**JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 12 DE BARCELONA****PROCEDIMIENTO ORDINARIO 318/15 - Sección 2A****Parte actora:** G [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]**Letrado:** [REDACTED]**Parte demandada:** AYUNTAMIENTO DE SANT VICENÇ DELS HORTS**Letrado:** [REDACTED]

Objeto del juicio: resolución, de 23 de junio de 2015, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 13 de marzo de 2015, por la que se ordena al recurrente la tramitación de la correspondiente licencia de derribo de la vivienda construida en el [REDACTED] del municipio, al no ser legalizable, así como de la parte del garaje que se encuentra en zona de afectación de vial.

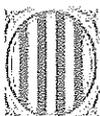
SENTENCIA N° 273/2016

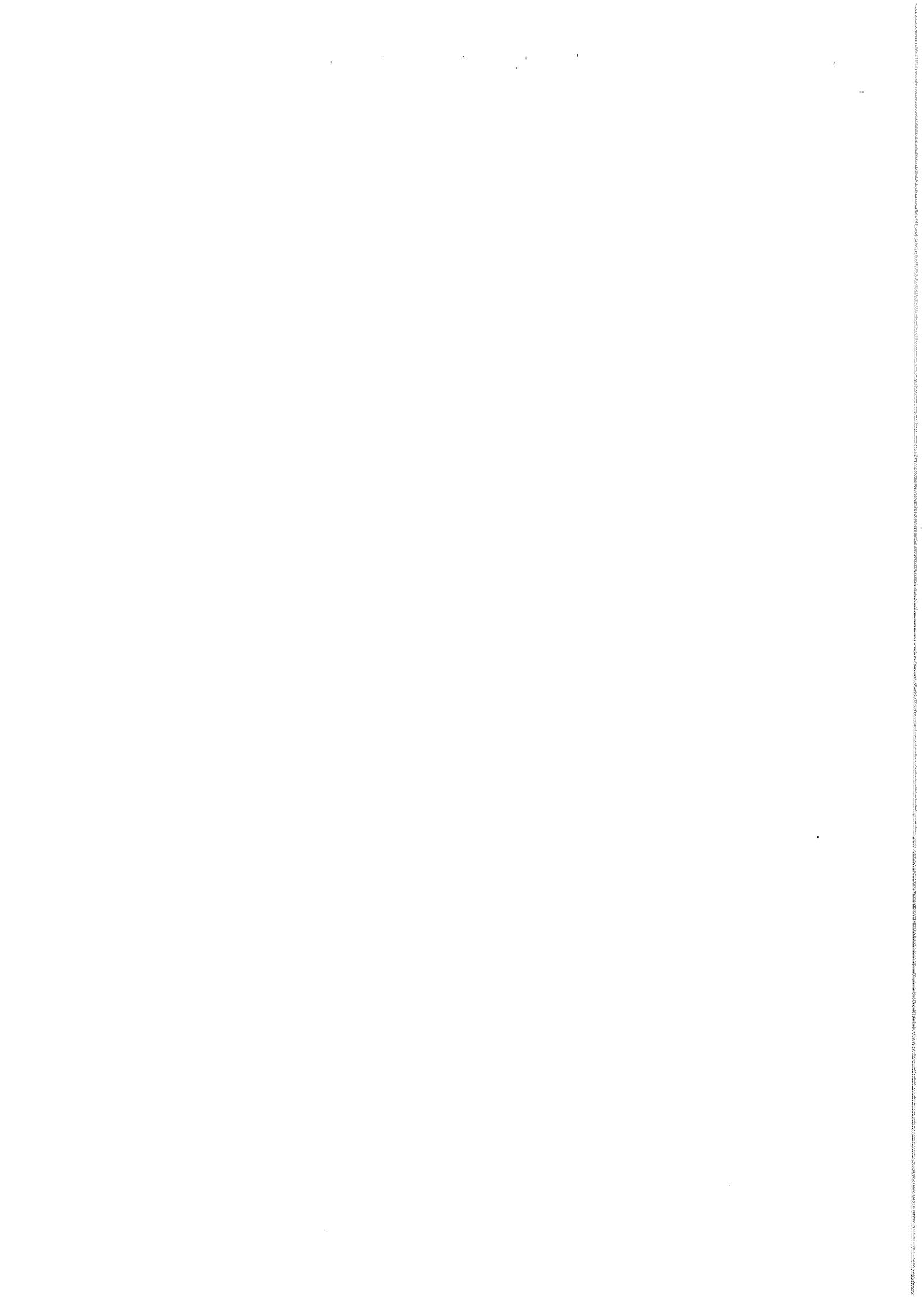
En Barcelona, a 12 de septiembre de 2016

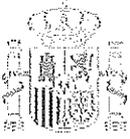
[REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución, de 23 de junio de 2015, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 13 de marzo de 2015, por la que se ordena al recurrente la tramitación de la correspondiente licencia de derribo de la vivienda







construida en el [REDACTED] del municipio, al no ser legalizable, así como de la parte del garaje que se encuentra en zona de afectación de vial.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presente autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

