SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N. Registro: 2016002865 Fecha y hora: 11/04/2018 12:36:51 Titulo: SENTENCIA.txt



En Valencia, a once de marzo de dos mil die



VISTOS los presentes autos por la Sección rumera Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Srs. D. MARIANO FERRANDO MARZAL, Presidente, D. CARLOS ALTARRIBA CANO, Da DESAMPARADOS IRUELA JIMÉNEZ, Dª ESTRELLA BLANES RODRÍGUEZ y Da BELÉN CASTELLÓ CHECA, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

SECCIÓN PRIMERA

SENTENCIA Nº: 234

En el recurso de apelación número 10/2012, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE ALFAZ DEL PI contra la sentencia nº 346/11, de 17 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Alicante en el recurso contencioso-administrativo ordinario número 267/2010 seguido ante ese Juzgado.

Ha sido parte apelada AMARCALIA S.L.; siendo Magistrada Ponente Da Desamparados Iruela Jiménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Alicante se siguió el recurso contencioso-administrativo ordinario número 267/2010, deducido por Amarcalia S.L. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alfaz del Pi de 22 de diciembre de 2009, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por aquella mercantil contra la resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Técnicos de 21 de octubre de 2009, por la que ordenó la suspensión inmediata de las obras que se ejecutaban sin licencia municipal promovidas por dicha mercantil en C/ Pau Casals nº 2-4 (Hotel Kactus Albir) de la citada localidad consistentes en acristalamiento y cerramiento de la zona de cubierta, hasta tanto se decidiese sobre su legalidad urbanística — expediente de disciplina urbanística DU-60/09—.

En el expresado recurso contencioso-administrativo se dictó en fecha 17 de junio de 2011 sentencia nº 346/11 estimándolo y anulando las resoluciones administrativas impugnadas, por no ser conforme a derecho, todo ello sin hacer expresa imposición de costas procesales.







ADMINISTRACION DE JUSTICIA **SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso por el Ayuntamiento de Alfaz del Pi, en tiempo y forma, recurso de apelación, solicitando se dictase por la Sala sentencia que lo estimase, revocase la sentencia apelada y desestimase el recurso contencioso-administrativo, confirmando los actos administrativos recurridos.

TERCERO.-Admitido a trámite por el Juzgado el recurso de apelación, se dio traslado del mismo a la mercantil apelada, que formuló oposición, solicitando el dictado por la Sala de sentencia que desestimase tal recurso en todas sus partes y confirmase íntegramente la sentencia apelada, por ser conforme a derecho, con expresa imposición de costas al apelante.

CUARTO.-Elevados los autos a este Tribunal, y una vez recibidos, se formó el presente rollo de apelación, señalándose la deliberación, votación y fallo del asuntopara el día veintitrés de febrero de dos mil dieciséis.

QUINTO.-Se han cumplido en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Alfaz del Pi de 21 de octubre de 2009, dictada en el expediente de disciplina urbanística DU-60/09, ordenó la suspensión inmediata de las obras que se ejecutaban sin licencia municipal y sin ajustarse al PGOU de municipio promovidas por Amarcalia S.L. en C/Pau Casals nº 2-4 (Hotel Kactus Albir) hasta tanto se decidiese sobre su legalidad urbanística, obras consistentes en acristalamiento y cerramiento de la zona de cubierta, así como requerir a la promotora de las mismas para que solicitase en el plazo de dos meses la oportuna licencia municipal. Dicha resolución se basó en el acta delInspector Municipal de Obras y Servicios Técnicos de 16 de octubre de 2009.

El posterior acuerdo de laJunta de Gobierno Local de 22 de diciembre de 2009 desestimó el recurso de reposición interpuesto por Amarcalia S.L. contra la precitada resolución de 21 de octubre de 2009, a la vista del informe jurídico del Área de Urbanismo de 17 de diciembre de 2009.

SEGUNDO.-Lasentencia apelada estimó el recurso contencioso-administrativo deducido por Amarcalia S.L. contra las mencionadas resoluciones administrativas y las anuló, razonando el Juzgador de instancia que era preciso partir del referido informe jurídico municipalde 17 de diciembre de 2009, del que se desprendía que el acta de inspección que había motivado el inicio del expediente de disciplina urbanística DU-60/09 era consecuencia del expediente DU-77/03 relativo a las obras ilegales iniciadas por aquella mercantil en la terraza del hotel en el año 2003 y que se había visto afectado por el instituto de la caducidad.







