



Roj: **STSJ CAT 10615/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:10615**

Id Cendoj: **08019330032018100962**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **136/2017**

Nº de Resolución: **1060/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MANUEL TABOAS BENTANACHS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN TERCERA

RECURSO DE APELACION Nº: 136/2017

APELANTE: AJUNTAMENT DE **BARCELONA**

C/ COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN **BARCELONA**, CALLE000 , NUMERO NUM000 - NUM001

#### **S E N T E N C I A Nº 1060**

Ilustrísimos Señores:

**Presidente**

**D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS.**

**Magistrados**

**Dña. ISABEL HERNÁNDEZ PASCUAL.**

**D. HÉCTOR GARCÍA MORAGO.**

**BARCELONA**, a once 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 recurso de apelación nº 136/2017, seguido a instancia del AJUNTAMENT DE **BARCELONA**, representado por el Procurador Don JESUS SANZ LOPEZ, contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN **BARCELONA**, CALLE000 , NUMERO NUM000 - NUM001 , representada por la Procuradora Doña BEATRIZ DE MIQUEL BALMES, sobre Urbanismo.

En la tramitación del presente rollo de apelación ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don **MANUEL TÁBOAS BENTANACHS** .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

1º.- Ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de **Barcelona** nº 14 y en los autos 422/2014, se dictó Sentencia nº 15, de 31 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva en la parte menester estableció "Que debo estimar y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. EULOGIO GALLEGRO DEL ÁGUILA, en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE000 NUM000 - NUM001 DE **BARCELONA**, frente a la Resolución dictada por el Teniente de Alcalde del **Ayuntamiento de Barcelona** en fecha 23 de julio de 2014 en el expediente número AUT-02-2011-01027/OOC69524109, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la



actora frente a la Resolución de fecha 20 de enero de 2014; y en consecuencia se anula la meritada actuación administrativa. Se condena al **AYUNTAMIENTO DE BARCELONA** al pago de las costas denegadas en este proceso, limitando su cuantía, por todos los conceptos a 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, que ha tenido lugar el día 10 de diciembre de 2018, a la hora prevista.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO** .- El 23 de julio de 2014 el tinent d'alcalde del **Ayuntamiento de Barcelona** dictó resolución por virtud de la que, en esencia, se resolvió "DESESTIMAR el recurs d'alçada presentat per CP CALLE000 NUM000 \* NUM001 ; CONFIRMAR la resolució impugnada. S'ha de DENEGAR la sol·licitud de suspensió de l'execució de l'acte".

Formulado recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de **Barcelona** nº 14 y en los autos 422/2014 , se dictó Sentencia nº 15, de 31 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva en la parte menester estableció "Que debo estimar y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. EULOGIO GALLEGO DEL ÁGUILA, en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE000 NUM000 - NUM001 DE **BARCELONA**, frente a la Resolución dictada por el Teniente de Alcalde del **Ayuntamiento de Barcelona** en fecha 23 de julio de 2014 en el expediente número AUT-02-2011- 01027/OOC69524109, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la actora frente a la Resolución de fecha 20 de enero de 2014; y en consecuencia se anula la meritada actuación administrativa. Se condena al **AYUNTAMIENTO DE BARCELONA** al pago de las costas denegadas en este proceso, limitando su cuantía, por todos los conceptos a 1.000 euros".

**SEGUNDO** .- La parte apelante formula sus motivos de apelación que en esencia se dirigen a sostener que a pesar de no existir acuerdo de incoación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística debe entenderse iniciado en la fecha de la primera actuación municipal acaecida a 3 de diciembre de 2013, no pudiendo serlo la fecha de la denuncia al hallarnos ante un procedimiento de oficio.

Por la parte apelada se está de acuerdo con lo resuelto por el Juzgado "a quo" ya que la anulación procede por no haberse dictado acuerdo de incoación del procedimiento y cuando la numeración del expediente es incluso anterior -del año 2011-. Pero en todo caso se insiste en que se resuelvan los temas planteados en primera instancia consistentes en no posibilitarse procedimiento de legalización, caducidad de la acción de protección de la legalidad urbanística cuando las instalaciones ya constaban a las alturas de mayo de 2008 y la primera notificación se operó a 30 de diciembre de 2013, que no consta de forma clara el objeto, conductos, aparatos y cerramientos del caso, por falta del trámite de audiencia de 15 días de los artículos 268 y 264 a 267 del Decreto 305/2006, de 18 de julio , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, cuando el concedido fue de 10 días del artículo 84.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y que la fachada no incumple la Ordenanza de usos del paisaje urbano de la ciudad de **Barcelona** sobre todo teniendo en cuenta su Disposición Transitoria Tercera.