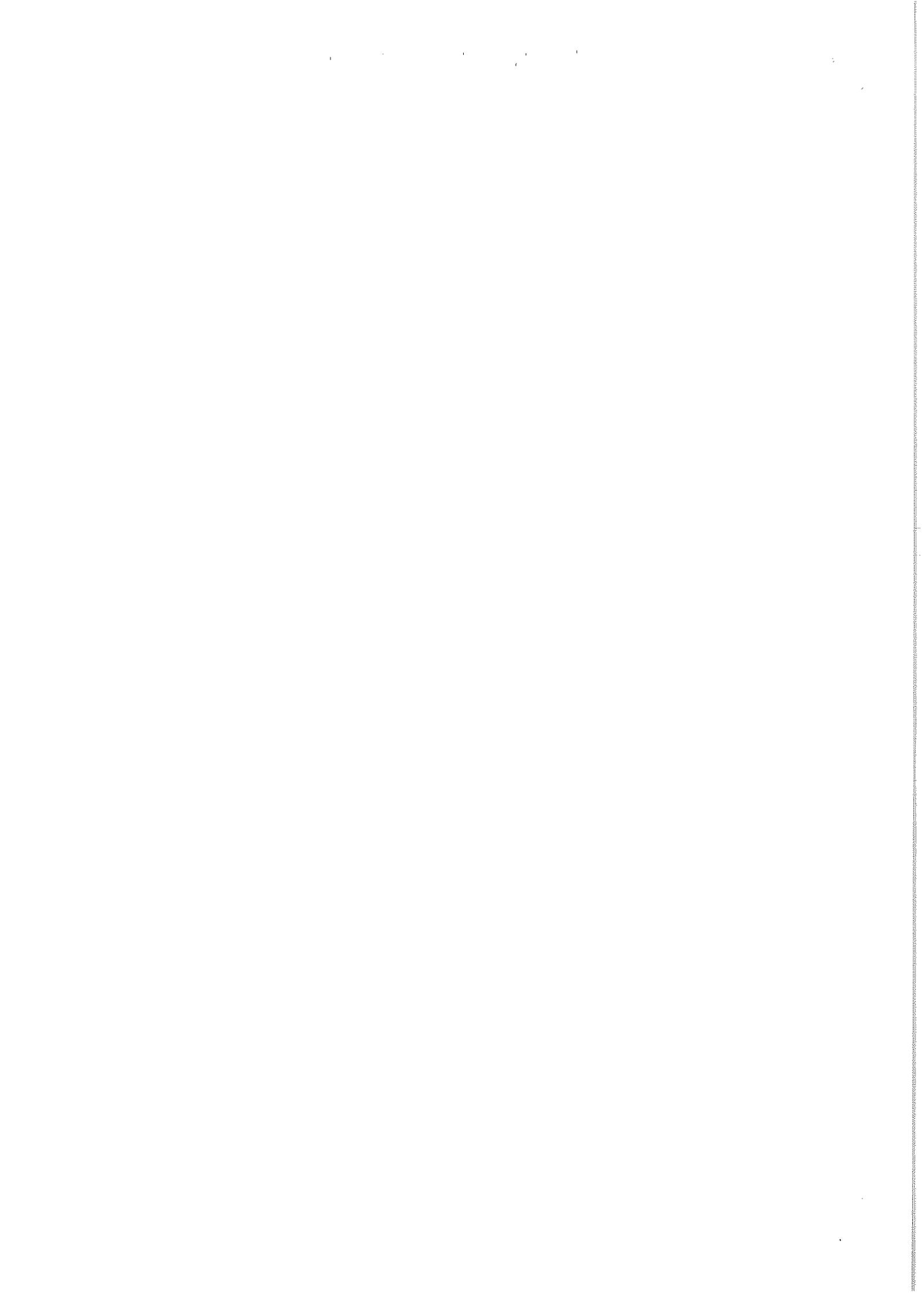
TERCERO.- Acordado por auto de fecha 13 de abril de 2015 el recibimiento del precedente pleito a prueba y tras los oportunos trámites que prescribe la Ley Jurisdiccional en sus respectivos artículos, en concordancia con los de la L.E.C., quedaron los autos conclusos y a la vista para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar la resolución, de 23 de junio de 2015, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 13 de marzo de 2015, por la que se ordena al recurrente la tramitación de la correspondiente licencia de derribo de la vivienda construida en el [REDACTED] del municipio, al no ser legalizable, así como de la parte del garaje que se encuentra en zona de afectación de vial.

La parte recurrente solicita que se declare la nulidad del expediente de protección de la legalidad urbanística por prescripción de la acción de restauración. Alega que las obras estaban acabadas a principios del año 2006, por lo que, al haberse incoado el procedimiento en noviembre de 2014, había transcurrido con creces el plazo de seis años de prescripción previsto en el artículo 199 del TRLUC de 2005, que considera aplicable, atendida la fecha de comisión de la infracción. Alega que, conforme a esta norma, no pueden considerarse nulos de pleno derecho los actos de edificación que afecten a terrenos destinados al sistema viario, pues el artículo 202 solo define como actos nulos de pleno derecho en suelo urbano aquellos actos que se lleven a cabo en terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes públicas o espacios libres de edificación de carácter público. Por otro lado, alega que no es posible afirmar que las





