como obra nueva, lo que cuestiona la apelante, su calificación como ampliación de volumen, de preferirlo así la apelante, en nada afectaría al cálculo del coste, por cuanto el precio por m<sup>2</sup> sería el mismo de 850 euros/m<sup>2</sup>, ya que la cubierta de la terraza que debe derribarse no es la habitual, de planchas de aluminio, sino de hormigón, como se dice en el informe al que se remite la resolución recurrida y se puede observar en el reportaje fotográfico, tratándose, por tanto, de una ampliación de obra.

Por otra parte, y siempre sin prejuzgar sobre el fondo del asunto en congruencia con las alegaciones y pruebas que presenten las partes, la resolución recurrida ordena el derribo y la restitución de la obra a su estado anterior, lo que pudiera comportar la restitución de la fachada, no advirtiéndose en los presupuestos de la parte actora algún concepto equivalente a reponer la fachada de obra, lo que lleva a este Tribunal a la convicción, a los solos efectos de resolver sobre la caución que debe constituirse para la suspensión de la resolución de derribo y restitución de la obra, de que ese coste pudiera alcanzar la cuantía señalada en el informe técnico del **Ayuntamiento**, al que, por ello, deberá ajustarse la fianza o aval en garantía de su cumplimiento, para el caso de desestimación del recurso principal.

En el referido escrito sobre el alcance de las diligencias finales, la apelante también hace referencia a la desproporción del derribo, gastos que deben tomarse en consideración para la determinación de la caución, determinación de las obras a derribar, y procedencia y prescripción de la acción de restauración de la realidad física alterada por esas obras sin licencia e ilegalizables.

Se trata de cuestiones de fondo que deberán ser resueltas en la sentencia que ponga fin al recurso principal, y que, además, no se plantearon en la apelación, limitada a la cuantía de la caución fijada en el Auto apelado, lo que impide su resolución en la apelación, ni siquiera a los efectos de moderar la cuantía de la caución, como pudiera ser su finalidad última, ya que - siempre sin perjuicio de la sentencia que se dicte en el recurso principal - no hay evidencia manifiesta de prescripción de la acción, y las obras aparecen determinadas en el informe previo a la resolución recurrida, que contrasta las obras realizadas con las de la licencia de construcción del edificio, faltando también esa evidencia en cuanto a la desproporción de la orden de derribo, pues se trata de obras de hormigón de cierre de una terraza de un edificio en situación disconforme con el planeamiento, según el mismo informe, en términos no contradichos por la apelante; cuya alegación en relación a los gastos a considerar tampoco puede prosperar, pues el coste a garantizar para la suspensión debe comprender todos los que se deriven del derribo, incluidos aquellos que se devenguen en el momento de ejecución de las obras, ya que la caución debe asegurar el cobro de todos ellos.

En consecuencia, procede dictar sentencia estimando en parte el recurso de apelación, y revocando el Auto apelado únicamente por lo que hace a la cuantía de la caución, fijándola en 28.962 euros.

**TERCERO.-** A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no procede la condena al pago de las costas procesales causadas.

## 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) ESTIMAR EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto a nombre de Dña. Petra, contra la Sentencia arriba indicada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de **Barcelona**, dictada en autos número



365/2017, y **REVOCAR EN PARTE** el expresado Auto, única y exclusivamente por lo que hace a la **cuantía de la caución** que debe prestar la apelante para la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución recurrida, **fijándola en 28.962 euros**, manteniendo los demás pronunciamientos del Auto apelado.

2º) Sin condena al pago de las costas de apelación.

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 Iltma. Sra. Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.