**TERCERO** .- Examinando detenidamente las alegaciones contradictorias formuladas por las partes contendientes en el presente recurso de apelación, a la luz de la prueba con que se cuenta -con especial mención de las obrantes en los correspondientes ramos de prueba del proceso seguido en primera instancia-, debe señalarse que la decisión del presente caso deriva de lo siguiente:

1.- La razón de decidir de la Sentencia apelada radica esencialmente en que no se ha adoptado acuerdo de iniciación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística lo que , según su parecer, dificulta la tarea de determinar si el expediente debe entenderse o no caducado -a la luz del artículo 202 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña-, y ello no puede favorecer al **ayuntamiento** ni perjudicar a la parte actora además de hacer constar que el número de expediente hace referencia al año 2011.

Debe señalarse que hallándonos ante un procedimiento de oficio, en modo alguno de iniciativa particular, la tesis de la Sentencia apelada no puede acogerse cuando este tribunal ya ha establecido reiteradamente lo siguiente:

"Por lo que hace referencia al "dies a quo" del inicio del procedimiento y sin que sean aplicables supuestos especiales o singulares, legal o reglamentariamente establecidos, deberá sostenerse obviamente que a efectos del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento debe tomarse como día inicial el día en que fue efectivamente incoado pero si no concurre esa incoación deberá estarse a la fecha en que razonablemente



debió haberse incoado ya que desde luego no se va a aceptar que ante el desinterés de la administración se deberán aceptar incoaciones tardías o no incoaciones en perjuicio de la caducidad a que se puede tener perfecto derecho.

Y claro está, ello determina una profunda casuística y variadas prácticas que a no dudarlo exigen una profundización en los hechos que consten ya que:

-Ya de entrada procede advertir que una denuncia o una inspección en su caso rutinaria no puede considerarse sin más como incoación del procedimiento ya que se sitúa "ex ante" el mismo, como en el caso de las actuaciones previas.

-Ahora bien, tampoco debe de gozar de predicamento que pudiera estimarse como fecha de incoación la del día siguiente a esa denuncia o inspección ya que no existe cobertura jurídica para tal conclusión.

-Es así que si el caso muestra que efectivamente a partir de denuncia o inspección se ha actuado interna o externamente por la Administración con claras actuaciones procedimentales que exigían con anterioridad la incoación regular del procedimiento debe resultar innegable a la fecha de las primeras que no se puede demorar la calificación de que el expediente administrativo debe entenderse por iniciado a los efectos de caducidad y en beneficio del que la alegue".

Por todas y entre las más recientes, procede la cita de nuestras Sentencias nº 287, de 9 de abril de 2018 y nº 669, de 11 de julio de 2018, cuya doctrina ahora se reitera.

Siendo ello así y en el presente caso solo constando una denuncia presentada a 27 de abril de 2011 y que con posterioridad se practicó inspección a 3 de diciembre de 2013 -con informe de ello a 10 de diciembre de 2013- procede estar a la fecha de 3 de diciembre de 2013 ya que esa actuación debió ser subsiguiente a la incoación que debió acordarse y que por desidia e indolencia no se acordó por la Administración. Y sin que ello pueda quedar perturbado simplemente por una numeración de año recayente a 2011 correlativa a la denuncia presentada si mayores aditamentos en que fundar una actuación interna o externa en línea relevante con la potestad de que se trata.

2.- Como que la Sentencia apelada ha escogido únicamente la problemática y la argumentación de la falta de acuerdo de incoación, sin pronunciarse sobre las demás alegaciones en liza y especialmente las de la parte demandada, y estimando que esa parte demandada no tiene la carga de recurrir por ser el pronunciamiento judicial al que se ha llegado sobradamente favorable a sus intereses y derechos, procede estar a la Doctrina del Tribunal Constitucional manifestada en sus Sentencias 103/2005, de 9 de mayo, 67/2009, de 9 de marzo, y 11/2014, de 27 de enero, aplicables a no dudarlo tanto a las partes recurrentes o recurridas en apelación, en cuanto disponen, en lo que ahora interesa, y tomando la última citada, lo siguiente:

"Las SSTC 103/2005, de 9 de mayo y 67/2009, de 9 de marzo, en unos asuntos sustancialmente idénticos al que ahora se enjuicia, declaran que no es razonable y que es, por tanto, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exigir al demandante que ha obtenido una Sentencia favorable en primera instancia en el orden contencioso-administrativo que -como requisito para que puedan ser objeto de pronunciamiento en la apelación aquellos motivos que, habiendo sido correctamente planteados en la primera instancia, quedaron sin analizar por haberse estimado la demanda en virtud de un motivo distinto- interponga recurso de apelación o se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la parte contraria.