Manifestaba asimismo el Juzgador que la lacónica identificación en el acta de inspección de 16 de octubre de 2009 de las obras imposibilitaba determinar si eran las que habían dado origen a la tramitación del aludido expediente DU-77/03, y añadía que la identificación y descripción de las obras en aquella acta era tan vaga y superficial que difícilmente podía establecerse una conexión entre las mismas y las que habían motivado el inicio de ese expediente DU-77/03, por lo que dicha acta no gozaba de presunción de certeza.

Indicaba por último la sentencia de instancia que la infracción que se le imputaba a la mercantil actora había prescrito de conformidad con el art. 224 de la LUV, como se evidenciaba: 1.- de la prueba documental aportada por esta mercantil; 2.- de la declaración de los testigos que habían depuesto en el proceso, que habían ejecutado las obras en el hotel y afirmaron que habían quedado prácticamente terminadas en el año 2003; y 3.- de las fotografías de 6 de abril de 2004 aportadas por el Ayuntamiento demandado, que contrastadas con las unidas al acta de inspección que había dado lugar al inicio del expediente concernido, y con la declaración de los testigos, permitían concluir que habían trascurrido cuatro años desde la finalización de las obras hasta el dictado de la resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Frente a los expresados razonamientos de la sentencia de instancia se alza el Ayuntamiento apelante alegando, en síntesis, lo siguiente:

- 1.- contrariamente a lo que se fundamenta en esa sentencia, el acta del inspector de obras de 16 de octubre de 2009 goza de presunción de veracidad, por cuanto su redacción y la fotografía incorporada a la misma permiten identificar perfectamente las obras a que se refiere la resolución de 21 de octubre de 2009, que consisten en el acristalamiento y cerramiento de toda la terraza del edificio, obras distintas de las que motivaron la incoación del expediente DU-77/03, que consistieron únicamente en la instalación de una estructura metálica de unos cien metros aproximadamente en la terraza.
- 2.- la sentencia incurre en error al pronunciarse sobre la fecha de terminación de las obras reflejadas en el acta de 19 de diciembre de 2003 que figuraba en el referido expediente DU-77/03, puesto que el requerimiento de legalización contenido en la resolución de 21 de octubre de 2009 no se refiere a tales obras sino a las reflejadas en el acta de 16 de octubre de 2009, por lo cual, añade el apelante, la caducidad del expediente y prescripción de la infracción urbanística que aprecia la sentencia no se ajustan a derecho.
- 3.- falta de motivación y arbitrariedad por el Juzgador en la valoración de las pruebas documentales y testificales practicadas en el proceso a instancia de la parte actora, de las que en absoluto se desprende, contrariamente a lo que sostiene la sentencia apelada, que las



obras en cuestión se encontraran prescritas cuando el Ayuntamiento dictó la resolución de 21 de octubre de 2009.

apelante y aduce, en esencia, que la sentencia apelada es conforme a

Se opone la mercantil apelada a las alegaciones y pretensiones del



ADMINISTRACION DE JUSTICIA **CUARTO.** Como punto de partida pararesolver lascuestiones planteadas por las partes ha de dilucidarse si las obras cuya suspensión acuerdan las resoluciones impugnadas por Amarcalia S.L. en el recurso contencioso-administrativo seguido ante el Juzgado son las mismas cuya ejecución paralizó el Ayuntamiento en el expediente DU-77/03 mediante

decreto de la Concejalía Delegada de Urbanismo de 22 de diciembre de 2003 basándose en el acta de inspección de 19 de diciembre de ese mes.

La sentencia apelada, aunque afirma, tal como ha sido antes apuntado, que la lacónica, vaga y superficial identificación y descripción de las obras que contiene el acta de inspección de 16 de octubre de 2009 levantada en el expediente DU-60/09 imposibilita determinar si se trata de las mismas que habían motivado con anterioridad la tramitación del aludido expediente DU-77/03 y que, por ello, no podía establecerse una conexión entre unas y otras, sin embargo después el Juzgador entiende, para considerar caducado el expediente administrativo y a efectos de entender prescrita la acción de la Administración para acordar el restablecimiento de la legalidad, que son unas mismas obras.

