



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

T.S.J. CASTILLA-LEON SALA CON/AD
BURGOS

SENTENCIA: 00120/2015

Notificado: 15/06/2015
Cesar Gutierrez Moliner

***SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS***

SECCION 1ª

Presidente/a Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 120/15

Rollo de APELACIÓN N°: 60/2015

Fecha : 05/06/2015

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria en el procedimiento ordinario núm. 99/2014

Ponente D. José Matías Alonso Millán

Secretario de Sala: Sr. Ruiz Huidobro

Escrito por: FVV

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

Dª. M. Begoña González García

En la ciudad de Burgos, a cinco de junio de dos mil quince.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. **60/2015**, interpuesto por don

, representado por la procuradora doña Monserrat Jiménez Sanz y defendido por el letrado Sr. González Escobar, contra la sentencia 42/2015, de 4 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria en el procedimiento ordinario núm. 99/2014, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento de Soria, de fecha 4 de febrero de 2014, por la que se requiere a don , para que, en un plazo máximo de tres meses, proceda a retirar el cerramiento del ático reponiendo los bienes afectados a su estado anterior.

Ha sido parte apelada el Excelentísimo Ayuntamiento de Soria, representado por el procurador don César Gutiérrez Moliner y defendido por la letrada de los Servicios Jurídicos Municipales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria en el procedimiento ordinario núm. 99/2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

“Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Jiménez contra Resolución de 4 de febrero de 2014 dictada en el expediente de restauración de legalidad 3/2013 por la que se requiere a , a que retire un cerramiento de la vivienda de su propiedad sita en la calle Elio Antonio de Nebrija de Soria”.

SEGUNDO.- Que contra dicha sentencia se interpuso por la demandante recurso de apelación, que fue admitido a trámite, solicitando se dicte sentencia por la que se estime el recurso planteado, se revoque la sentencia dictada en la instancia, estimando la demanda rectora de los autos, y se declare la nulidad de las resoluciones origen de la litis por no son las mismas conforme a derecho, todo ello con lo demás que sea procedente.

TERCERO.- De mencionado recurso se dio traslado a la Administración, hoy apelada, quien presentó escrito solicitando se dicte sentencia desestimando el recurso de apelación, con expresa condena en costas.

CUARTO.- Recibido el recurso, se ha señalado para la votación y fallo el día 4 de junio de 2015, lo que así se efectuó. En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la apelante se apeló la sentencia porque entiende que es contraria al ordenamiento jurídico en base a las siguientes alegaciones:

1.-La sentencia objeto de recurso incurre en incongruencia omisiva. Si se observa el escrito de demanda, el hilo argumental se sustenta en que el Ayuntamiento proclama que la vivienda que se ubica en la planta "de ático" y por ello le es de aplicación lo prevenido en el artículo 2.6.29 del Plan General de Ordenación Urbana de Soria, y por ello las obras de cerramiento de una terraza, acometidas por el mismo, son ilegalizables. Sorpresivamente, el Ayuntamiento, cuando ya se había interpuesto escrito de demanda, de esta resolución, con fecha 25 de julio de 2014, la cual no es notificada hasta el 31 de julio del mismo año, por la que se establece que se admite parcialmente el recurso, reconociéndose expresamente que la vivienda no es un ático, sino la planta sexta del edificio, y que ya no le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.6.29, sino en el artículo 2.6.34. No estante lo anterior, la sentencia no entra a resolver, ni resuelve razonadamente en parte alguna de la misma, esa capital cuestión oportunamente planteada en el escrito de demanda. Ante la sorpresiva actuación del Ayuntamiento, se articuló ampliación de la demanda que fue denegada por el Juzgado, por lo que no se pudo practicar mecanismo de prueba alguno tendente a acreditar la posible legalización del cerramiento acometido en la vivienda, no pudiendo tampoco alegarse desviación de poder por parte de la demandada.