En la citada STC 103/2005 se declara que "de acuerdo con lo literalmente establecido en el art. 85.4 LJCA, para poder adherirse a la apelación la parte apelada habrá de razonar los puntos en que crea que le es perjudicial la Sentencia; circunstancia que no concurre en este caso, pues la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no le causaba perjuicio al haber sido estimatoria de su recurso contencioso-administrativo" (FJ 4). Se añade que la falta de adhesión a la apelación no puede justificar la ausencia de una respuesta a las cuestiones planteadas, pues "a tenor de lo dispuesto en el art. 85.4 LJCA, la adhesión a la apelación solo procede en los casos en los que la Sentencia apelada resulta perjudicial al apelado, y en el presente caso la referida Sentencia es estimatoria de su recurso, sin que pueda considerarse 'un perjuicio- el haber dejado imprejuizada alguna de sus alegaciones por haber apreciado la invalidez del acto por otro de los motivos alegados, ya que la Sentencia le resulta favorable, y su falta de adhesión a la apelación no puede interpretarse, en ningún caso, como renuncia a seguir sosteniendo la existencia de la prescripción de la deuda" (FJ 4").

Procede, por tanto y como se irá viendo, resolver el caso en atención a todas las argumentaciones, motivos y pretensiones de las partes -procesales y de fondo, en caso de desestimación de las procesales- y en el presente caso en la amplia perspectiva que resulta del escrito de oposición al recurso de apelación.



3.- Debe destacarse la imprecisión técnica que se vierte en sostener una suerte de caducidad de la acción de protección de la legalidad urbanística cuando el instituto a tener en cuenta es el de la prescripción y ya que se atiende una prueba por impresión fotográfica de mayo de 2008, habida cuenta que la prueba testifical practicada en segunda instancia ha sido inespecífica en relación a los elementos de autos y acentuadamente carente de fuerza de convicción en las fechas que se han deslizado en la misma, deberá estarse para esos hechos a ubicar todo lo mas a 2008, a lo dispuesto en el artículo 199 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio , por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo, que la fija en 6 años.

Siendo ello así bien se puede comprender que desde esa fecha de 2008 a la primera notificación aceptada a 30 de diciembre de 2013, no se ha agotado el plazo prescriptivo de 6 años.

En todo caso, si se trataba de hacer referencia a la caducidad semestral procedimental de un procedimiento que por su fecha de inicio -3 de diciembre de 2013- resultaba aplicable el artículo 202 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto , que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, deberá notarse que inclusive las fechas en sede de recurso de alzada no permiten estimar agotado ese plazo.

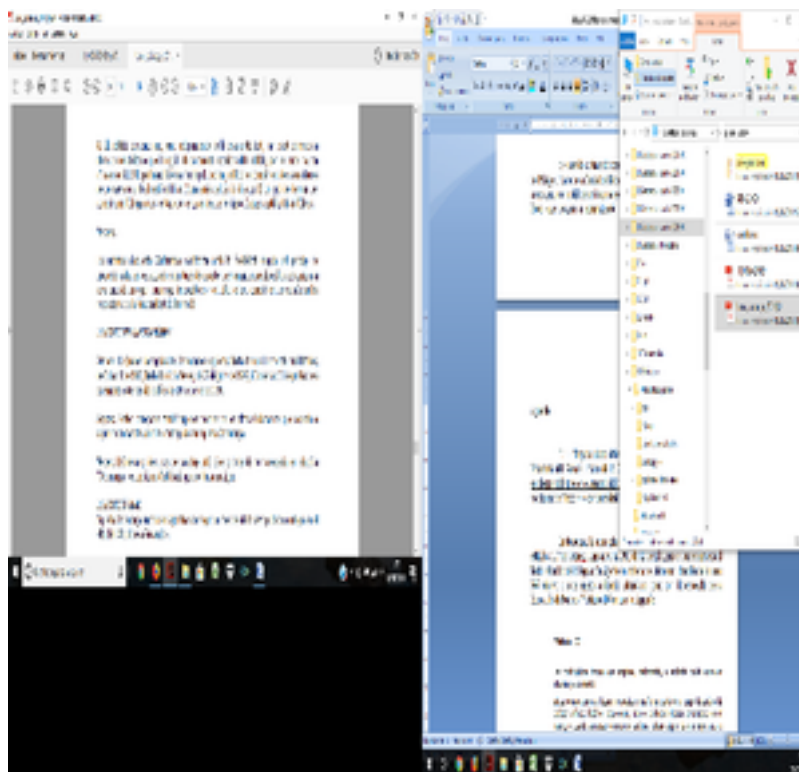
4.- Se trata de discutir el plazo de audiencia de 10 a 15 días. Plazo de 10 días ofrecido solo a la luz del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , cuando el establecido reglamentariamente es el de 15 días del artículo 268.2 del Decreto 305/2006, de 18 de julio , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, lo que vuelve a poner de manifiesto una dejadez de la administración que se comenta por sí misma.