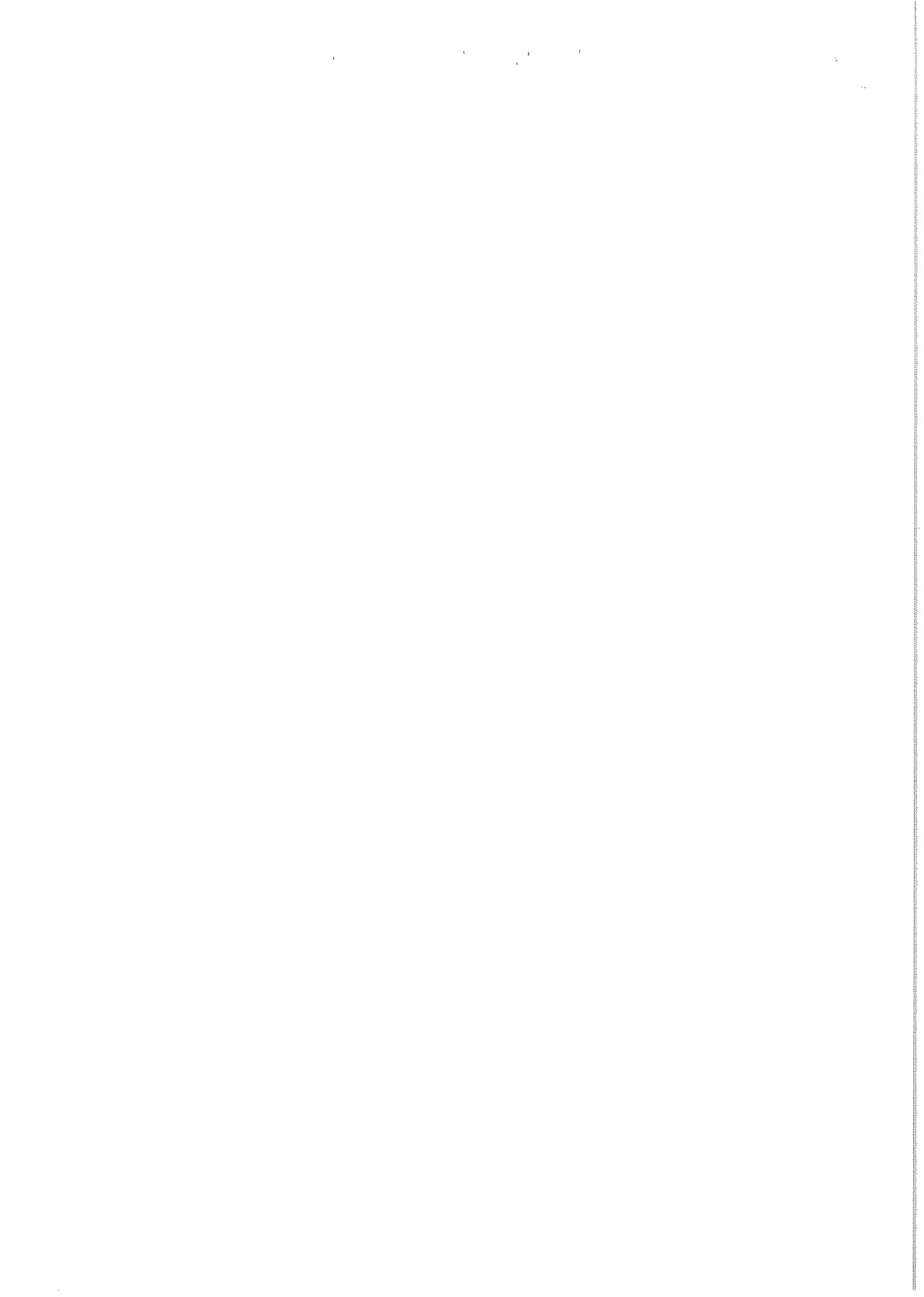


obras objeto del expediente afecten a espacios destinados a vía pública, al no haber un instrumento urbanístico preciso que así lo acredite, pues no está aprobado ningún proyecto de alineaciones y rasantes. Considera además que el suelo donde se ubica la edificación es un suelo urbano consolidado, y que sólo devendrá no consolidado si el Ayuntamiento tramita un plan de mejora urbana. La parte actora solicita además que, en régimen de impugnación indirecta, se declare la nulidad del Plan General Metropolitano de Barcelona en cuanto al polígono o manzana delimitada por las calles Montserrat, Sant Francesc, Martorell y Santa Maria del municipio de Sant Vicenç del Horts. Considera que el planeamiento es nulo al desconocer la realidad fáctica preexistente, dado que el 93,33 por ciento de las fincas estaban fuera de ordenación en el momento de aprobación del plan.

La parte demandada se ha opuesto a la demanda alegando que no se ha producido la prescripción de la infracción, dado que el plazo de prescripción comienza a contar, en el caso de obras continuadas, en la fecha de finalización de éstas, considerando probado que las obras se prolongaron hasta el año 2013. Alega que la construcción realizada vulnera los parámetros de edificabilidad máxima, ocupación máxima, límites a lindes y densidad de vivienda, siendo ilegalizable. Considera que, en cualquier caso, aún cuando se considerara prescrita la acción, dado que las obras se han ejecutado parcialmente sobre terrenos afectados a sistema viario, las mismas son ilegalizables, y la acción de restauración tiene carácter imprescriptible, por aplicación del artículo 207.3 TRLUC de 2010, que considera aplicable, dada la fecha de incoación del expediente. Alega que los terrenos no tienen la condición de solar, al faltar el requisito de la cesión viaria, conforme a los artículos 31 y 29 TRLUC. En cuanto a la impugnación indirecta del PGM, alega que la orden de derribo no deriva de la pretendida ilegalidad del planeamiento que no se habría adaptado a la realidad física consolidada de la zona, por lo que no es posible la impugnación indirecta, conforme al artículo

36 LJCA. Y ello porque, aunque se aceptara la propuesta de nueva calificación de los terrenos adecuándose a la “realidad de lo fáctico”, esta calificación continuaría siendo de zona de ordenación en edificación aislada, y esta calificación continúa comportando que las obras del garaje y en las plantas edificadas sobre el garaje se habrían ejecutado sin licencia, sobre terrenos de cesión obligatoria, sin respetar los límites a vecinos y retroceso de fachada (exigibles en toda calificación de zona de ordenación en edificación aislada), y sin respetar la densidad máxima de vivienda en las parcelas unifamiliares (que es de una vivienda por parcela). Alega además, que la doctrina de la vinculación a lo fáctico es aplicable en el marco de la clasificación del suelo, pero no en la calificación, que es una potestad discrecional del planificador con el único límite de la