2.-Se produce desviación de poder en la que ha incurrido el Ayuntamiento. El Ayuntamiento de esta resolución de 1 de febrero de 2013 que

da origen al expediente sancionador 3/13, por el que se imputa a don J. el cerramiento de un ático. El sustento de ese expediente sancionador para la restauración de la legalidad radica en el hecho de la calificación de ÁTICO, afirmándose por el Ayuntamiento que a ese ático le era de aplicación lo prevenido en el artículo 2.6.29 del Plan General. Sin embargo, con fecha 25 de julio de 2014, y con posteridad a la interposición de la demanda rectora de estos autos, el Ayuntamiento dicta resolución, en el procedimiento sancionador 3/13, por la que se establece que la vivienda propiedad del actor no es un ático, sino una planta sexta y que la norma que debe aplicarse ya no es el artículo 2.6.29 del Plan General, sino el artículo 2.6.34. En materia de expedientes administrativos no es dable otorgar un apoderamiento a la Administración para la aplicación arbitraria de sus facultades sancionadoras, y por tanto hay que atenerse a las exigencias impuestas por los principios de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e imputabilidad, con la consecuencia inevitable de ser exigible una prueba acabada de culpabilidad, lo que excluye la prueba por indicios y meras valoraciones en conciencia, de tal forma que la presunción de inocencia ha de primar en todas aquellas situaciones. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo impide la posibilidad de que en la resolución que da inicio a un expediente administrativo se produzca la alteración de los hechos imputados cuando los mismos se hayan comunicado al administrado a través de la resolución que da origen al expediente. Debe regir el principio de congruencia y la posibilidad de subsanación de los defectos de que adolezca. En el presente supuesto no se produce la situación que permite la rectificación conforme al artículo 105.2 de la Ley 30/92, porque no existe una subsanación de error, sino una clara vulneración del principio de congruencia y de subsanación de un defecto en subsanable. El Ayuntamiento lo que ha llevado a cabo es una auténtica revisión en fraude de ley, que es constitutivo de desviación de poder. Esta notificación se produce una vez interpuesta la demanda rectora de los presentes autos.

3.-La desviación de poder no puede alegarse en el escrito de demanda por razones obvias, pero ello no empece para que esta desviación de poder deba ser reconocida de oficio. A esta parte se le ha situado en indefensión, con clara contravención del artículo 24 de la Constitución, al denegarse la ampliación de demanda para poder combatir esa desviación de poder, por lo

que ha sido imposible articular mecanismo de defensa alguno ante la palmaria "fraus legis" en que ha incurrido el Ayuntamiento.

4.- La aseveración que realiza el Policía Municipal no ha sido advenida por ningún mecanismo probatorio de cargo, porque ningún técnico municipal, o funcionario adscrito al propio Ayuntamiento, ha girado visita de inspección a la vivienda para determinar si ese cerramiento es contrario o no al artículo 2.6.34 del Plan General.

Por su parte, la apelada formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1.-La sentencia analiza los preceptos de aplicación y concluye la legalidad del acuerdo municipal, al considerar que la obra no es en modo alguno legalizable y por tanto debe procederse a la retirada de lo ilegalmente construido. La sentencia ha mencionado explícitamente la norma de aplicación.

2.-Plantea el apelante que se ha generado indefensión al no haber sido admitida su petición de ampliación de demanda. Esta ampliación fue desestimada, siendo firme el auto de 23 de septiembre de 2014. Lo que hay que analizar es la normativa aplicable puesta en relación con los argumentos expuestos en la demanda y la contestación, que son los momentos procesales en los que las partes han de fijar tanto los hechos como los argumentos jurídicos en los que apoyen sus pretensiones. La sentencia valora las cuestiones planteadas como nuevas en el escrito de conclusiones, pero no las tiene en cuenta por no ser éste el momento procesal oportuno.

3.-No es cierto que el acuerdo de la denegación de licencia no indicase la circunstancia de estar en presencia de una terraza en lugar de un ático, pues tal circunstancia ya fue advertida en el propio acuerdo de denegación de licencia, tal y como esta parte ha repetido hasta la saciedad. Respecto del informe pericial al que se refiere, tan sólo informar a la Sala que el mismo ya ha sido evacuado con resultado desfavorable, si bien el precitado informe pericial forma parte del procedimiento que se sigue en el Juzgado por la sanción impuesta.

4.-No ha habido giro alguno de esta Administración, sino estimación de una alegación, que bien pudo presentarse en el expediente de legalización, que determina que la vivienda no es ático sino terraza; calificación conocida por el

recurrente, pues así se contiene en el acuerdo de denegación de licencia que no fue recurrido.

