

TREBALL DE FI DE MÀSTER

Màster d'advocacia

I. PRESENTACIÓ

La realització del Treball de Fi de Màster permetrà posar en pràctica els coneixements adquirits durant la realització del mateix, així com també els adquirits durant la realització del Grau en Dret.

És interessant que el Treball de Fi de Màster consisteixi en la simulació d'un judici, el més real possible, ja que d'alguna manera o altra, s'apropa molt més a la realitat, i tenim la possibilitat de que se'ns plantegin dubtes que fins ara, donat que les classes han estat teòriques no se'ns havien plantejat. En el meu cas, faig el paper de jutge, que potser és el que s'allunya més al que en un futur em dedicaré.

Crec que un dels factors més importants a tenir en compte com a jutge, a l'hora de celebrar la vista, és saber portar bé els temps i saber ser equitatiu a l'hora de deixar exposar els arguments a les parts. A més també és important saber en quin moment les parts s'estan extralimitant i estan fent preguntes als testimonis que son impropedents.

II. REFLEXIÓ PRIVADA.- L'EPICRÍTICA

A l'Annex 1 adjunt a la present memòria, apareixen tot els documents que he presentat durant la realització del Treball de fi de Màster:

- Diligència d'ordenació d'admissió de la demanda, en el qual s'acorda admetre a tràmit el recurs, s'ordena el trasllat de l'escrit de demanda a la part demandada, i es reclama a l'Administració demandada l'expedient administratiu corresponent en el termini de 15 dies (aquest auto l'emet el Secretari Judicial).
- Diligencia d'ordenació en que es té per personada a l'Administració demandada (aquest auto l'emet el Secretari Judicial).
- Diligència d'ordenació en el qual es té per formada la peça separada de mesures cautelars, i es dona un termini de 10 dies per a que l'Administració demandada al·legui allò que estimi convenient (aquest auto l'emet el Secretari Judicial).

- Diligència d'ordenació en la qual s'admeten les al·legacions a les Mesures Cautelars, formulades per l'Administració demandada i es deixen les actuacions a la vista del jutge per tal que resolgui (aquest auto l'emet el Secretari Judicial).
- Auto en que es resol la peça separada de Mesures Cautelars, i es resol a favor de l'adopció de la mesura cautelar sol·licitada, donant un termini de quinze dies per interposar recurs d'apel·lació.
- Diligència d'ordenació en que es té per interposat el recurs d'apel·lació i es dona trasllat a les parts comparegudes per a que puguin formalitzar la seva oposició o al·legar allò que al seu dret convingui.
- Sentència.

Per tal de redactar tots els documents que consten a l'expedient, vaig haver de buscar apunts d'altres anys, ja que algun cop ens han donat expedients per treballar-los a classe, i a les bases de dades no ha estat fàcil trobar models per tal de redactar els autos i les diligències d'ordenació.

Així, amb la Llei al davant i algun model d'algun expedient vaig poder redactar els Autos d'Admissió a tràmit de la demanda, i les diverses diligències d'ordenació.

Per tal de veure com abordàvem el cas, vam fer una reunió amb les parts per decidir les dates en les que s'emetrien els autos i serien contestats per les parts i poder així fer un calendari per poder treballar tots de la millor manera possible.

La primera problemàtica que es va plantejar era la forma de tramitació del procediment. Ens trobàvem davant d'un procediment on la quantia era indeterminada i per tant havia de seguir els tràmits del procediment ordinari. Ara bé, en el procediment ordinari per regla general no hi ha celebració de la vista i per tant amb la tutora, es va decidir fer aquest procediment seguint els tràmits del procediment abreujat per tal de que hi hagués lloc per a la celebració de la vista.

Pel que fa a les mesures cautelars, un cop l'Administració demandada va fer la seva oposició a les mesures, vaig haver de valorar com s'explica al següent apartat, dos posicionaments diferents de la jurisprudència envers a l'adopció o no de la mesura de suspensió de la ordre de demolició. Finalment vaig decidir optar per la solució que creia més adient, tot i no ser la que avui en dia venen aplicant els Tribunals.

A l'hora de buscar informació, m'ha costat trobar jurisprudència aplicable al cas, ja que el cas que hem tractat és un cas bastant específic, però alhora les al·legacions de les parts han estat bastant fonamentades en principis generals del dret i això m'ha facilitat una mica la recerca de jurisprudència per resoldre el cas.

El cas que ens ha tocat, la part actora tenia totes les de perdre. Tot i així la prova pericial aportada a la vista, ha fet que finalment em decantés per dictar una sentència parcialment estimatòria.

III. TREBALL ANALÍTIC

PEÇA SEPARADA MESURES CAUTELARS

En el procediment a realitzar en el treball de Fi de Màster, la part actora a l'hora de presentar demanda, va sol·licitar mitjançant altre si primer, la sol·licitud de la mesura cautelar consistent en la suspensió de la ordre efectuada per la Resolució que s'impugna en relació a l'enderroc de la piscina basant-se en la necessitat per a la consecució del dret a la tutela judicial efectiva.

Així, un cop presentada la demanda, vaig redactar una diligència d'ordenació (acordada pel Secretari Judicial) per tal de que es tingués per formulada la peça separada de mesures cautelars i donant un termini de 10 dies a l'Administració demandada per a que al·legui tot allò que estimi convenient.

Dins del termini de 10 dies l'Administració demandada em va fer arribar un escrit d'oposició a les mesures cautelars, i vaig redactar una altra diligència d'ordenació (acordada pel Secretari Judicial) en que es donava per presentat aquest escrit d'oposició a les mesures cautelars i es deixaven les actuacions a la vista del jutge per tal de dictar la resolució.

Resolució Mesures Cautelars.- Posicionaments i Normativa utilitzada.

Pel que fa a les mesures cautelars, les trobem regulades als articles 129 a 136 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciós - administrativa. A més d'aquests articles que constitueixen una regulació general de les mesures cautelars, vaig haver de recórrer a la recerca de jurisprudència per tal de veure si en supòsits similars al que es planteja en el nostre cas, es donava lloc o no a l'adopció de la mesura cautelar i quines eren les línies argumentals de la jurisprudència al respecte de la suspensió d'una ordre de demolició.

En relació a les mesures cautelars, la jurisprudència estableix les normes per les que es regeix el sistema general de les mesures cautelars. Així, en la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de desembre de 2005 o la de 13 de juliol de 2005 estableixen que les mesures cautelars constitueixen un sistema d'ampli àmbit ja que és d'aplicació tant al procediment ordinari, com a l'abreujat, així com al procediment de protecció dels drets fonamentals.

A l'hora de cercar jurisprudència sobre mesures cautelars en l'àmbit del dret administratiu sancionador, i més concretament sobre la mesura de suspensió en relació a un enderroc, vaig trobar una línia jurisprudencial que em va semblar molt adequada per a la resolució del supòsit plantejat.

La línia jurisprudencial analitzada, determina que *tota ordre de demolició per la seva pròpia naturalesa implica destrucció de riquesa material, per la qual cosa si s'executa abans de la culminació del procés pendent en el que ha de decidir-se envers de la seva procedència i legalitat, pot donar lloc, en el cas de que quedi revocada posteriorment, als meritats perjudicis*. Així ho determina l'Auto del Tribunal Suprem de data 30 de setembre de 1996, o sentències del Tribunal Suprem com la de data 7 de març de 2001 o la de 22 de febrer de 1999.

