
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 406/2006 BD
Sentencia nº 136 (17-04-2007)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

RESTABLECIMIENTO DE LEGALIDAD URBANÍSTICA. RETIRADA DE CERRAMIENTO DE GALERÍA.

Normativa aplicable en función del momento de ejecución de la obra.

Prueba testifical no concluyente.

No aportación de pruebas sólidas.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza, a diecisiete de abril de dos mil siete.

El Sr. D. Javier Albar García, Magistrado-Juez de Contencioso Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes autos de procedimiento ordinario 406 /2006 – BD seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D. A.P.F., representada por la Procuradora Sra. A. y asistida del Letrado Sr. F. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado por la Procuradora Sra. C. y asistida del Letrado Sr. M. sobre retirada cerramiento de galería; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Que mediante escrito de fecha 25/7/06 se interpuso por A.P.F. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación: «Resolución emitida por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 24-05-06 (Expte. 514.802/2006) que acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por el recurrente el 05.05.06 contra acuerdo del Consejo de Gerencia de 28-03-06 del Expte. 668.894/2005 que ordenó retirada de cerramiento de galería constituyendo un aumento de superficie y/o volumen según los arts. 2.2.18 y 2.2.19 del Plan General de Ordenación Urbana en C/ General Sueiro.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.– Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en autos.

TERCERO.– Que mediante auto de fecha 4/12/06 se acordó fijar la cuantía del recurso en 4.705,92 euros, recibándose el pleito a prueba y practicándose la admitida y declarada pertinente con el resultado que obra en autos.

A continuación se dio traslado a las partes, por su orden, para el trámite de conclusiones, habiéndose presentado escritos que obran en autos.

CUARTO.– Que por resolución de 15 de marzo, se acordó prueba testifical, para mejor proveer y una vez practicada, se dio traslado a las partes para formular alegaciones, habiéndose presentado escritos por ambas, y se declararon los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.– Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– Se recurre la resolución de 23-5-2006 del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo que confirmó en resolución de recurso de reposición la de 28-3-2006 que había ordenado retirar el cerramiento de la galería en la calle General Sueiro.

Se alega prescripción por transcurso del plazo de cuatro años desde la modificación de la galería así como indebida aplicación de la LUA 4/1999 y del PGOU de 2001, al haberse realizado aquél en 1997.

SEGUNDO.– Como primera cuestión, hay que decir que la normativa aplicable, esto es la LUA 4/1999 o el TRLGSS de 1976, así como los PGOU de 2001 o de 1986, dependerá de cuándo se llevó a cabo la obra, si en 2004-2005, como consideró el Ayuntamiento o en 1997, como alega la recurrente. En ambos casos, art. 209 LUA y RDL 16/1981 de 16 de octubre, que modificó el citado TR de 1976, el plazo sería de cuatro años, por lo que, en definitiva, se trata de ver cuándo se llevaron a cabo las obras.

TERCERO.– La recurrente afirma que tales obras de cerramiento se realizaron inicialmente en los años 70 y que en 1997 tuvo lugar un cambio de cerramiento a uno más moderno.

La valoración conjunta de la prueba nos lleva a la conclusión de que la obra es moderna, es decir de los años 2004-2005, por lo cual no habría prescrito y se habría aplicado correctamente los puntos 2.2.18 y 2.2.19 del PGOU de 2001, así como los art. 196 y 197 LUA en relación con el 204, al estar ante una obra que significa aumento de volumen.

Hay que tener en cuenta que el cierre no se ha negado, por lo que la prescripción, y por tanto la prueba de las fechas en que la misma se ampararía,

corresponde a quién la invoca, el cual no ha cumplido con dicha carga que le impone el art. 217 LEC.

Así, el Ayuntamiento se basó en la denuncia de la Comunidad de Propietarios, formulada materialmente por Rodolfo Romero, sin que la parte haya citado a declarar al mismo, cosa que hizo el Juzgado de oficio, ni a quienes intervinieron en la Junta que acordó realizar la denuncia. En dicha denuncia de 24-6-2005 se dijo que la obra se había iniciado en julio-agosto de 2004. Así mismo, se basó en la evidencia dada por la galería, fotografías que obran en folios 6 a 10, recogidas en la visita de la Inspección, folio 5.

Frente a tales pruebas, alega que se llevó a cabo una modificación, que habría dejado la galería en el estado actual, en 1997, presentándose como única prueba un presupuesto, que obra en folio 25 del expediente, que correspondería a «T.C.». Dicho documento carece absolutamente de valor, ya que no consta firma, no consta indicación de persona alguna que lo haya emitido, no consta membrete, y por supuesto no es una factura ni nada que se le parezca. Sorprende además que se haya encontrado el presupuesto y que en cambio no conste la factura o el recibo, que es lo que se suele guardar. Se afirma que tales talleres han desaparecido, pero es que, ni siquiera se ha demostrado su existencia, cosa que podría haberse llevado a cabo por medio de solicitud de pruebas como información fiscal, Registro Mercantil, etc. Por otro lado, en el citado presupuesto no consta que hubiese colocación de radiador o traslado del mismo ni derribo de tabiques, cosa que sí se aprecia que tuvo que hacerse cuando se examina la fotografía del folio 9. En última instancia acreditaría que tuvo lugar tal reforma en 1997, pero no que no hubiese otra posterior en 2004-2005.