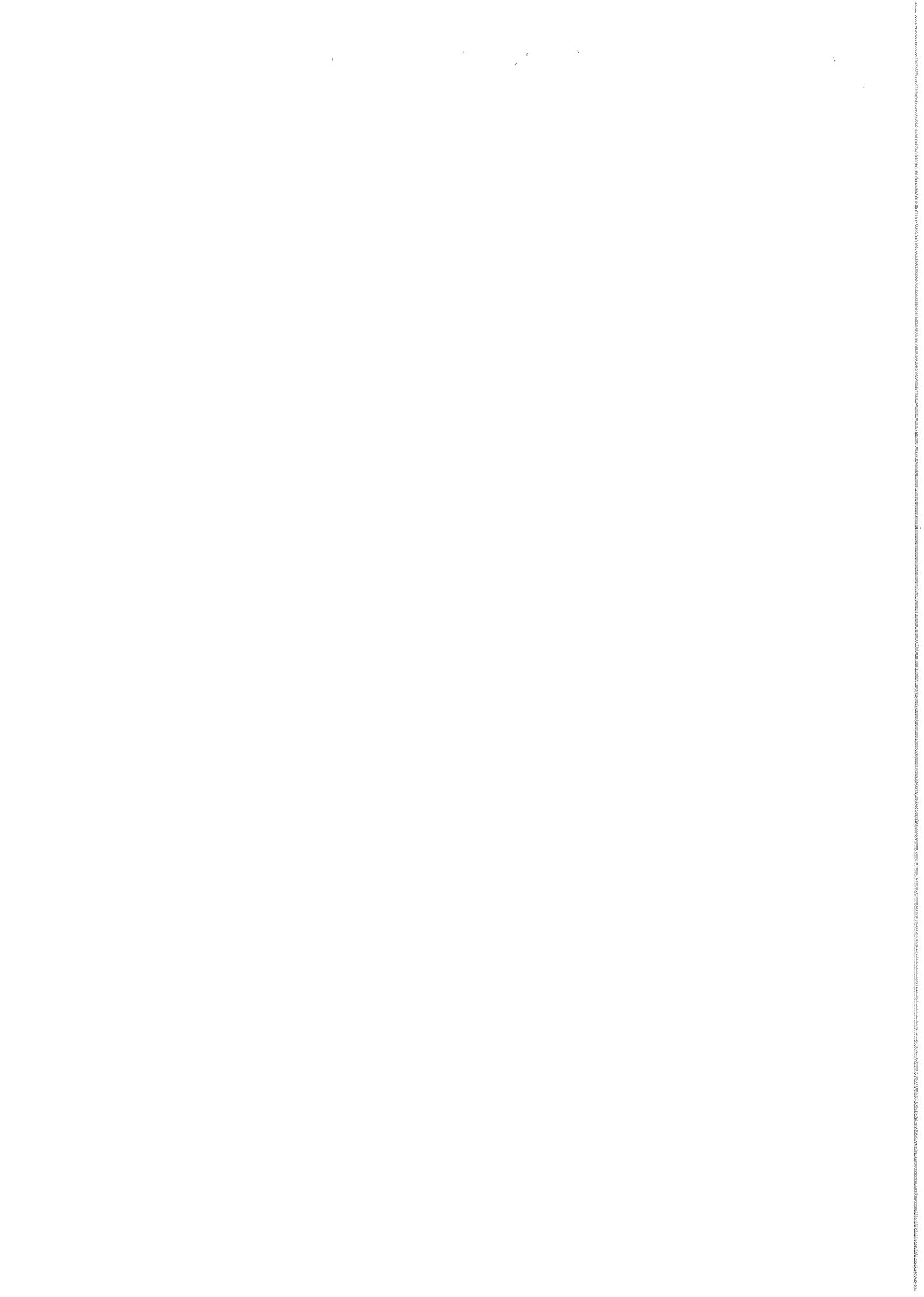


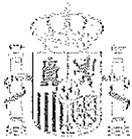
ilegalidad, la irracionalidad o la desviación de poder. Entiende que la planificación es totalmente razonable con el entorno, pues aún cuando la mayoría de las parcelas no alcancen la superficie y fachada mínimas previstas, esta situación no les deja en situación de inedificables, dado que se establece un régimen específico para aquellas parcelas originadas con anterioridad a la vigencia del PGM.

SEGUNDO. La primera cuestión de hecho controvertida, y que debe ser resuelta para determinar si ha operado o no la prescripción, es la relativa a la fecha de terminación de las obras.

La parte actora alega que la construcción se terminó a principios de 2006, y aporta en prueba de ello facturas y albaranes de entrega de los materiales empleados en la construcción del apartamento, además de fotografías aéreas obtenidas del Instituto Cartográfico y Geológico de Cataluña, correspondientes a los años 2006 y 2007. Estas pruebas acreditan que la obra comenzó en el año 2005 y que la cubierta estaba ya realizada en el año 2006. Sin embargo, la fotografías obtenidas de Google Maps, presentadas con la contestación a la demanda, acreditan que en julio de 2008 la vivienda todavía no estaba terminada, pues pueden verse los ladrillos en la fachada, aún cuando la misma estuviera habitada, como se desprende de la existencia de cortinas en las ventanas y de una antena parabólica. En la denuncia formulada el 28 de mayo de 2010 por José Gómez Ortiz se habla de realización de obras ilegales por parte del demandante, y en las fotografías realizadas por el inspector de obras del Ayuntamiento el 31 de mayo de 2010 (folio 15 del expediente), pueden verse indicios de que las obras continúan, pues sobre la fachada hay apoyada una escalera y unos sacos que parecen ser de obras. Además, una lona azul tapa lo que presumiblemente es material de obra. Esta parte de construcción sobre la que se encuentra la lona azul no se encuentra pintada, y sin embargo sí lo está en las fotografías tomadas el 13 de enero de 2011 (folio 26 del expediente), y en las de Google Maps del año 2013, en las que aparece además un aire acondicionado que no aparecía en las fotografías de mayo de 2010. El conjunto de estas pruebas acreditan que la vivienda no estuvo completamente terminada hasta la segunda mitad de 2010 o principios de 2011, aún cuando desde el año 2006 estuviera habitada, como se acredita mediante los certificados de empadronamiento. Como se hace constar en la resolución recurrida, según la Ordenanza Metropolitana de Edificación del PGM, la pintura y estuco de las fachadas, la colocación de rejas, y la instalación de aire acondicionado tienen la consideración de obras. Es por ello que, habiéndose completado en el año 2010 la pintura y la instalación del aire acondicionado procede entender que las obras continuaban en esta fecha, lo que concuerda con el hecho de ser una obra ejecutada por el propio demandante, profesional de la construcción, que habría ido ejecutándola en







función de sus disponibilidades.

Conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria decimosexta del TRLUC 2010, los procedimientos de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado se rigen por la normativa aplicable en el momento de la incoación del procedimiento. Dado que el procedimiento se incoó el 14 noviembre de 2014, es de aplicación el TRLUC 2010.

Según el artículo 207 de esta ley: “ 1. La acción de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado prescribe a los seis años de haberse producido la vulneración de la legalidad urbanística o, en su caso, la finalización de las actuaciones ilícitas o el cese de la actividad ilícita. Si estas actuaciones tienen el amparo de un título administrativo ilícito, la acción de restauración prescribe a los seis años de haberse producido la correspondiente declaración de nulidad o anulabilidad, ya sea en vía administrativa ya sea por sentencia judicial firme.

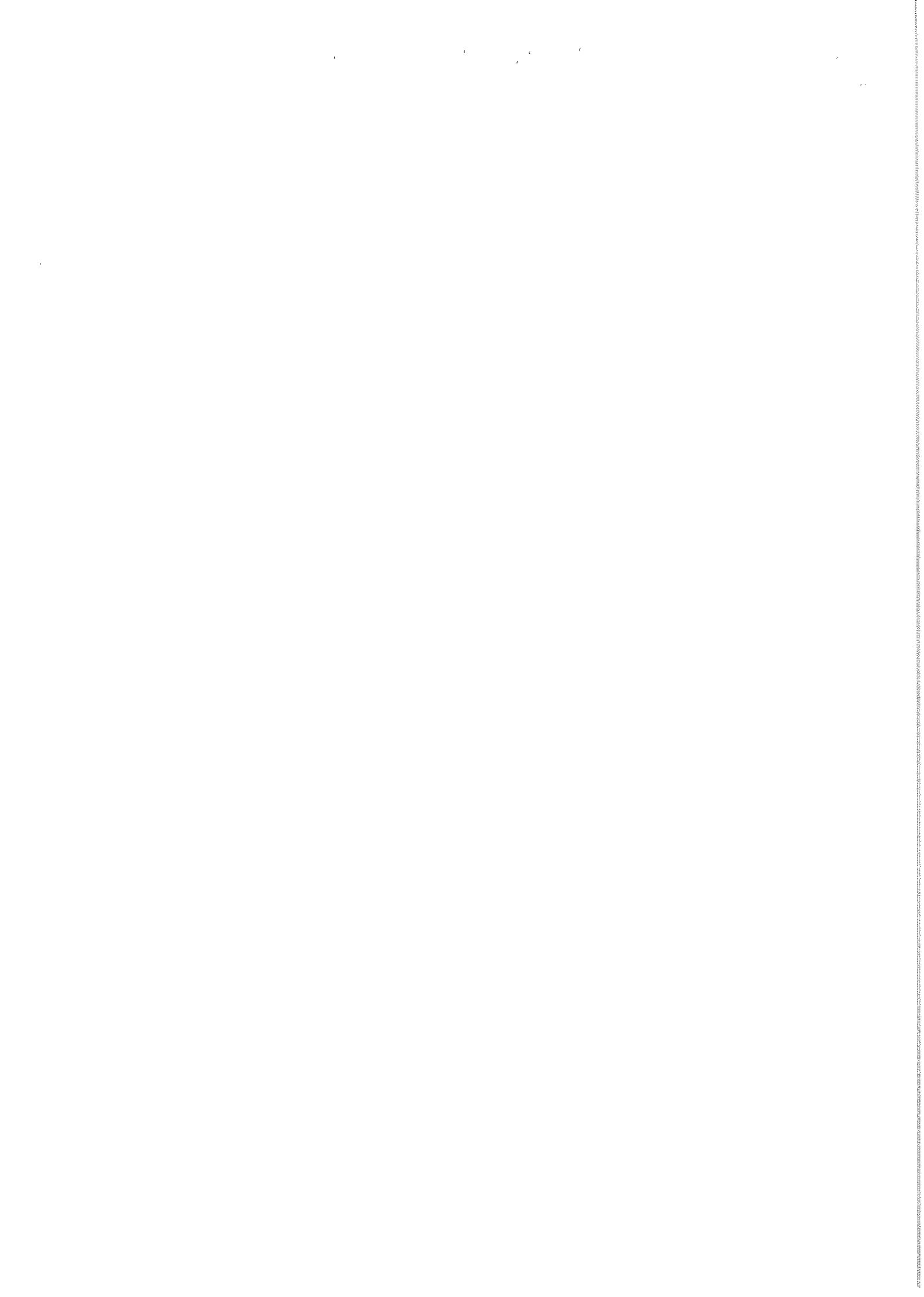
2. Las órdenes de restauración y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios prescriben a los seis años.