Així, seguint aquesta línia jurisprudencial, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 15 d'abril de 2010, estableix, que davant d'una peça separada de suspensió cautelar, relativa a la demolició, si s'opta per executar l'ordre de demolició, el recurs principal perdria la seva finalitat legítima i es causarien perjudicis al recurrent d'impossible reparació. De la mateixa manera la Sentència del TSJ Madrid de 20 de febrer de 2013 (FJ 6é) determina que en els supòsits de demolició d'obres sempre s'ha accedit a la suspensió de l'execució de l'acte administratiu. L'argument del Tribunal, que trobo molt encertat, es basa en que es podria donar el cas de que existissin motius en abstracte per a l'estimació del recurs, des de deficiències formals en al tramitació de l'expedient, la prescripció, i son motius que no es poden avaluar en la peça separada de mesures cautelars.

A l'hora de cercar la jurisprudència, vaig trobar-me amb sentències, que reafirmaven aquesta segona línia argumental però que no es podien aplicar al cas, ja que tractaven de forma especial les demolicions d'edificis que conformen el domicili habitual (Ex: Sentència TS de 7 de març de 2001) *“Según esta jurisprudencia, «toda orden de demolición, en general, y específicamente, la atinente al domicilio familiar habitual, por su propia naturaleza, si se ejecuta prematuramente antes de la culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad, puede dar lugar, en el caso de quedar revocada posteriormente, a perjuicios de muy difícil reparación, toda vez que la demolición de un edificio o parte del mismo destinado a la morada familiar de su propietario, constituye una muy importante destrucción de*

riqueza material, implicando además una fuerte incidencia negativa en la convivencia normal de la familia y en las raíces psicológicas de las personas afectadas, que la destrucción de la propia vivienda lleva consigo, siempre de difícil reparación, independientemente de la mera entidad económica» (Sentencia de 12-11-1996 [RJ 1996, 8218]”

Així, a més d'aquesta línia argumental de la jurisprudència, hi ha d'altres en contra de l'adopció de la mesura cautelar consistent en la suspensió de la ordre efectuada per la Resolució que s'impugna en relació a l'enderroc de la piscina. Donat que l'objectiu de les mesures cautelars respon a la necessitat d'assegurar l'efectivitat del pronunciament futur de l'òrgan judicial, amb la finalitat de garantir una situació d'igualtat, respecte als particulars, he cregut més convenient decantar-me per aplicar al present procediment la segona línia argumental de la jurisprudència, ja que al meu parer l'efectivitat del futur pronunciament en sentència es podria veure afectada si realment la demolició de l'obra s'arribés a produir.

SENTÈNCIA

Pel que fa la sentència, havia de decidir sobre els fonaments jurídics al·legats per la part actora en el seu escrit de demanda.

Caducitat.- Possibles posicionaments i opció jurídica escollida.

En el present procediment és d'aplicació l'article 115.1 del Decret 64/2014, de 13 de maig, pel que s'aprova el reglament sobre protecció de la legalitat urbanística.

D'acord amb el article 202 de la Llei d'urbanisme, el termini màxim per dictar i notificar la resolució que posi fi al procediment de protecció de la legalitat urbanística vulnerada és de sis mesos des de la resolució de l'inici d'ofici. Els procediments caduquen si un cop transcorregut el termini màxim de sis mesos per dictar resolució, aquesta no ha estat dictada ni notificada.

Pel que fa a la caducitat, la part recurrent considera com a dies a quo l'acte d'incoació del procediment de protecció de la legalitat urbanística de data 27 de desembre de 2011 i com a dies a quem la resolució del procediment de data 16 de gener de 2013. Així, el termini previst a l'art. 115.1 del Reglament de protecció de la legalitat urbanística, i a l'art. 202 de la Llei d'Urbanisme s'ha excedit.

Per la seva banda, l'Administració demandada, en aplicació dels mateixos articles, pren com a dies a quo el mateix acte de data 27 de desembre de 2011,

però com a dies a quem té en compte el Decret de 30 de gener de 2012, pel qual es requereix al interessat per a que en el termini de dos mesos ajusti les obres a la llicència. Per tant no han passat ni dos mesos entre l'Acte que inicia el procediment i el Decret que requereix a l'interessat per ajustar les obres a la llicència.

Per tal de solucionar el primer punt controvertit, vaig cercar jurisprudència per tal de veure com computen els tribunals el termini per entendre que el procediment ha caducat.

Així diverses sentències com la del Jutjat Contenciós – Administratiu de Madrid de 26 de setembre de 2008 o la del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 15 de juny de 2009, determinen que el termini comença a computar des de la incoació y no des de la denúncia. Per tant el termini per començar a computar la caducitat comença a contar a partir de l'Acte del 27 de desembre de 2011 pel qual es requereix a l'interessat per a que en el termini de dos mesos ajusti les obres a la llicència.

Ara bé la discordança entre les parts es troba a l'hora de saber quin dia es té en compte com a dies a quem. Així la sentència del TSJ de 24 de gener de 2008 i les sentències abans esmentades, determinen que el procediment per al restabliment de la legalitat urbanística finalitza un cop es notificada la ordre de demolició, que en aquest cas es produeix amb el Decret de 30 de gener de 2012 que requereix al interessat per a que en el termini de dos mesos ajusti les obres a la llicència.

Per tant després de tota la jurisprudència i normativa consultada, queda clar que no s'ha produït la caducitat del procediment.

Principi de proporcionalitat i protecció de l'interès públic.- Possibles posicionaments i opció jurídica escollida.

En aquesta al·legació la recurrent argumenta la necessitat de que sigui el principi de proporcionalitat el que regeixi l'actuació de l'Administració, considerant que la mesura de l'enderroc pot considerar-se la de major coacció possible en atenció a aquest principi i per tant s'hauria d'adoptar qualsevol altra mesura d'inferior lesivitat, al·legant que la millor solució es retallar la piscina per a que la mateixa s'adeqüi a la legalitat.

L'Administració demandada per la seva part al·lega que segons l'article 120 del Decret 64/2014 entre les mesures de restauració de la realitat física alterada es torba l'enderroc de les obres executades com a mesura d'aplicació al present cas, aportant a més a més jurisprudència que ratifica el seu posicionament.

El principi de proporcionalitat es un dels principis que ha d'inspirar l'actuació administrativa, i expressa la necessitat d'una adequació entre la finalitat d'interès públic perseguida i els mitjans utilitzats per aconseguir-ho (Sentència Tribunal Suprem 28 d'abril de 2000 entre d'altres).

La jurisprudència ha establert que per saber si els mitjans utilitzats són els adequats a la finalitat d'interès públic perseguida, ens hem de preguntar si la mesura es necessària, si es possible una intervenció alternativa d'allò que ho pugui satisfer igualment i, en tal cas, si la mateixa resulta més favorable a l'esfera de la llibertat individual.

Després d'analitzar la jurisprudència, vaig decidir utilitzar el posicionament jurisprudencial que es basa en el següent:

- El principi de proporcionalitat també anomenat de menor demolició, pretén evitar la desharmonia que es pot produir entre la gravetat de la infracció comesa i les conseqüències danyoses que es deriven de la imposició d'unes mesures d'enderroc desproporcionades amb la infracció comesa.
- Així, resulta necessària la ponderació de tots dos factors sota un criteri de proporcionalitat i congruència, que ha d'actuar com a pressupost legitimador de les mesures que en cada cas concret s'adopten.
- Igualment la jurisprudència ha entès que és d'aplicació el principi de proporcionalitat en els supòsits en els quals la entitat de la infracció no es correspon amb el rigor i els efectes de la mesura de demolició disposada. Així no haurà de procedir la demolició en els casos en que ens trobem davant desajustos mínims amb la normativa urbanística.
- També es determina que la demolició no es reputa com a procedent per ser una mesura extrema que ha de ser aplicada amb cautela i restrictivament amb la finalitat d'evitar que amb la mateixa s'origini un mal més greu que el produït per la discordança entre allò autoritzat i el que s'ha realitzat.
- Davant d'aquests casos la jurisprudència ha establert que s'han de ponderar diverses circumstàncies com l'entitat del objecte de la infracció i la incidència del mateix sobre el bé jurídic a protegir o l'estat de la construcció i la quantificació dels costos de les obres addicionals que suposaria la demolició de l'element de la infracció entre d'altres.