La única prueba presentada ha sido una testifical de la señora D. P., la cual sí confirmó lo dicho por la parte recurrente, si bien debe tenerse en cuenta que se basaba en las apreciaciones que hizo porque cuando se realizó, según ella, el cambio de hacía 8 ó 9 años, paseaba por la acera de en frente a su perro, que era cachorro. Tales paseos y vistas, dicho sea de paso, no le permitían ver si entonces se había eliminado el tabique interno, tal y como se aprecia en las fotografías del expediente o no, pues lo más que habrían permitido era ver el cierre de la galería.

No obstante, y por las leves dudas que había sembrado dicha testigo a favor de la recurrente, se acordó por el Juzgado, a fin de agotar las posibilidades de prueba, citar al legal representante de la Comunidad. Dicha testifical, que dio apariencia de plena veracidad del testigo, que no mostró especial interés en la cuestión y consignó datos a favor y en contra de la tesis municipal, aporta datos diversos que mueven a considerar verdadera la versión del Ayuntamiento, bien por apoyarlas directamente bien por poner de relieve nuevas carencias en el cumplimiento de la carga probatoria atribuida al recurrente.

Así, el mismo manifestó, si bien al 99%, dejando un mínimo margen de duda, que se trata de cerramientos nuevos, tanto el del recurrente como el otro que fue denunciado. Ciertamente es que hay más cerramientos, pero pretender que porque su piso dé a la otra fachada, la de General Sueiro, es dudoso que haya

podido conocer la existencia de tal nuevo cerramiento, es absurda, pues lo lógico es que pase por la zona siguiendo diversos recorridos. Además, manifestó que se trataba de unos cerramientos diferentes, que es lo que cree que enfadó a la Comunidad, por lo que es claro que sería más fácil que se apercibiese de los mismos. Por otro lado, reconoció que ni él movió la cuestión ni tenía en ese momento conocimiento directo de los hechos que manifestó en la denuncia, pero lo lógico es que al menos comprobase la realidad de tal cerramiento y de las obras que en él se realizaban.

No obstante, y llegando a extremos de duda cartesianos, podríamos dudar de toda esa percepción y pensar que pudo equivocarse al referirse a tal cerramiento como reciente, dado que hay muchos cerramientos, pero hay otro dato claro que nos dio, y es que accedió al piso del recurrente con ocasión de unas filtraciones desde un piso superior. En él apreció materialmente que estaban en obras, así como que habían tirado un tabique. Dijo que no era el de la galería, lo que acredita su veracidad, pues si se hubiese inventado todo le bastaría con haber manifestado que efectivamente era el que separaba la galería. En todo caso, lo que se acredita con ello es que habla obras en el momento en que se formuló la denuncia. Ante dichas obras, cabe preguntarse por qué la parte no ha aportado presupuesto, proyecto, facturas o cualquier otro documento de las mismas. Si efectivamente las obras que se realizaron no tocaron la galería, nada más fácil de acreditar, pues no aparecería en tales documentos, con lo cual habría un indicio más que razonable en apoyo de su versión, pues acreditaría que las obras realizadas no habían tocado la galería, lo que restaría prácticamente toda fuerza a la denuncia. Ni en vía administrativa ni en vía judicial se aportaron datos al respecto. Se puede aceptar que si se hubiesen realizado obras en 1997 no se guarden las facturas (con la duda de que se presente un presunto presupuesto sin firmar pero no documentos en forma), pero lo que no puede creerse es que teniendo facturas u otros documentos en los que consten las obras realizadas en 2004-2005, de los cuales se desprenderá sin dudas, en caso de ser cierto, que entre tales obras no se incluyeron obras en la galería, no se puedan aportar. Ante ello se impone un hecho de experiencia, que es que quien pudiendo presentar un documento que le daría base fáctica a los hechos que invoca no lo presenta, es porque realmente dicho documento sólo puede perjudicarlo. Es decir, la única explicación es que en tales documentos, constan obras en la galería y por ello no se presentan, todo lo cual viene a confirmar las pruebas que ya obran, como son la existencia de la galería, la denuncia de la Comunidad y la testifical del Presidente.

Frente a ellas, ni ha aportado pruebas documentales sólidas de las obras supuestamente realizadas en 1997, fecha que habría determinado la prescripción, ni se ha justificado la desaparición de esa presunta empresa «T.C.», ni se ha pedido la prueba que habría permitido acreditar que existió, ni se ha pedido la testifical de más vecinos, lo que habría permitido contrastar todos los datos sobre los momentos en que realizó el cerramiento y sobre cuántos cerramientos se han llevado a cabo. Tampoco se ha pedido una pericial que tal vez podría haber

acreditado, como se ha hecho en algunos supuestos similares, que el material empleado era de 1997, dado que este tipo de materiales suele sufrir una evolución en poco tiempo que a veces permite descartar que sea reciente.

Por todo lo anterior, procede desestimar en su totalidad el recurso interpuesto.

CUARTO.– No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por A.P.F. contra la resolución de 23-5-2006 del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo que confirmó en resolución de recurso de reposición la de 28-3-2006 que había ordenado retirar el cerramiento de la galería en la calle General Sueiro, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.