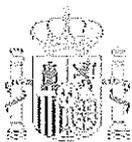
3. No obstante lo dispuesto por los apartados 1 y 2, la acción de restauración y la orden dictada de restauración no prescriben nunca con relación a las vulneraciones de la legalidad urbanística que se producen en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto por el artículo 32.a” .

Dado que no habían transcurrido seis años entre la fecha de finalización de las obras (pues no habían todavía finalizado en mayo de 2010), y la fecha de incoación del expediente (noviembre de 2014), no puede considerarse prescrita la acción de restauración. La parte demandante reconoce que la finca vulnera los parámetros de edificabilidad máxima, ocupación máxima, límites a lindes y densidad de vivienda, y que es ilegalizable, como perfectamente se explica en la resolución recurrida.

En cualquier caso, la acción es imprescriptible al haberse vulnerado la legalidad urbanística en un terreno que el planeamiento urbanístico destina al sistema viario, como se comprueba en los planos, y hace constar no sólo el técnico municipal en sus informes, sino también el técnico [REDACTED] en su informe, aportado por la demandante. No es necesario un plan parcial urbanístico de desarrollo del plan general para poner de manifiesto que la edificación construida invade zona reservada a vial, pues







se comprueba con total claridad en los planos del plan general.

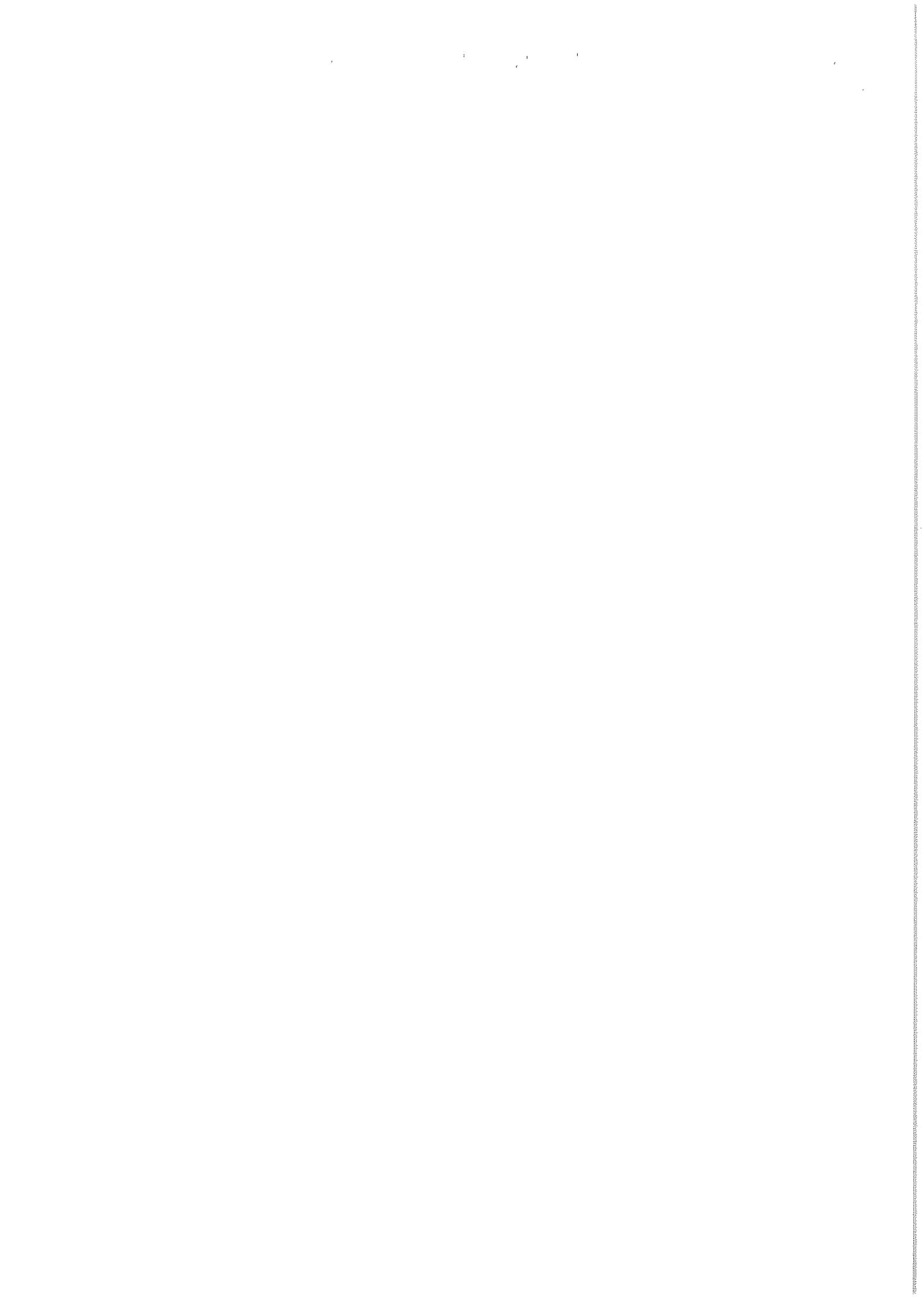
TERCERO. La parte actora solicita en la demanda que, por vía de impugnación indirecta, se declare la nulidad del Plan General Metropolitano de Barcelona en cuanto al polígono o manzana delimitada por las calles Montserrat, Sant Francesc, Martorell y Santa Maria del municipio de Sant Vicenç del Horts. Lo primero que debe ponerse de manifiesto, es que este Juzgado no es en ningún caso competente para declarar la nulidad de un instrumento de planeamiento, al tener el carácter de disposición general. Lo que autoriza el artículo 26 LJCA, es a impugnar el acto administrativo que se produzca en aplicación de la disposición general, fundando la impugnación en que tal disposición no es conforme a Derecho. Sólo si es estimada esta alegación, y la sentencia deviene firme, el Juez está obligado a plantear cuestión de ilegalidad ante el órgano judicial competente para declarar la nulidad de la disposición general, en este caso el Tribunal Superior de Justicia. Por tanto, y por falta de competencia, debería desestimarse el punto dos del suplico de la demanda.