Per tot l'exposat, em vaig decidir a estimar parcialment el recurs, anul·lant parcialment, per no ser ajustada a dret la resolució impugnada, i en

conseqüència deixar sense efectes l'ordre d'enderroc d'allò construït, amb la ordre al recurrent d'executar les obres necessàries per al seu destí a la llicència que es va concedir en el seu dia.

IV. PREPARACIÓ JUDICI ORAL

Pel que fa a la preparació de la vista, recordava bastant bé el funcionament de la mateixa, donat que l'any passat a l'assignatura Pràctiques Jurídiques vam anar a veure vistes al contenciós-administratiu de Tarragona. Tot i així, ho recordava des de la perspectiva de l'advocat i no pas des de la perspectiva del jutge (paper que m'ha tocat fer en el TFM).

A més a part d'això vam fer una tutoria, on ens van dir quins eren els punts que havíem de tenir més en compte a l'hora de la vista oral.

Per tal de preparar-me la vista vaig agafar com a base l'article 78 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciós-administrativa, relatiu al procediment abreujat.

Així, s'estableix que un cop comparegudes les parts el jutge declara oberta la vista, que començarà amb l'exposició per part de la part demandant dels fonaments d'allò que demana o la ratificació dels fonaments que s'exposen a la demanda.

Tot seguit, serà el torn de l'Administració demandada, qui contestarà la demanda de forma oral, fent totes les al·legacions que al seu dret convinguin.

El primer que hauria de fer com a jutge és resoldre, si s'escau les qüestions processals plantejades. De no plantejar-se cap qüestió processal es procedeix a fixar la quantia del plet.

A continuació les parts proposaran la prova, la qual podrà ser admesa o inadmesa. Davant la inadmissió de prova, les parts podran interposar recurs de reposició, que es resoldrà de manera oral en la vista. Si es resol negativament, les parts hauran de fer constar protesta a efectes de segona instància.

A continuació si s'han proposat proves i les mateixes han estat admeses, es practican sempre i quan no siguin incompatibles amb els tràmits del judici abreujat. A l'hora de realitzar l'interrogatori, les preguntes s'hauran de proposar verbalment, sense que siguin admesos els escrits de preguntes en la prova testifical. A més en el procediment abreujat els testimonis no podran ser taxats, únicament les parts en el tràmit de conclusions podran fer constar allò que considerin.

Un cop practicada la prova, serà el moment en que les parts realitzin les seves conclusions, i un cop formulades el judici quedarà vist per sentència.

Crec que el més important a l'hora de dur a terme la vista, des del punt de vista del jutge és saber portar bé els temps del judici i equilibrar el temps que tenen les parts per exposar els seus arguments, tenint en compte que l'Administració demandada contesta la demanda de forma oral en l'acte de la vista.

A més, s'hauran de fixar bé els fets controvertits per tal d'admetre una prova o altra depenent si és necessària per resoldre el plet.

V. CONCLUSIONS

El Treball de Fi de Màster, m'ha servit per valorar els diferents posicionaments jurídics dels Tribunals envers un mateix tema, veure com a evolucionat la jurisprudència, i finalment haver de prendre la decisió d'adoptar una posició o altra en funció dels meus coneixements, i de la meva opinió, ja que en definitiva, crec que en la figura del jutge hi juguen un paper molt important les idees pròpies per tal de decantar-te per una línia jurisprudencial o altra.

L'experiència ha estat positiva, tot i que ja l'havia viscut el curs passat en el Màster en Estudis avançats en administració i Dret Públic, en l'assignatura de litigació avançada. Ha estat positiva ja que en el meu cas, he pogut viure un procediment des la vessant del jutge.

En el màster hem realitzat activitats en les que es redactaven documents jurídics, que redacten els advocats en el seu treball diari, com pot ser una demanda o un escrit de conclusions. Contràriament, poques vegades hem vist els documents que conformen un expedient judicial, en aquest cas, de dret administratiu, i per tant ha estat la primera vegada que he elaborat els documents que realitza el jutge o el secretari judicial durant un procediment.

En el cas a treballar, i per les al·legacions fetes per la part actora, l'Administració demandada tenia moltes més opcions d'obtenir una sentència estimatòria, però a l'hora de la pràctica de la prova es va poder acreditar que es possible utilitzar una mesura menys greu per a l'interessat en base al principi de proporcionalitat.

VI. BIBLIOGRAFIA

Legislació consultada:

- Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciós-administrativa.
- Llei 30/1998, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú.
- Decret Legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'Urbanisme.
- Decret 64/2014, de 13 de maig, pel qual s'aprova el Reglament sobre protecció de la legalitat urbanística.
- Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil.

Articles consultats:

- Cabello Martínez, Gabriel. Abogado del Departamento de Derecho Inmobiliario y Urbanístico de Uría Menéndez. ESTUDIO DE RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE DISCIPLINA URBANÍSTIVA.
- Barranco Pérez, María Teresa. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS SIN TÍTULO JURÍDICO HABILITANTE. Edición. 2010. Universidad Internacional de Andalucía.
- Escamilla Ferro, Miguel Ángel. Funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración General. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y SU ESPECIAL IMPORTANCIA EN EL ÁMBITO SANCIONADOR. Revista CEMCI Número 11. Abril – Marzo 2010.

Jurisprudència

- a. Jurisprudència utilitzada per a la redacció de documents:



- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 5^a), de 22 de desembre, dictada en recurs de cassació núm 3872/2003 (RJ 2006/862).
- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 5^a), de 13 de juliol de 2005, dictada en recurs de cassació núm 584/2003 (RJ 2005/9118).
- Auto del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 4^a), de 30 de setembre de 1996, dictat en recurs d'apel·lació núm 2926/1992 (RJ 1996/6810).
- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 4^a), de 7 de març, dictada en recurs de cassació núm, 5556/1995 (RJ 2001/1101).
- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 5^a) de 22 de febrer, dictada en recurs de cassació núm 6187/1995 (RJ 1999/1483).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2^a), de 15 d'abril, dictada en recurs d'apel·lació núm 2054/2009 (JUR 2010/233609).
- Sentència del Jutjat del Contenciós-Administratiu núm 404/2008 de 26 de setembre, de 26 de setembre dictada en recurs núm 122/2006, (JUR 2014/10742). USADA
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2^a), núm 114/2008 de 24 de gener dictada en recurs contenciós-administratiu núm 798/2007 (JUR 2008/167985)
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2^a) núm 1384/2009 de 25 de juny, dictada en recurs contenciós-administratiu núm 413/2009 (RJCA 2009/576).
- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 3^a) de 9 de febrer de 2015, dictada en recurs de cassació núm 1531/2013 (RJ 2015/1626).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 1^a) núm 372/2003, dictada en recurs de cassació núm 2/2003 (RJCA 2004/284).

b. Sentències consultades i no utilitzades

- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 5^a) de 22 de febrer de 1999, dictada en recurs de cassació número 8929/1995 (RJ 1999/1482)
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2^a) núm 886/2010 de 15 d'abril, dictada en recurs d'apel·lació número 2054/2009 (JUR 2010/233609).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2^a) núm 1434/2011 de 29 de setembre, dictada en recurs d'apel·lació número 141/2011 (JUR 2011/387807).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 2^a) núm 1457/2011 de 29 de setembre, dictada en recurs d'apel·lació 223/2011 (JUR 2011/387813).
- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 7^a), de 12 de juny, dictada en recurs de cassació núm 11798/1998 (RJ 2001/9543).
- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu) dictada en recurs de cassació núm 6525/2011.
- Sentència del Tribunal Suprem (Sala del Contenciós-administratiu) dictada en recurs de cassació núm 4888/2010
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 3^a) núm 1076/2001, de 8 de novembre, dictada en recurs contenciós-administratiu núm 1701/1995 (RJCA 2002/834)
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (Sala del Contenciós-administratiu, Secció Única) de 17 d'octubre de 2000, dictada en recurs contenciós administratiu núm 63/1996 (RJCA 2001/38).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Cantabria (Sala del Contenciós-administratiu, Secció Única) de 22 d'octubre, dictada en recurs contenciós-administratiu núm 1036/1998 (RJCA 1999/3248).
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella la Mancha (Sala del Contenciós-administratiu, Secció 1^a) núm 832/1998, de 8 d'octubre, dictada en recurs contenciós-administratiu núm 207/1996 (RJCA 1998/3598).