Lo cierto es, como pone de relieve el Ayuntamiento apelante, que las obras a que se refieren ambas actas municipales de inspección no son iguales. Así se desprende no sólo de la descripción que se efectúa en tales actas, sino además de las esclarecedoras fotografías que las acompañan, notoriamente indicativas del diferente estado que presentaban las obras en 2003 y en 2009. En el año 2003 únicamente se encontraba construido en una parte de la terraza del hotel un cerramiento metálico -en este sentido son relevantes las fotografías que figuraban como documentos no 4 y 5 del expediente DU-77/03, aportadas al proceso de instancia por el Ayuntamiento de Alfaz del Picon su escrito de contestación a la demanda, que reflejan nítidamente la estructura metálica instalada en la terraza permitiendo distinguirla de las obras de cerramiento de la piscina a que también alude el acta de 19 de diciembre de 2003—, de cien metros aproximadamente según se dice en esa acta de 2003, mientras que en 2009 se había ejecutado ya el acristalamiento y cerramiento de toda la zona cubierta de la terraza, formando un cuerpo edificatorio cerrado, con acristalamiento y perfilería metálica, como lo evidencia la fotografía unida 1 del expediente DU-60/09, y según así se manifiesta expresamente por el arquitecto municipal en el informe de 14 de enero de 2010 emitido en dicho expediente —folio 21— y se recoge en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de marzo de 2010 que puso fin a dicho expediente DU-60/09, ordenando la demolición de las obras que describe como "cuerpo edificatorio acristalado y cerrado sito en la zona de cubierta/azotea del hotel Kactus Albir". Lo expuesto indica que las obras







de 2003 se hallaban en fase inicial, mientras que las de 2009 estaban ya en apariencia finalizadas. Así se dice también por el Jefe del Área de Urbanismo de 17 de diciembre de 2009 en el informe que consta al folio 15 y siguientes del mencionado expediente DU-60/09.

En suma, las obras objeto de los expedientes DU-77/03 y DU-60/09 no eran iguales por encontrarse en diferente estado de ejecución, siendo además independientes tales expedientes y distintas sus respectivas actas de inspección levantadas por los servicios técnicos municipales.

A resultas de todo lo expresado, no existe ninguna razón para privar de valor probatorio al acta del inspector de obras de 16 de octubre de 2009 que figura en el aludido expediente DU-60/09. Y no cabe apreciar tampoco la caducidad procedimental declarada por la sentencia de instancia.

QUINTO.- Tampoco puede sostenerse, contrariamente a lo que afirma la sentencia apelada, que a la fecha del dictado de la resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Técnicos de 21 de octubre de 2009, que inició el expediente de disciplina urbanística y ordenó a Amarcalia S.L. la suspensión de las obras de acristalamiento y cerramiento de la zona cubierta de la terraza ejecutadas sin licencia, se encontrara prescrita la acción del Ayuntamiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida por la realización de las obras.

El art. 224.1 de la LUV —aplicable por razones temporales al caso enjuiciado— establecía al respecto un plazo de cuatro años desde la total terminación de las obras en cuestión (actualmente la LOTUP lo eleva a quince años), añadiendo el apartado 2 de ese mismo precepto legal que a tal efecto se presumía que unas obras realizadas sin licencia u orden de ejecución estaban totalmente terminadas cuando quedaban dispuestas para servir al fin previsto sin necesidad de ninguna otra actividad material posterior referida a la propia obra.

Pues bien, la carga de la prueba sobre la fecha de la total terminación de las obras correspondía a Amarcalia S.L., de conformidad con la reiterada doctrina jurisprudencial que pone de manifiesto que, en los expedientes de restablecimiento de la legalidad urbanística, dicha obligación pesa sobre el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad y ha creado, por tanto, la dificultad para el conocimiento del dies a quo del plazo de prescripción. En este sentido cabe añadir, en lo relativo al ámbito jurisdiccional, que el principio de la buena fe procesal —art. 11.1 de la L.O.P.J.— impide que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por tal ilegalidad. Y en el supuesto de autos aquella mercantil no presentó ninguna prueba bastante, ni en vía administrativa ni en sede jurisdiccional, acreditativa de que las obras a que se refería la resolución de 21 de octubre de 2009 estuvieran ya completamente finalizadas cuatro años antes de esta fecha. La sentencia apelada razona que la valoración de las pruebas practicadas en el proceso lleva a concluir