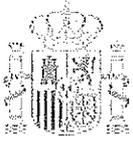
No obstante, con la finalidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, procede subsanar de oficio la petición, al entender que lo que se pretende es que se declare la nulidad de la resolución recurrida, con fundamento en la nulidad del PGM que se limita a aplicar.

Como señala la STS de 26 de noviembre de 2011 (RC 2124/2008): *“Venimos declarando en aplicación e interpretación de los artículos 26 y 27 de la LCJA, en Sentencia de 6 de noviembre de 2009 (recurso de casación nº 4543/2005), que la impugnación indirecta de un plan general no puede tener la misma naturaleza y extensión que la impugnación directa, pues ha de estar vinculada, o en conexión directa, con la norma o acto de aplicación que se impugna directamente en el recurso contencioso administrativo y los vicios de nulidad que se le atribuyen. Dicho de otro modo, el vicio o defecto que se atribuye al acto o norma impugnada directamente ha de proceder, o tener su génesis, en la norma de cobertura impugnada indirectamente, de modo que la impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier otra infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado”*.

La parte actora pretende que se declare la nulidad de la resolución que ordena la demolición de la obra, al entender que aplica un plan general que es nulo, por no respetar la vinculación a la realidad fáctica, argumentando que el 93,33 % de las fincas







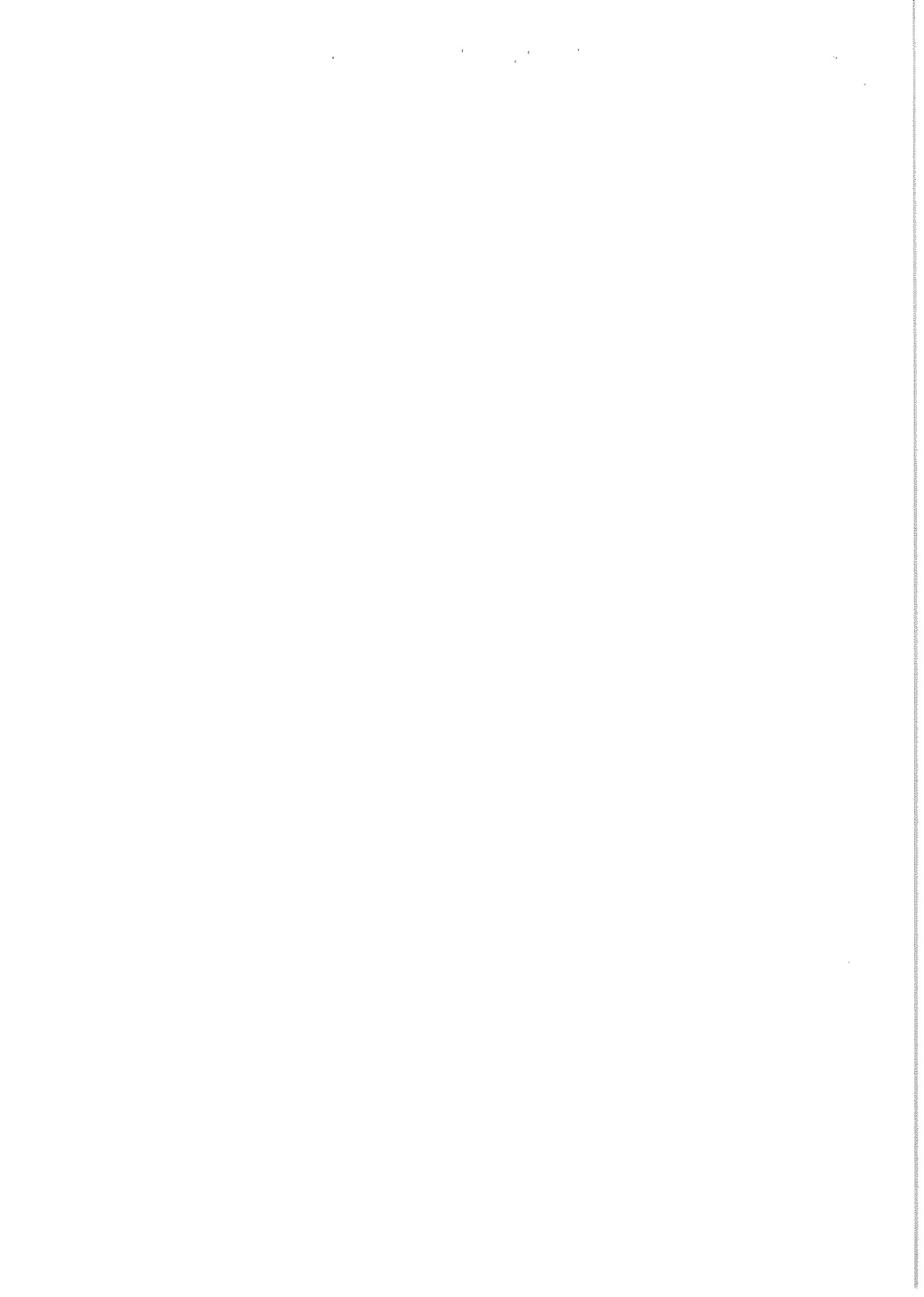
estaban fuera de ordenación en el momento de aprobación del plan.

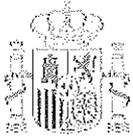
Lo primero que debe ponerse de manifiesto, es que este dato del 93,3 % lo obtiene el demandante del informe pericial que aporta, en que se hace constar que cumplen con la normativa urbanística 1 de cada 15 parcelas ubicadas en la misma manzana en lo que se refiere a parcela mínima y longitud mínima de fachada. Este dato hace referencia a la situación actual, y no a la que existía al tiempo de la aprobación del plan general, en 1976.