ANNEX 1

Documents realitzats en el Treball de fi de Màster

A. DILIGÈNCIA D'ORDENACIÓ D'ADMISSIÓ DE LA DEMANDA

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 DE BARCELONA

Recurso: 122/2013

Procedimiento: Abreviado

Parte actora: Jaume Pérez Mauri

Representante de la parte actora: Isabel Trilla Pinu

Parte demandada: Ayuntamiento de Sant Just Desvern

DECRETO

ILTRE. SR/A SECRETARIA JUDICIAL TITULAR DE ESTE JUZGADO

En Barcelona a 28 de febrero de 2013

Los anteriores escritos y documentación acompañada por la letrada de la parte actora Doña Èlia Folch Gasull, únanse a los autos de su razón.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En fecha 11 de febrero de 2013 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta sede, escrito formulado recurso contencioso administrativo por parte de la procuradora Isabel Trilla Pinu en nombre y representación del Sr. Jaume Pérez Mauri contra la Resolución por la que se acuerda la restauración de la realidad física alterada por obras de construcción de una piscina dictada por el AYUNTAMIENTO DE SANT JUST DESVERN en fecha 16 de enero de 2013 y notificada el 28 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dispone el artículo 78.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que el recurso se iniciará por demanda. El artículo 45.2 enumera los documentos que deben acompañar al escrito.

SEGUNDO.- Una vez presentado el recurso contencioso administrativo de procedimiento abreviado, acompañado de los documentos que se disponen en el artículo

45.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y demás requisitos de aplicación general, es procedente admitir a trámite el recurso contencioso administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 LJCA.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO ADMITIR A TRÁMITE el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Sr. Jaume Pérez Mauri contra la Resolución por la que se acuerda la restauración de la realidad física alterada por obras de construcción de una piscina dictada por el AYUNTAMIENTO DE SANT JUST DESVERN en fecha 16 de enero de 2013 y notificada el 28 de enero de 2013, en el expediente número ADU 2011 268; sin perjuicio de lo que resulte del expediente administrativo.

Se tiene por interpuesto el recurso contencioso administrativo y deducida demanda contra la resolución dictada por el AYUNTAMIENTO DE SANT JUST DESVERN y por comparecido y parte a Don Jaume Pérez Mauri, representado por la procuradora Doña Isabel Trilla Pinu y bajo la asistencia letrada de Doña Èlia Folch Gassull.

Tramítese conforme a las normas del procedimiento abreviado

Se ordena que se dé el traslado del escrito de demanda a la parte demandada, señalándose para la celebración de la vista el día 9 de diciembre a las 9:00 horas en la sala de vistas nº3 de este juzgado, atendiendo en el presente señalamiento a los criterios establecidos en el art. 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se cita a las partes a dicho acto con la indicación de que las partes deberán aportar y acompañar tantas pruebas como interese proponer.

Reclámese a la Administración demandada el expediente administrativo correspondiente, con al menos **QUINCE días** de antelación a la fecha señalada para la vista, debiendo proceder la Administración demandada al emplazamiento personal de aquellos que aparezcan como interesados para que puedan comparecer y personarse en autos en el plazo de **NUEVE días**, haciéndoles saber igualmente el día, hora y lugar de celebración de la vista y con las mismas prevenciones en cuanto a la aportación de pruebas. A tal fin, líbrese el auto oportuno

Que se haga saber a las partes que si el recurrente o su representante no comparecen al acto de la vista se le tendrá por desistido del recurso y se le condenará en costas; si no lo hiciera la Administración demandada, se proseguirá la vista en su ausencia.

Asimismo se advierte a las partes de conformidad con el art. 147 de la LEC, respecto a la solicitud de la presencia en las vistas del Secretario Judicial.

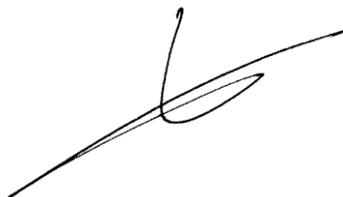
Una vez recibido el expediente administrativo, remítase al actor y a los interesados que se hubieren personado, para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista.

Al **PRIMER OTROSÍ DIGO** del referido recurso, se tiene por solicitada por la parte actora la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado. Según lo previsto en el artículo 129 y siguientes de la LJCA; fórmese la oportuna pieza separada de medidas cautelares y dése audiencia a la Administración demandada por plazo de diez días.

Contra la presente resolución cabe recurso de reposición ante la Secretaría Judicial en el plazo de **CINCO días** a contar desde el siguiente al de su notificación.

SECRETARIA JUDICIAL

Lo acuerdo y firmo



B. DILIGÈNCIA D'ORDENACIÓ EN QUE ES TÉ PER PERSONADA LA PART CONTRARIA

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 BARCELONA

Recurso: 122/2013

Procedimiento: Abreviado

Parte actora: Jaume Pérez Mauri

Representante de la parte actora: Isabel Trilla Pinu

Parte demandada: AYUNTAMIENTO DE SANT JUST DESVERN

Representante de la parte demanda: Ignacio Ramírez de Velasco

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

ILTRE. SR/A SECRETARIA JUDICIAL TITULAR DE ESTE JUZGADO

Por presentado el anterior escrito, únase al recurso de su razón.

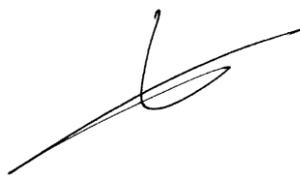
Visto su contenido, se tiene por comparecido y parte al Procurador Don Ignacio Ramírez de Velasco en nombre y representación de la parte demandada AYUNTAMIENTO DE SANT JUST DESVERN, según acredita mediante el oportuno apoderamiento, con quien se entenderán las sucesivas actuaciones y notificaciones en la forma y modo dispuestos en la Ley.

Asimismo se comunica que la vista está señalada para el próximo día 9 de diciembre a las 9:00 horas, permaneciendo los autos a su disposición en la Secretaria de éste Juzgado.

Contra la presenta resolución cabe interponer recurso de reposición ante la Secretaria de este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada.

En la ciudad de Barcelona, a 8 de marzo de 2013.

LA SECRETARIA



C. DILIGÈNCIA D'ORDENACIÓ EN QUE ES FORMA LA PEÇA
SEPARADA DE MESURES CAUTELARS

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº5 DE BARCELONA

Recurso: 122/2013

Procedimiento: Abreviado

Parte actora: Jaume Pérez Mauri

Representante de la parte actora: Isabel Trilla Pinu

Parte demandada: Ayuntamiento de Sant Just Desvern

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

ILTRE. SR/A SECRETARIA JUDICIAL TITULAR DE ESTE JUZGADO

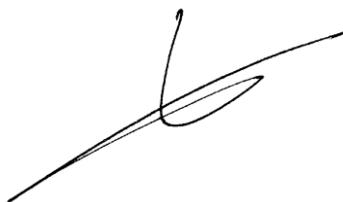
En Barcelona a 28 de febrero de 2013

Con el anterior testimonio de particulares, se tiene por formada la correspondiente pieza separada de medidas cautelares. De conformidad con lo dispuesto en el art. 131 LJCA, se ordena que se dé traslado a la Administración demandada, por el plazo de DIEZ DÍAS, para que alegue lo que estime conveniente en relación a la adopción de las medidas cautelares interesadas por la actora; a tal fin, remítase el oportuno oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas y comunicarles que pueden interponer en contra, recurso de reposición en el plazo de **CINCO DIAS** a contar des del día siguiente a la notificación, delante de este secretario

Lo acuerdo y firmo.