5.-Las continuas referencias a la alteración de la calificación deben tenerse por no puestas, ya que tales referencias lo deben ser al expediente sancionador, no al de restauración de legalidad y la orden de demolición posterior.

6.-A la vista del escrito de apelación, lo que pretende es que sea la Sala la que resuelva aquellas cuestiones que por no haber sido planteadas en tiempo y forma han sido desestimadas por la sentencia, pretendiendo que se resuelva con ocasión de un recurso de apelación, que no tiene esa función sino la del análisis de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.-Como primera aproximación para comprender exactamente el alcance que puede dar la sentencia de instancia, como así también la sentencia de esta Sala, es precisar el acuerdo que ha sido objeto de recurso. Este acuerdo no es el que impone sanción alguna al aquí recurrente-apelante, no es el que resuelve el expediente sancionador 3/2013, sino que es la resolución que acuerda requerir a () para que, en un plazo máximo de tres meses, proceda a retirar el cerramiento del ático reponiendo los bienes afectados a su estado anterior. Esta resolución fue dictada en el expediente de restauración de legalidad 3/13. Por tanto, es lógica la resolución dictada por el Juzgado de no admitir la ampliación de demanda planteada por la actora, pues se refiere a un acuerdo dictado en el expediente sancionador. Puede que haya dado lugar a error el hecho de que se haya establecido la misma numeración para un expediente que para otro, pero no es posible confundir el expediente sancionador con el expediente de restauración de la legalidad, ya que son expedientes distintos, con fines distintos. Se debe tener en cuenta que la parte no ha solicitado en ningún momento la ampliación del recurso a la resolución que ha puesto fin al expediente administrativo, como permite el artículo 36.1 de la Ley 30/92, sino que únicamente ha solicitado ampliación de demanda, manteniendo el suplico del escrito de demanda original; todo ello, sin perjuicio de que se pudiera o no se pudiera haber denegado la ampliación del recurso a la resolución administrativa dictada en el expediente sancionador.

TERCERO.-En cuanto a la omisión planteada en el escrito de apelación, al alegar incongruencia omisiva de la sentencia, procede indicar que el hecho de que la demanda se haya basado prácticamente en su integridad en que no es la vivienda del aquí apelante un ático, no implica que la sentencia no haya dado adecuada respuesta a lo planteado en la demanda, refiriéndose en su fundamento de derecho tercero precisamente a esta cuestión, indicando que aún cuando "no estamos ante un ático, el cerramiento no puede ser legalizado por las razones" que indica en el propio fundamento. Indudablemente, quien podría haber alegado esta incongruencia omisiva es precisamente la parte demandada, el Ayuntamiento, que sin duda no lo alega por cuanto que se desestima el recurso, pero lo que se observa en la sentencia es que en ningún momento resuelve la alegación formulada por el Ayuntamiento de que la denegación de la licencia urbanística para la legalización de las obras ejecutadas sin licencia alguna ha sido consentida y firme.

Precisada esta cuestión de que la denegación de la licencia urbanística ha sido consentida y firme, lo cual se aprecia con precisión por cuanto que se denegó la licencia solicitada con fecha 21 de mayo de 2013 por resolución del día 14 de junio de 2013 (folio 26 del expediente número 24/13) y que se notificó con fecha 18 de junio de 2013, no es preciso discutir si se trata o no se trata de un ático, sino que realmente no existe licencia. No se puede olvidar que con fecha 28 de febrero de 2013 se requirió a () para que procediera a solicitar la correspondiente licencia urbanística, y cumpliendo este requisito lo que realizó es remitir copia de la solicitud de licencia urbanística y de obras presentada el 21 de mayo de 2013 (folio 12 de este expediente administrativo 3/2013). Por tal motivo, con fecha 14 de junio de 2013 se dictó resolución denegando la licencia de obras para la legalización urbanística de reforma y ampliación de vivienda (folio 14 de este expediente administrativo). Por tanto, es indiferente que se considere ático o que no se considere ático, por cuanto que se denegó la licencia y existen unas obras ejecutadas y realizadas sin licencia urbanística alguna y sin que haya sido posible su legalización por cuanto que el aquí actor-apelante no ha presentado una licencia de obras que permita una legalización de la obra ejecutada, totalmente o en parte, conforme a la normativa urbanística vigente en el Ayuntamiento, en atención al artículo 2.6.34 del P.G.O.U.. La sentencia lo que realiza es un estudio por el que procede denegar la licencia, cuando realmente no era preciso realizar este

estudio, bastando con que hubiese fundamentado el fallo de la misma en el hecho de que no existe licencia que ampare las obras.