Tanto el garaje como la vivienda cuya demolición se ordena fueron construidos con posterioridad a la aprobación del plan general, según resulta del expediente administrativo, por lo que el hecho de que el plan general no respetara la realidad fáctica existente al tiempo de su aprobación no puede ser la causa de la ilegalidad de construcciones que fueron realizadas con posterioridad a la aprobación del plan, por las cuales el plan no podía estar vinculado.

En cualquier caso, la jurisprudencia que cita el actor en la demanda, sobre la necesaria vinculación del planeamiento con la realidad fáctica, opera a la hora de clasificar el suelo, pero no en el ámbito de la calificación, en que es mucho mayor la discrecionalidad de la administración. Así, la sentencia de 8 de noviembre de 2011, recurso 1053/2008, que se cita en la demanda, hace referencia, para defender sus conclusiones, entre otras, a la sentencia de 1 de febrero de 2011 (casación 5526/2006) en la que se señala: "*En la reciente STS de 20 de julio de 2010 (recurso de casación 2215/2006) hemos reiterado que "Desde tiempo atrás la legislación urbanística y la jurisprudencia han considerado el de suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional de planeamiento --- STS de 27 de noviembre de 2003 (casación 984/1999)---, que parte de la concurrencia de ciertas condiciones físicas tasadas (acceso rodado, energía eléctrica y suministro y evacuación de aguas, o áreas ya edificadas en determinada proporción). Así se reguló en el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril , aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el artículo 21 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio , aprobatorio del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y en el artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), este último de carácter básico y aplicable al caso. Se basa por tanto en la "fuerza normativa de lo fáctico", de tal manera que el planificador no puede clasificar como urbano el suelo que carezca de esos servicios urbanísticos, debiendo clasificarlo como tal en el caso de que los tenga. Pero siempre y cuando dichos servicios resulten de dimensiones adecuadas para los*







usos previstos en el planeamiento y la parcela en cuestión se integre dentro de la "malla urbana" de la ciudad".

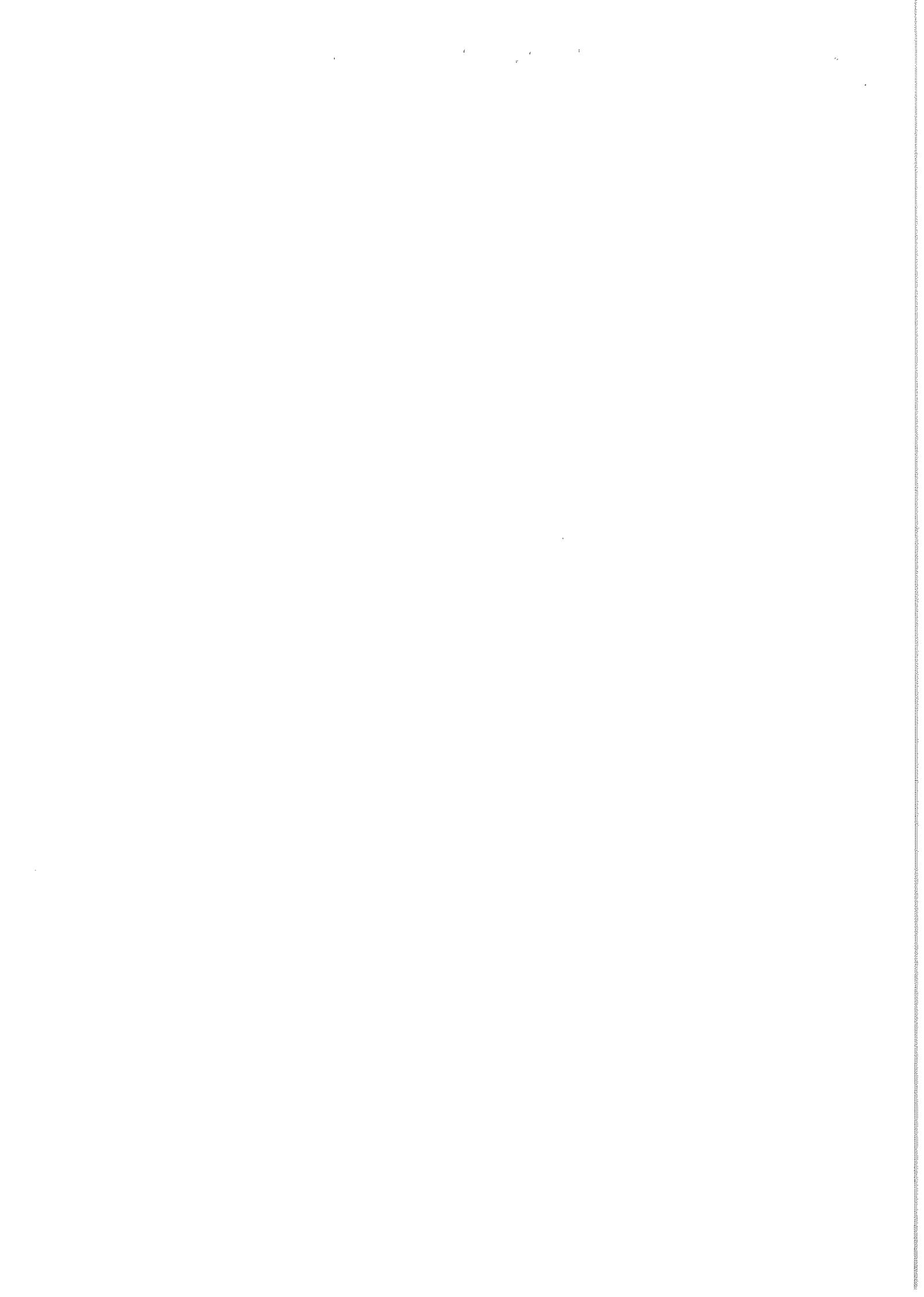
Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27/04/2006 (recurso 824/2002), "la potestad de planeamiento es, por su propia esencia ampliamente discrecional y contiene, en sí misma, un ius variandi respecto de la situación anterior, máxime en casos de revisión como el que nos ocupa; sólo demostrando que la regulación aprobada es totalmente irracional, incongruente o incoherente con la realidad del terreno o de la población, o que resulta inoperante o imposible habida cuenta de la situación fáctica del sector, o que es contraria al interés público, podría concluirse en su nulidad, circunstancias que no han quedado acreditadas en autos. A ello podríamos añadir que lo determinante para apreciar la corrección de una decisión urbanística no es que existan otras igualmente factibles, funcionales u operativas (como la que se propone sobre la finca propiedad también de los dueños del hotel ya existente) sino demostrar que la alegada es irracional, arbitraria o incongruente en los términos ya expuestos. De no ser así, como ocurre en el presente caso, la discrecionalidad de la Administración planeadora a la hora de configurar y definir su territorio, debe prevalecer sobre las opiniones o las conveniencias subjetivas de los afectados."