La secretaria Judicial



D. DILIGÈNCIA D'ORDENACIÓ QUE ADMET LES AL·LEGACIONS
FETES PER L'ADMINISTRACIÓ DEMANDADA.

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº5 DE BARCELONA

Recurso: 122/2013

Procedimiento: Abreviado

Parte actora: Jaume Pérez Mauri

Representante de la parte actora: Isabel Trilla Pinu

Parte demandada: AYUNTAMIENTO DE SANT JUST DESVERN

Representante de la parte demandada: Ignacio Ramírez de Velasco

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

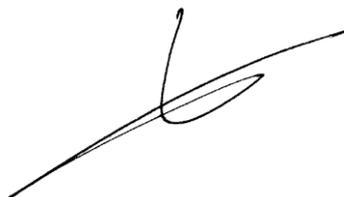
Barcelona, 14 de marzo de 2013

Doy por presentado el escrito anterior por el procurador Ignacio Ramírez Velasco en nombre y representación de la Administración demandada, únase a las actuaciones y dad a la copia presentada la destinación legal correspondiente. Doy por evacuado el trámite y, como consecuencia, dejo las actuaciones a la vista de la magistrada jueza para **resolver**.

Contra esta resolución se puede interponer recurso de reposición delante de este Secretario en el plazo de **CINCO DÍAS**.

Lo acuerdo y firmo

La Secretaria Judicial



E. AUTO QUE RESOL LA PEÇA SEPARADA DE MESURES CAUTELARS

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº5 DE BARCELONA

Recurso: 122/2013
Parte actora: Jaume Pérez Mauri
Parte demandada: AYUNTAMIENTO
DE SANT JUST DESVERN

Medidas cautelares.- Suspensión.

AUTO

En Barcelona a 18 de marzo 2013

HECHOS

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se solicitó la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la orden efectuada por la Resolución de 16 de enero de 2013 del Ayuntamiento de Sant Just Desvern por la que se acuerda la restauración de la realidad física alterada por las obras de construcción de una piscina en la calle Raval nº8, sin adecuarse a la licencia otorgada, por la que se ordena que se proceda al derribo en el plazo de un mes.

SEGUNDO.- Formulada la oportuna pieza separada, por diligencia de ordenación, se dio traslado a la administración demandada, que ha efectuado alegaciones, desestimando la solicitud de suspensión de ejecutividad del acto administrativo impugnado o para el caso en que se acuerde se preste subsidiariamente caución no inferior al presupuesto de ejecución de las obras.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 130.1 de la LJCA, la suspensión del acto administrativo sólo será procedente cuando, previa valoración y ponderación de los intereses particulares implicados y los intereses públicos, su no adopción pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima. En el presente, se solicita la suspensión de la resolución de 16 de enero de 2013 del Ayuntamiento de Sant Just

Desvern por la que se acuerda la restauración de la realidad física alterada por las obras de construcción de una piscina en la calle Raval nº8, sin adecuarse a la licencia otorgada, por la que se ordena que se proceda al derribo en el plazo de un mes.

SEGUNDO.- La doctrina que proviene del Alto Tribunal ha hecho las siguientes consideraciones sobre el sistema que el legislador ha diseñado para la regulación de las medidas cautelares (STS de 22 de diciembre de 2005/ STS 13 de julio de 2005). Como venimos diciendo la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998, se integra, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes normas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades (arts. 129.2 y 134.2).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que *“la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”*.

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora* *“la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”*.

4ª. Desde una perspectiva procedimental la ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1ª exige para su adopción la *“previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”*; expresión que se reitera

en el artículo 130.2 “*in fine*”, al exigir también una ponderación “*en forma circunstanciada*” de los citados intereses generales o de tercero”.

5ª. Con ésta regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de númerus apertus, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “*en cualquier estado del proceso*” (129.2, con la excepción del nº2 para las disposiciones generales) extendiéndose, en cuanto a su duración, “*hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se han acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley*” (132.1) contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contra cautelares, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “*las medidas que sean adecuadas*” para evitar o paliar “*los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte*” (133.1): añadiéndose además que la misma “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (133.3).

TERCERO.- Los criterios jurisprudenciales fijados por el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (SSTS 7 de marzo de 2001/ Auto TS 30 de septiembre de 1996 / SSTS 22 de febrero de 1999) señalan que toda orden de demolición por su propia naturaleza implica destrucción de riqueza material, por lo que si se ejecuta antes de la culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad, puede dar lugar, en el caso de que quede revocada posteriormente a los meritados perjuicios.

Por ello conforme a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de abril de 2010 (Recurso de Apelación núm. 2054/2009 – FJ tercero), aplicable al caso, “*nos hallamos ante una pieza separada de suspensión cautelar, relativa a una demolición, por lo que la ejecutividad de la misma, haría perder su legítima finalidad al recurso principal y causaría perjuicios al recurrente de imposible reparación. Tan sólo en los casos en que la demolición y el desalojo vengan fundamentados en motivos de salubridad o seguridad pública, los cuales no constan en el presente recurso, puede prevalecer la ejecutividad del acto administrativo objeto del presente recurso. En los casos restantes, razones de prudencia, aconsejan por el contrario, suspender cautelarmente el acto impugnado; y ello, sin que podamos analizar los motivos alegados por el recurrente que habrán de ser debatidos en el recurso principal, por exceder del ámbito de la medida cautelar*”.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de febrero de 2013 (FJ sexto) concluye que *cuando se trata de un supuesto de demolición de obras, siempre se ha accedido a la suspensión de la ejecución del acto administrativo, dado que pudiera darse el caso de que existieran motivos, en abstracto para la estimación del recurso, desde deficiencias formales en la tramitación del expediente, en lo relativo a la orden previa de demolición, como el supuesto de la legalización ex post facto, la prescripción, o el cambio de las Normas Urbanísticas el Plan General de Ordenación Urbana que permitieran la legalización de las obras, por tanto tratándose de motivos que no pueden evaluarse en la pieza de medidas cautelares es procedente la suspensión solicitada. Debe accederse a la suspensión del acto administrativo exclusivamente en lo referido a la demolición y desmontaje.*

CUARTO.- Conforme al principio de responsabilidad, el mismo conlleva la necesidad de estar siempre al principio de no demolición, ya que lo que viene a legitimar la intervención administrativa es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante del sometimiento a éstos que reitera el artículo 106.1 CE.

El principio de proporcionalidad se ha configurado como un medio extraordinario con el fin de evitar derribos que procedieran por una estricta aplicación de las normas urbanísticas, pero que pugnarían con los principios de justicia material, habida cuenta de que en la construcción por la complejidad de su técnica, es fácil que, incluso de buena fe, se cometan errores que no deban perjudicar al conjunto de una obra que, globalmente, está dirigida al bien común y suponga una creación de riqueza mediante el esfuerzo del ser humano, recomendando que la drástica solución del derribo se administre con suma prudencia y cautela, y como medida extrema.