ADMINISTRACION DE JUSTICIA que dichas obras se terminaron prácticamente en el año 2003. La Sala no comparte esta conclusión del Juzgador, que no puede sostenerse ni a la vista de la prueba documental aportada por Amarcalia S.L. ni a resultas de las declaraciones de los testigos que depusieron a instancia de ésta, por cuanto:

- 1º.- ni la certificación emitida por el representante legal de Talleres Metalúrgicos Aragón S.L. en fecha 27 de abril de 2010 (folio 57 del expediente administrativo) ni la factura de 21 de enero de 2004 librada por esa mercantil (documento nº 8 adjuntado con la demanda) prueban nada acerca de las obras concernidas en el expediente DU-60/09, sino que tales documentos se refieren únicamente a la instalación en diciembre de 2003 de una estructura metálica en la cubierta del hotel, dato que concuerda con las obras que se describen en el acta de inspección de 19 de diciembre de 2003 levantada en el expediente DU-77/03 y las fotografías que la acompañan. El testigo D. Gaspar González Pérez, que dijo ser representante legal de aquella empresa, corroboró efectivamente en su declaración que lo que instaló en diciembre de 2003 fue la estructura metálica que se refleja en tales fotografías, aportadas por el Ayuntamiento demandado con la contestación a la demanda.
- 2º.- la certificación librada el día 29 de septiembre de 2010 por el gerente de Cristalería J.J. S.L. carece, a criterio de la Sala, de todo valor probatorio tomando en consideración que, aunque se refiere a los laminares servidos e instalados en el hotel en fecha 30 de junio de 2004, sin embargo el documento unido a esa certificación, cuando describe las características del cristal instalado, hace expresa mención a "valores de marzo de 2007". Ello priva a su vez de valor probatorio a la declaración testifical del gerente de la empresa D. Felipe Sierra Moreno.
- 3º.- la certificación de la empresa Electricidad Trigueros S.L. que figura al folio 56 del expediente no especifica a qué instalaciones realizadas en la cubierta del edificio se refiere. No obstante, el legal representante de esa empresa, D. Antonio Trigueros Soriano, declaró en calidad de testigo que se trataba de trabajos de iluminación y colocación de enchufes, y como dato relevante a los efectos que ahora interesan añadió, aunque después se desdijo, que cuando llevó a cabo dicha instalación eléctrica la terraza estaba en el estado que muestran las fotografías de 19 de diciembre de 2003 antecitadas.
- 4º.- Por último, la fotografía de 6 de abril de 2004 a que alude la sentencia de instancia, también aportada a autos por el Ayuntamiento demandado con su contestación a la demanda, refleja, contrariamente a lo que indica el Juzgador a quo, que las obras de cerramiento de la terraza no estaban concluidas en esa fecha, dato que se evidencia claramente si se compara aquella fotografía con la que figura al folio 1 del expediente DU-60/09.



No estando prescrita, en consecuencia, la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringidapor Amarcalia S.L., el



Ayuntamiento de Alfaz del Pi venía obligado a ejercitarla, siendo de recordar, en este punto, el carácter inexcusable para las administraciones públicas del ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística que se recogía en el art. 220 de la LUV —"La adopción de las medidas de restauración del orden urbanístico infringido es una competencia irrenunciable y de inexcusable ejercicio por la administración actuante"—.

Procede, de conformidad con todo lo fundamentado, estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia apelada y desestimar el recurso contencioso-administrativo de instancia.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley 29/1998, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de esta segunda instancia.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

- 1.- Estimar el recurso de apelación número 10/2012, interpuesto por el AyuntamientodeAlfazdelPicontra la sentencia nº 346/11, de 17 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Alicante en el recurso contencioso-administrativo ordinario número 267/2010 seguido ante ese Juzgado.
 - 2.- Revocar la sentencia apelada.
- 3.- Desestimar el mencionado recurso contencioso-administrativo número 267/2010, deducido por Amarcalia S.L. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alfaz del Pi de 22 de diciembre de 2009, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por aquella mercantil contra la resolución de la Concejalía Delegada de Servicios Técnicos de 21 de octubre de 2009, dictada en el expediente de disciplina urbanística DU-60/09.
- 4.- No hacer expresa imposición de costas procesales de esta segunda instancia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.







ADMINISTRACION DE JUSTICIA **PUBLICACIÓN.**-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso de apelación, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que como Secretaria de la misma, certifico.