El plan general metropolitano califica el suelo urbano en el que se llevaron a cabo las obras como zona de ordenación de edificación aislada, lo que es coherente con el tipo de edificación existente en el momento actual. Además, como se pone de manifiesto en la contestación a la demanda, el plan establece un régimen especial para aquellas parcelas originadas con anterioridad a la vigencia del PGM, que pueden edificarse, a pesar de que no alcancen la superficie mínima o la fachada mínima, lo que acredita que han tratado de protegerse los intereses de las personas afectadas por el planeamiento en la fecha de su aprobación, pero sin renunciar a establecer la ordenación del terreno considerada por el órgano planificador como más adecuada, en ejercicio de una potestad discrecional, no considerando en absoluto irracionales ni arbitrarios los parámetros urbanísticos establecidos.

Por razón de todo lo expuesto procede la desestimación íntegra de la demanda.

CUARTO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, procede condenar en costas a la parte actora, hasta un máximo de 1.000 euros por todos los conceptos.







En virtud de todo lo expuesto

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] contra la resolución citada en el encabezamiento de la presente resolución, confirmando dicha resolución en todos sus extremos. Se condena en costas al recurrente hasta un límite máximo de 1.000 euros por todos los conceptos.

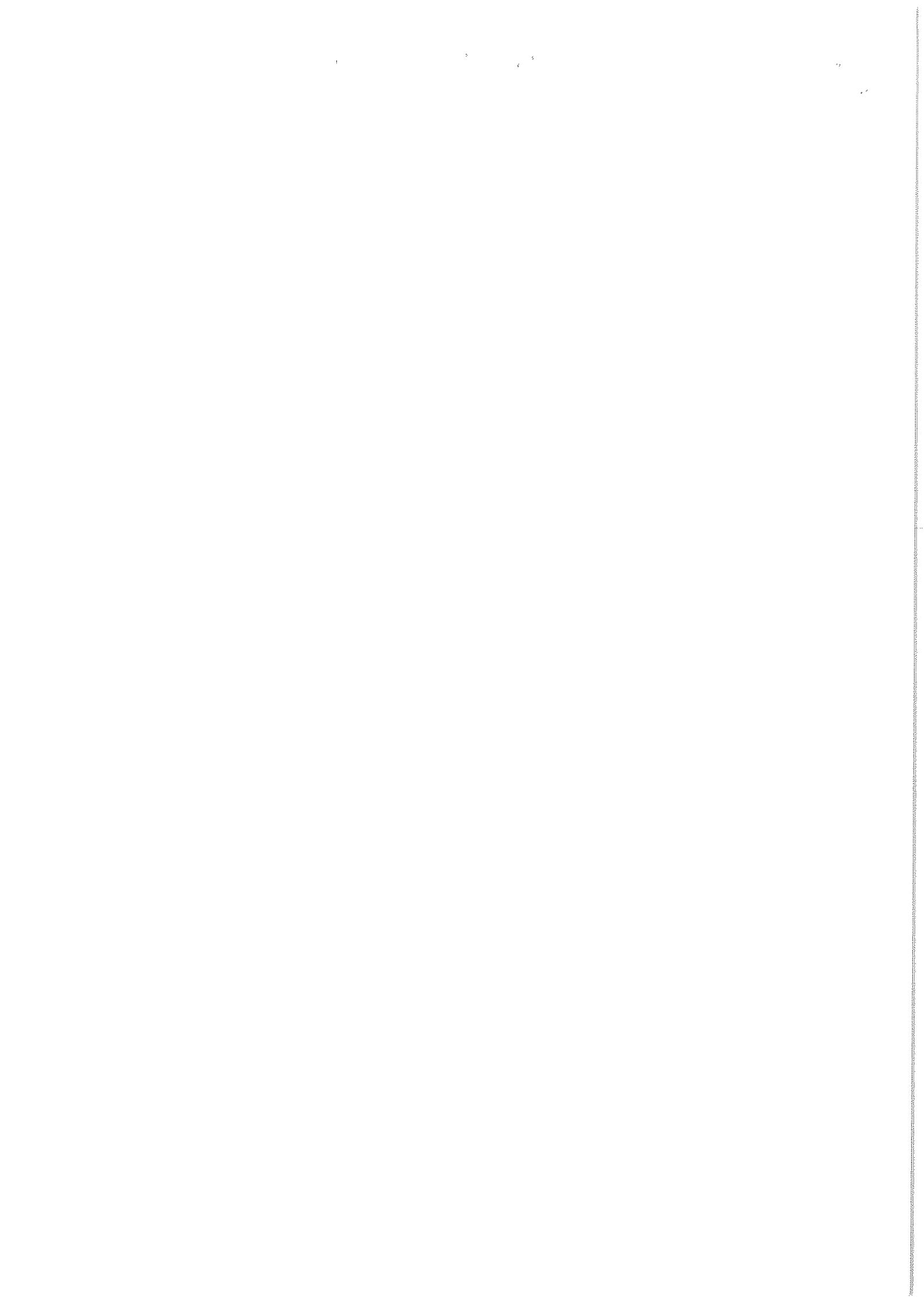
MODO DE IMPUGNACIÓN:

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación conforme establecen los artículos 80.1 c) y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dentro del término de quince días siguientes al de la notificación de esta resolución, ante este Juzgado.

Así por esta Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales, definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.







DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado y hago saber que el plazo para la interposición del recurso de apelación que cabe contra esta sentencia es de quince días, a contar a partir del siguiente a su notificación, y previa constitución en la cuenta de Consignaciones de este Juzgado en la Oficina Principal del BANCO de SANTANDER cta. cte. núm. [REDACTED], del depósito de 50 euros que prevé la Disposición Adicional 15ª.3. de la LOPJ 6/1985, introducida por la Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que la modifica.

En el caso que esta consignación se haga por transferencia o per vía telemática, el núm. de cuenta es el siguiente: [REDACTED]. En este caso, se ha de indicar que el beneficiario de la transferencia es el JCA 12 de Barcelona y como concepto de la transferencia, se ha de hacer referencia a la cuenta antes indicada, es decir la: [REDACTED]. En ambos casos se habrá de indicar también en el campo concepto el código y el tipo de recurso: 22 -contencioso-apelación.

Están exentos de constituir este depósito el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos, y quien acredite que tiene reconocido o está tramitando el beneficio de asistencia jurídica gratuita.