QUINTO.- Todo lo expuesto ha de realizarse por medio de un juicio de ponderación con el principio de eficacia de la actividad administrativa establecido en el artículo 103.1 de la Constitución y el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece la presunción de validez de los actos administrativos, y de los que deriva la regla general de la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones administrativas. El artículo 24 de la Constitución impone la efectividad de la tutela judicial sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y el artículo 106.1 el control jurisdiccional sobre la actividad Administrativa. En definitiva, para valorar los intereses en conflicto se ha de tener en cuenta el riesgo de que por la larga duración del proceso se acuse un perjuicio al interesado, y la apariencia de “buen derecho” en la

pretensión del recurrente, los cuales han de ser valorados convenientemente por el juzgador en base a las manifestaciones y oferta probatoria del propio recurrente.

SEXTO.- La razón de la justicia cautelar se explica por la necesidad de evitar que durante el tiempo que se necesita para la tramitación de un procedimiento judicial se pierda la finalidad del procedimiento. En esta dirección la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 218/1994), determina que el objeto de las medidas cautelares responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial para evitar pronunciamientos favorables faltos de eficacia. Pero, en el procedimiento administrativo la llamada “justicia cautelar” tiene determinadas finalidades específicas de trascendencia constitucional, al devenir un contrapeso o límite a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con la finalidad de garantizar una situación de igualdad respecto a los particulares, delate de los tribunales, sin la cual la facultad de control o fiscalización de la activación administrativa que garantiza el artículo 106 de la Constitución, sería una mera ficción.

SÉPTIMO.- En cuanto a la naturaleza del incidente cautelar, recordamos que la decisión que se adopte sobre la cuestión planteada produce efectos dentro de este incidente cautelar, dejando a salvo la decisión definitiva que se adopte al dictar la sentencia correspondiente.

OCTAVO.- El órgano jurisdiccional sólo puede realizar un análisis meramente indiciario de los intereses enfrentados para decidir esa primacía determinante de cuál ha de ser la solución procedente sobre la medida cautelar, pero ha de ofertarse un mínimo de prueba para apreciar la procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que no han

realizado los recurrentes, quienes se limitan a alegar que por un lado que existe una opción técnica y jurídicamente viable que permite adecuar a la legalidad vigente lo construido y por tanto mantener el respeto a la licencia otorgada y las leyes correspondientes. Por otro que los actos administrativos se presumen válidos y que el interés general prevalece sobre el particular, pero sin soporte probatorio alguno más allá de las alegaciones referidas al fondo del asunto.

NOVENO.- El artículo 139 de la LJCA, establece que: *“En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.”

En el presente caso han de imponerse las costas, de acuerdo a lo establecido en el apartado 3 del citado precepto (“*La imposición de costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*”), con un límite máximo de 200 euros, atendida la naturaleza y cuantía de este recurso contencioso-administrativo.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación

PARTE DISPOSITIVA

SE DA LUGAR A LA ADOPCIÓN de la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación conforme establecen los artículo 80.1c) y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dentro del plazo de QUINCE DÍAS siguientes al de la notificación de esta resolución, ante este Juzgado.

Así, por este su auto, del que se unirá certificación a la causa quedando el original en el libro de resoluciones definitivas de este Juzgado, lo dispone, manda y firma LAURA AZUARA BOU, Jueza del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº5 de Barcelona.



F. DILIGÈNCIA D'ORDENACIÓ EN QUE ES TÉ PER INTERPOSAT EL
RECURS D'APEL·LACIÓ

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº5 DE BARCELONA

Recurso: 122/2013
Procedimiento: Abreviado
Parte actora: Jaume Pérez Mauri
Representante de la parte actora: Isabel Trilla Pinu
Parte demandada: Ayuntamiento de Sant Just Desvern
Representante de la parte actora: Ignacio Martínez de Velasco

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

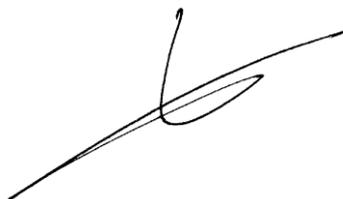
ILTRE. SR/A SECRETARIA JUDICIAL TITULAR DE ESTE JUZGADO

En Barcelona a 3 de abril de 2013

Dada cuenta; por recibido el anterior escrito, únanse y visto su contenido. Se tiene por interpuesto recurso de apelación contra Auto de fecha 18/03/13. Dése traslado a las partes comparecidas para que en el plazo común de **QUINCE DIAS**, puedan formalizar su oposición y aleguen lo que a su derecho convenga.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

SECRETARIA JUDICIAL



G. SENTÈNCIA**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº5 DE BARCELONA**

Avda. de la Generalitat nº 33, bajos

Barcelona

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM 122/2016

Parte actora: Jaume Pérez Mauri
Representante de la Parte Actora: Isabel Trilla Pinu
Parte demandada: Ayuntamiento de Sant Just Desvern
Representante de la Parte demandada: Ignacio Ramírez de Velasco
Jurisdicción: Contencioso-Administrativa
Ponente: Sra. Laura Azuara Bou

SENTENCIA nº 405/2016

En la Villa de Barcelona el día once de enero de dos mil dieciséis

Visto por mí, Laura Azuara Bou, Magistrada Juez titular del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 5 de Barcelona y su partido, el presente procedimiento abreviado núm. 122/2013 en el que han sido partes como demandante Don Jaume Pérez Mauri y como parte demandada el Ayuntamiento de Sant Just Desvern, en el ejercicio que me confieren la Constitución y las leyes, en nombre de SM el Rey, he dictado la presente sentencia con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de febrero de 2013 fue interpuesto, por la representación procesal de la parte actora, escrito de recurso contencioso administrativo contra la resolución de fecha de 16 de enero de 2013, dictada por el Ayuntamiento de Sant Just Desvern (Barcelona), por la que se acuerda la resolución del Procedimiento de restauración de la realidad física alterada por obras de construcción de una piscina sita en la calle Raval, número 8 (08960) de Sant Just Desvern sin adecuarse a la licencia otorgada.

SEGUNDO.- Que en fecha 28 de febrero de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso contencioso administrativo y se dedujo demanda contra la resolución del Ayuntamiento de Sant Just Desvern ordenándose el traslado del escrito de demanda a la parte demandada, señalándose para la celebración de la vista el día 9 de diciembre a las 9:00 horas y se reclamó a la Administración demandada el expediente administrativo correspondiente.

TERCERO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, quien manifestó en el acto de la vista, señalada en fecha 9 de diciembre de 2015, su voluntad de oponerse a la misma.

CUARTO.- Practicadas las pruebas que fueron admitidas y tras las respectivas conclusiones orales practicadas en el mismo acto de la vista, quedaron los autos pendientes de dictarse la correspondiente sentencia.

QUINTO.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la pretensión anulatoria de la resolución de 16 de enero de 2013 del Ayuntamiento de Sant Just Desvern, del procedimiento de la realidad física alterada por las obras de construcción de una piscina sita en la calle Raval número 8 sin adecuarse a la licencia otorgada que, declara el incumplimiento por el recurrente del requerimiento de 9 de mayo de 2012, por no haber derruido la piscina construida y ajustarla a la cota y longitud que figuraba en la licencia de obras, dentro del plazo que se otorgó a tal efecto; dicho requerimiento ordena al recurrente que en el plazo de un mes proceda al derribo de la piscina; y finalmente advierte al recurrente que el incumplimiento de todo lo anterior, comportará la ejecución forzosa de la orden impuesta, bien mediante la imposición de multas coercitivas o bien por ejecución subsidiaria a cargo de persona interesada.

La pretensión subsidiaria del recurrente, de entender que la Resolución impugnada es conforme a derecho, es la adecuación a la legalidad urbanística de la piscina construida sin necesidad de derribarla.

El Ayuntamiento de Sant Just Desvern, administración demandada, por su parte, se opone al recurso planteado por la representación de la parte actora, solicitando la desestimación íntegra del recurso y defendiendo la legalidad de la resolución administrativa impugnada por ser conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Expuesto el objeto del litigio del presente procedimiento, corresponde entrar a analizar los motivos de impugnación que se articulan por la parte recurrente en el escrito de demanda, donde en resumen, se alega que la construcción de la piscina viene amparada en la licencia de obras que otorgó la misma Administración demandada; en la demanda se aduce la caducidad del procedimiento, la vulneración del principio de proporcionalidad, y la presunción de inocencia recayendo la carga de la prueba en la administración demandada.