Ahora bien, a pesar de ello este tribunal no estima que se haya podido perjudicar o producir indefensión material y real a la parte privada ya que no se utilizó ese trámite y la merma de ese plazo no se ilustra por la parte en qué razones concretar le podía perjudicar. En todo caso llegados a la vía jurisdiccional, no cabe duda que la parte ha tenido cumplidos plazos para sostener lo que a su derecho conviniera con la resultancia que va señalando.

5.- Los elementos objetivos del caso se han reflejado en el procedimiento, también en las resoluciones impugnadas de forma suficiente para un saludable entendedor, así para aparatos de aire acondicionado adosados a las fachadas y los cierres de terrazas con la relación fotográfica no solo de la denuncia sino de la inspección practicada. Por consiguiente a ello debe estarse sin que la alegación forzada y en esencia dirigida a indeterminación pueda prosperar.

6.- En defecto de otras alegaciones y probanzas de contrario este tribunal debe decantarse por el "espectáculo" de maquinaria de aire acondicionado y cerramientos que muestra lo actuado y que permite sin dificultad alienarse con lo informado en el expediente administrativo como vulneración del artículo 40.2 y 3 para "Mantenimiento de la composición arquitectónica" de la Ordenanza del Paisaje Urbano de la Ciudad de **Barcelona** con aprobación definitiva en el Acuerdo del Consejo Plenario de 26 de marzo de 1999 y con pluralidad de modificaciones posteriores.

Y estimación que no permite ser neutralizada por la invocación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ordenanza en cuanto dispone:



Y ello es así ya que sin ninguna prueba al respecto carece de todo predicamento que pudiera ser imposible o muy difícil el cumplimiento de lo ordenado con perjuicio de la funcionalidad del inmueble.

Y todo ello con clara y hasta manifiesta evidencia con que no cabe estimar ninguna suerte de posible legalización como la pretendida.

Por todo ello, procede estimar el presente recurso de apelación en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva, extensivo al pronunciamiento de costas ya que por la dejadez del **ayuntamiento** demandado en la tramitación y dudas sobre el caso debe estimarse que no procede condena en costas a ninguna de las partes.

**CUARTO** .- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 y atendida la estimación acaecida, sin que se aprecien méritos en contrario, no procede condenar en costas a ninguna de las partes.

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS** el presente recurso de apelación interpuesto a nombre del **AJUNTAMENT DE BARCELONA** contra la Sentencia nº 15, de 31 de enero de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de **Barcelona** nº 14, recaída en los autos 422/2014, cuya parte dispositiva en la parte menester estableció "Que debo estimar y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. EULOGIO GALLEGO DEL ÁGUILA, en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO SITO EN LA CALLE000 NUM000 - NUM001 DE **BARCELONA**, frente a la Resolución dictada por el Teniente de Alcalde del **Ayuntamiento de Barcelona** en fecha 23 de julio de 2014 en el expediente número AUT-02-2011-01027/OOC69524109, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la actora frente a la Resolución de fecha 20 de enero de 2014; y en consecuencia se anula la meritada actuación administrativa. Se condena al **AYUNTAMIENTO DE BARCELONA** al pago de las costas denegadas en este proceso, limitando su cuantía, por todos los conceptos a 1.000 euros", **QUE SE REVOCA Y SE DEJA SIN EFECTO Y EN SU LUGAR SE ACUERDA DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FORMULADO** .

No se condena en las costas de primera instancia ni del presente recurso de apelación a ninguna de las partes.

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 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 irá dirigido 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).

**Remítanse al Juzgado de procedencia las actuaciones recibidas con certificación de la presente sentencia y atento oficio para que se notifique la presente Sentencia a la parte apelante y apelada -diligencias de notificación que deberán ser comunicadas a esta Sección y Rollo, a la mayor brevedad- y para que se lleve a efecto lo resuelto.**

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