No obstante, procede indicar que la sentencia sí que manifiesta el error del Ayuntamiento en la resolución aquí impugnada, al considerar sólo que se vino a denegar la licencia por estar prohibido por el artículo 2.6.29 del Plan General de Ordenación Urbana; pero no es exactamente que el Ayuntamiento denegase la licencia por estar prohibido por el artículo 2.6.29, por cuanto que si leemos la resolución por la que se deniega la licencia, también se expresa en ella que "aún en el caso de que se tratase de un cerramiento de terraza (se recuerda que el presente caso entra en el concepto de ático) incumplía las determinaciones establecidas en el artículo 2.6.34". Por tanto, no existe ninguna incongruencia omisiva en la sentencia. Resuelta la cuestión de la incongruencia, tampoco se aprecia que exista ninguna desviación de poder en la actuación administrativa en este expediente de restauración de la legalidad urbanística 3/13; sin perjuicio de que pueda o no pueda existir desviación de poder en la actuación administrativa en el expediente sancionador que con el mismo número se tramitó, que no puede ser resuelto por la Sala, como tampoco pudo ser resuelto por la sentencia apelada, por cuanto que no ha sido objeto de recurso ninguna resolución dictada en dicho expediente sancionador, sino que sólo fue objeto de recurso la resolución de fecha 4 de febrero de 2014 dictada en el expediente de restauración de la legalidad 3/13.

Con lo dicho, ya es suficiente para desestimar absolutamente todo lo alegado en el escrito de apelación respecto de esta desviación de poder: no puede resolverse en este pleito si en el expediente sancionador se vulneró el principio de tipicidad al indicar la infracción cometida, si se vulneró el principio de antijuricidad, el de culpabilidad o el de imputabilidad, por cambiarse la expresión de ático por la de vivienda, alterarse el hecho, o por alterarse la norma del Plan General que se considera vulnerado (artículo 2.6.29 por artículo 2.6.34), o por considerar que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia. Tampoco puede ser objeto de este pleito la determinación de si se trata de una situación de imposibilidad de subsanación de los defectos de que adolece la determinación de los hechos y la determinación del precepto vulnerando de la normativa urbanística del Ayuntamiento, pues todo ello no concurre en ningún caso en el expediente de restauración de la legalidad, sino, en su caso, en el sancionador, que no es objeto de este pleito.

Lo único que podría haber acreditado el aquí recurrente-apelante en el juicio es que al momento de dictarse la resolución aquí apelada se había obtenido la correspondiente licencia urbanística o se había procedido a la retirada de las obras ilegalmente edificadas (sin licencia) o habían transcurrido los plazos que se recoge en en el artículo 121, al que se remite el número 2 del artículo 114, ambos de la Ley de Urbanismo; todo ello sin perjuicio de que pueda solicitar licencia dentro de los parámetros del artículo 2.6.34 del P.G.O.U. y de los correspondientes aplicables.

Por lo dicho, procede desestimar este recurso de apelación.

ÚLTIMO.- Al desestimarse este recurso de apelación, procede la imposición de costas, como recoge la actual redacción del artículo 139 de la Ley 29/98, a la parte apelante.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

FALLO

Que se desestima el recurso de apelación registrado con el número núm. **60/2015**, interpuesto por don , representado por la procuradora doña Monserrat Jiménez Sanz y defendido por el letrado Sr. González Escobar, contra la sentencia 42/2015, de 4 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria en el procedimiento ordinario núm. 99/2014, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento de Soria, de fecha 4 de febrero de 2014, por la que se requiere a don .! para que, en un plazo máximo de tres meses, proceda a retirar el cerramiento del ático reponiendo los bienes afectados a su estado anterior; y, en virtud de esta desestimación, se confirma la sentencia apelada.

Se imponen las costas causadas en esta apelación a la parte apelante.

Dese el destino legal al depósito constituido.



Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno. Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución para ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.