Cabe recordar que la finalidad en los procedimientos de protección de la legalidad urbanística –que están compuestos por varias fases- es el restablecimiento del orden jurídico perturbado. Esta finalidad tendrá lugar bien a través de la reposición de la realidad física alterada a su estado anterior –cuando la actuación no es compatible con la ordenación aplicable, o bien mediante la legalización de la actuación –si es conforme con la normativa aplicable-.

En este caso, del expediente administrativo resulta lo siguiente:

1. Escrito al Departamento de Urbanismo del Ayuntamiento de Sant Just Desvern, donde se denuncia la ejecución de una serie de obras que vulneran las disposiciones vigentes del planeamiento urbanístico en el inmueble situado en la calle Raval 8 (08960) de Sant Just Desvern, de fecha 19 de octubre de 2011.
2. Informe técnico sobre la licencia de obras de construcción de la piscina, del Aparejador Municipal, de fecha 5 de diciembre de 2011, donde realizada la visita de inspección se constata que las obras ejecutadas no se ajustan a la licencia otorgada, debido a que la longitud de la piscina supera ampliamente la indicada en el proyecto y, además, está situada en una cota superior a la del proyecto.
3. Decreto municipal de incoación del expediente de protección de la legalidad urbanística, de fecha 27 de diciembre de 2011, que da un plazo de audiencia al interesado de 15 días para presentar alegaciones y ordena la suspensión provisional e inmediata de las obras.
4. Alegaciones presentadas por los recurrentes de fecha 24 de diciembre de 2011.
5. Decreto de 30 de enero de 2012 (obrante en folios X del Expediente Administrativo), que ratifica la orden de suspensión, desestima las alegaciones y requiere al interesado para que en el plazo de dos meses ajuste las obras a la licencia, derruyendo la piscina existente para construirla en la cota y con la longitud establecida en la licencia. Consta notificado en fecha 7 de febrero de 2012.
6. Petición de fecha 3 de abril, de ampliación del plazo para proceder a ajustar las obras a la licencia concedida.

7. Informe técnico del Aparejador Municipal de fecha 11 de abril de 2012 en que se informa desfavorablemente a la petición formulada por el recurrente.
8. Decreto de fecha 9 de mayo de 2012 que desestima la petición formulada por el recurrente de ampliación de plazo otorgado para proceder a la restauración y reanuda el plazo otorgado en primer requerimiento con el fin de que se ajusten las obras ejecutadas a la licencia otorgada.
9. Informe aportado por la arquitecta de parte Josepa Quirós Bernal, de fecha 29 de junio de 2012, en el que se acuerda en reunión con el Arquitecto de Servicios Técnicos Municipales de Sant Just Desvern, mantener la cota y ubicación actual de la piscina, recortando y derruyendo parcialmente la piscina; mantener el nivel de inclinación de las tierras que la rodean; y retirar un bloque de hormigón de la valla lateral derecha que sobrepasa la altura permitida.
10. Informe técnico de parte para la legalización de las obras de construcción de una piscina en el que consta que las obras no se han iniciado.
11. Concesión de la licencia de obras menores por parte del Ayuntamiento de Sant Just Desvern de fecha 6 de junio de 2011.
12. Decreto de fecha 16 de enero de 2013, que declara el incumplimiento del requerimiento de 9 de mayo de 2012, por no haber derruido la piscina construida y ajustarla a la cota y longitud de la licencia de obras, dentro del plazo otorgado al efecto, ordena que en el plazo de un mes proceda a deruir la piscina, y advierte que el incumplimiento comportará la ejecución forzosa de lo ordenado bien mediante la imposición de multas coercitivas o bien por ejecución subsidiaria a cargo del interesado.

TERCERO.- De la caducidad del presente procedimiento

La caducidad tiene por objeto no el ejercicio de la potestad sancionadora, sino la forma de ejercitar la misma, el instrumento del que se vale el legislador para encaminar dicho ejercicio, en una palabra, el procedimiento. Por supuesto que el devenir del tiempo hace que los derechos materiales no solo prescriban sin que también caduquen, pero la caducidad referida al derecho material solo se da cita en los denominados "derechos de configuración jurídica" es decir aquellos que según la doctrina confieren a su titular la facultad de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, facultad constitutiva cuyo ejercicio se somete- por imperativo del principio de seguridad jurídica (art.9.3 de la CE)- a severos plazos de caducidad. Supone pues, la caducidad una exigencia legal notablemente más rígida que la prescripción. El ordenamiento jurídico permite a los titulares de la potestad sancionadora la persecución de la conducta antijurídica durante un determinado plazo de tiempo (el de la prescripción) pero, una vez iniciados los trámites necesarios para acometer dicho enjuiciamiento y represión, estos deberán, necesariamente, concluir en otro plazo necesariamente más breve (el de

caducidad). Como nota la STS (sección 5ª) de fecha 5-12-88, "para que la sanción administrativa sea válida en derecho, es preciso no sólo que los actos realizados estén incluidos en la norma sancionadora, sino que, además la sanción se imponga de conformidad con la norma de procedimiento y en el plazo establecido por la Ley; el transcurso de ese plazo sin que se imponga la sanción, determina la imposibilidad legal de efectuarlo, y si se ha hecho se produce la nulidad radical de la sanción impuesta"; o, como establece la STS (sección 4ª) de 26 de julio de 1988, "la regla general de la validez de las actuaciones administrativas realizadas fuera del plazo establecido ... admite como excepción el supuesto de que por su propia naturaleza la actuación de la potestad administrativa esté esencialmente sometida a plazo, y, este es el caso de la potestad sancionadora, de suerte que transcurrido el lapso de tiempo necesario para producir la caducidad, la Administración ha de declararla, sin que pueda legalmente hacer declaraciones atribuyan a una persona la comisión de una infracción.

La parte recurrente alega cuestiones formales como la caducidad del procedimiento, considerando como "dies a quo", el acto de incoación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística de fecha 27 de diciembre de 2011, y como "dies a quem" la Resolución del procedimiento de fecha 16 de enero de 2013. Considera la recurrente que el plazo de 6 meses previsto en el art. 115.1 del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el reglamento sobre protección de la legalidad urbanística y en el art. 202 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo ha sido excedido.

Cabe recordar que el plazo se computa desde la incoación, y no desde una eventual denuncia, hasta la fecha de notificación de la resolución (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid.- Sentencia num. 404/2008 de 26 septiembre).

El plazo de caducidad en los procedimientos sancionadores es de seis meses.

El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística se inicia con la orden de legalización de las obras y finaliza una vez que se notifica la orden de demolición, como reiteradamente ha declarado la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, baste con citar entre otras la Sentencia nº 114 de 24 de enero de 2008, dictada en Recurso de Apelación nº 789/2007 o la Sentencia nº 1348 de 25 de junio de 2009, dictada en Recurso de Apelación nº 413/2009.

Tal caducidad no existe y por tanto éste motivo debe ser desestimado, pues el Decreto de incoación del expediente administrativo de protección de la legalidad urbanística es de fecha 27 de diciembre de 2011 y el Decreto que requiere al interesado para que en el plazo de dos meses ajuste las obras a la licencia, es de fecha 30 de enero de 2012, en ningún caso, habiendo transcurrido apenas un mes entre un acto y otro puede hablarse de caducidad del procedimiento.

Por todo lo anteriormente expuesto, este motivo alegado por la recurrente debe ser desestimado al entender que no ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses.

CUARTO.- Del principio de proporcionalidad

La actora en su escrito de demanda se refiere a la necesidad de que sea el principio de proporcionalidad el que rija en la actuación de la Administración. Se argumenta la posibilidad de recortar la piscina, acto manifiestamente menos lesivo para el recurrente.

En cuanto al principio de proporcionalidad, que ha sido recogido expresamente por la doctrina jurisprudencial como uno de los principios que ha de inspirar en la actuación administrativa, es necesario traer a colación las pautas que al respecto se derivan de las conclusiones de la jurisprudencia

El principio de proporcionalidad es también conocido como principio de “menor demolición”, y viene definido ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia. Así en relación con la protección de la legalidad urbanística, su naturaleza y supuestos se recogen en la STS de 18 de febrero de 1992:

Los principios generales del Derecho, esencial del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios inspiren las normas (art 1.4 del Título preliminar del Código Civil) y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho (art. 103.1 CE). Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de ejecutarse conforme a las exigencias de los principios. Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad, que deriva claramente del art. 106.1 CE, que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

El Tribunal Supremo ha venido reiterando conclusiones plasmadas, entre otras, en la sentencia de 28 de abril de 2000 (RJ 2000/4953), lo que se ha retomado, entre otras, en la sentencia de 14 de julio de 2000, de 15 de enero de 2002, y más recientemente en la de 2 de octubre de 2002; en ella se recogió como doctrina del ámbito urbanístico lo siguiente:

El principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE (La Ley 2500/1978), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho

administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de la proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas.

Principio que más en concreto en el ámbito urbanístico ha sido aplicado expresamente a la hora de valorar la procedencia o no de las demoliciones.

La STS de 15 de noviembre de 1999 reconoce que *“frente al criterio recurrente, el principio de proporcionalidad forma parte de nuestro ordenamiento jurídico para condicionar la actuación de la Administración, no sólo en el ámbito estrictamente sancionador, donde la Jurisprudencia se ha hecho eco de la necesidad de la adecuada correlación entre la gravedad de la infracción y la importancia de la sanción dentro, incluso, de los márgenes de que la norma permite, sino también en el más general de la intervención administrativa, modulando la intensidad de ésta a favor de la medida menos restrictiva posible”*

La Sentencia de esta Sección de 3 de diciembre de 1991 recoge la doctrina de otra anterior de 16 de mayo de 1990 y sienta la doctrina de que el principio de proporcionalidad opera en dos tipos de supuestos:

- a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables; y
- b) , ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

Como bien ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de noviembre de 1993 y en sentencia de la Sección 5ª rec 8084/90 de 18 de julio de 1995, en relación a las medidas de protección de la legalidad urbanística *“el principio o criterio de proporcionalidad, congruencia y menor demolición, desarrollado por la jurisprudencia, pretende en su aplicación evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o gravedad de la infracción cometida y las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta, resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten. Igualmente es necesario indicar que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo que procede la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición dispuesta (SSTS de 1 de Julio y de 19 de Septiembre de 1981). No procederá, por tanto, la demolición en los*

casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal”.

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1987 dispone que *la inevitable y drástica demolición no se reputa procedente, pues, por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con mesura y restrictivamente a fin de evitar que con ella se origine un mal o resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza por lo que a aquélla ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos verdaderamente límites, con la finalidad de no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir, lo que conlleva a la necesidad de estar siempre al principio de menor demolición, ya que lo que legitima la intervención administrativa, es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante de sometimiento a éstos que reitera el art. 106.1 CE.*

La Jurisprudencia ha indicado que el principio de proporcionalidad, considerándose entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir con la demolición, significa el efecto de ponderar la trascendencia que tenga para el interés público la concreta infracción y la perpetuación de la misma, es decir, la diferencia que exista entre el simple desfase de lo permitido por la licencia y lo realmente construido (SSTS de 27 de Junio de 1983 y de 28 de Enero de 1987), no reputándose procedente la drástica demolición pues, por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con mesura y restrictivamente, a fin de evitar que con ella se origine un mal o resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza, por lo que a aquella ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos verdaderamente límites (SSTS de 15 de Mayo de 1980, 25 de Mayo de 1982, 2 de Noviembre de 1983 y 13 de Diciembre de 1984), con la finalidad de no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir (SSTS de 30 de Junio y de 6 y de 21 de Noviembre de 1981), lo que conlleva la necesidad de estar siempre al principio de no demolición (SSTS de 17 de Diciembre de 1974 y de 8 de Mayo de 1980), ya que lo que legitima la intervención administrativa, conforme a los arts. 4 y 6 RSCL, es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante del sometimiento a éstos que reitera el art. 106.1 CE (STS de 28 de Enero de 1987).

En cualquier caso, y aunque las obras sean ilegalizables, reiterada jurisprudencia considera que, en aplicación de los principios de proporcionalidad y congruencia, puede no ser la solución adecuada la demolición de las obras debiéndose ponderar, en tales supuestos las siguientes circunstancias:

1.- La entidad del objeto de la infracción, y la incidencia del mismo sobre el bien jurídico a proteger.

2.- El estado de la construcción, y la cuantificación de los costos de las obras adicionales que supondría la demolición del elemento objetivo de la infracción.

3.- La actuación de la Administración en el servicio público de inspección urbanística, en especial la vigilancia diligente de las actuaciones urbanísticas en sus fases iniciales, con el fin de evitar que se consoliden situaciones irreversibles.

4.- La presencia de terceros adquirentes de buena fe.

En cuanto al fondo, del expediente administrativo queda acreditado que la piscina tiene una longitud, efectivamente, superior a la autorizada a la licencia. Por tanto, a la vista de la prueba practicada, cabe tener acreditado que se trata de una obra legalizable.

Por una parte del Informe técnico de fecha 5 de diciembre de 2011 obrante en el expediente administrativo, se determina que la piscina está situada en una cota superior a la del proyecto y por tanto que debió construirse en la cota más baja de la parcela, sin aportar ningún dato objetivo y siendo un informe falto de motivación. Por otra parte, de la prueba practicada, resulta que ello estaba previsto en el proyecto de obras presentado para la obtención de la licencia.

Se determina en el Informe técnico emitido por el Aparejador municipal de fecha 5 de diciembre de 2011 que la medida es manifiestamente ilegalizable, pero no se establece en base a qué nivel de cotas.

Lo anterior determina la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto y la anulación, también parcial, de la resolución impugnada, dejando sin efecto la orden de demolición de la construcción a que dicho acto se refiere.

QUINTO.- En cuanto a las costas, dado que la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo conlleva la desestimación de las pretensiones de la Administración demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 139 LJCA en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, procede imponer el pago de la mitad de las causadas a esta última.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, y en nombre de S.M el Rey

FALLO

Que debo estimar parcialmente y estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrada Doña Élia Folch Gasull, anulando parcialmente, por no ser ajustada a derecho, la resolución impugnada, dictada por el Regidor d'Urbanisme del Ajuntament de Sant Just Desvern, de fecha 28 de diciembre

de 2012, objeto de este procedimiento, y en consecuencia, se deja sin efecto la orden de demolición de la construcción a que dicho acto se refiere, con la orden al recurrente de ejecutar las obras necesarias para su destino a la licencia concedida en su día.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, conforme previene la Ley y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento

Que debo imponer e impongo la mitad de las costas a la Administración demandada.

Contra la presente Resolución, y en razón de la cuantía, que no supera los 30.000 euros, no cabe interponer recurso de apelación ni ningún otro recurso ordinario, de acuerdo con lo establecido en el art. 81.1.a) LRJCA en la redacción dada al mismo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

Procédase a dejar testimonio de esta sentencia en el las actuaciones, y pase el original de la misma al Libro de Sentencias. Una declarada la firmeza de la sentencia, devuélvase el expediente a la Administración de origen del mismo.

