
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento abreviado nº 222/2004
Sentencia nº 406 (5-10-2004)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DEMOLICIÓN. CERRAMIENTO GALERIA.

Prescripción: prueba y plazos.

No da lugar a la legalización.

Objeto: reforma o reparación.

Anulación parcial y reducción del contenido de la orden.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza, a cinco de octubre de dos mil cuatro.

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 abreviado 222/2004-BI seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente Doña M.N.D.D., representada por el Procurador D. M.A.C.R. y de otra el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Doña N.C.A. sobre: «Resolución de la M.I. Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 28/11/03 que requería a la recurrente a que proceda a la retirada del cerramiento de la galería en C/ Francisco de Quevedo, de Zaragoza», y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Que por M.N.D.D. se presentó escrito en el que, tras alegar los hechos que estimó oportunos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminaba suplicando que, tras los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que se acuerde estimar su solicitud formulada contra la actuación administrativa recurrida y que se referenciaba en el encabezamiento de la presente resolución.

Admitida la solicitud, la cual se tramitó según las normas establecidas para el Procedimiento abreviado (art. 78 LJCA), se citó a las partes para la celebración de juicio oral, solicitando a la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente administrativo.

SEGUNDO.– Una vez recibido el expediente solicitado, se dio traslado del mismo a la parte recurrente a fin de que pudiera instruirse para hacer alegaciones en el acto del juicio, habiéndolo hecho y devolviendo el expediente, el cual quedó unido a autos.

Celebrándose con fecha 4 de octubre de 2004 juicio oral, conforme puede verse en los autos, y quedando los mismos vistos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– Se recurre la resolución de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 28-11-2003 que requirió a la recurrente para que retirase el cerramiento de una galería en la c/ Francisco de Quevedo.

Se alega que el cerramiento estaba hecho hacía mucho más de diez años, en concreto desde 1976, así como que se limitó a reparar el mismo, habiendo incluso retirado otro cerramiento adosado a éste en la misma terraza.

SEGUNDO.– Respecto de la primera cuestión, las pruebas aportadas son contundentes, y tenemos tres arquitectos, los que dispusieron en el acto del juicio, R.L. y N., además del señor E., que han asegurado que tenía más de diez años, siendo su ejecución anterior, por tanto, incluso a la entrada en vigor de la LUA 5/1999. Para ello se basan en el tipo de materiales empleados, uralita, maderas, y en la disposición de los huecos, de una manera que ahora en ningún caso, se llevaría a cabo. Hay otros datos relevantes, como las testificales de los vecinos y el documento con acta ante notario, que confirman lo dicho por los peritos. Aun existe un último dato, y es que había otro cobertizo o cerramiento en la misma terraza, cuyos restos se apreciaban a simple vista, según el señor R., del que cabe deducir que aquello llevaba ya varios años, ya que si hubiese llevado poco tiempo no sería muy lógico que se retirase. Las testificales indican que hay otros cerramientos, si bien sólo el de la recurrente, sin duda porque se llevó a cabo un control de la licencia, parece haber dado lugar a la actuación municipal.

De todo ello se desprende, por tanto, que habría prescrito la acción de restablecimiento de la situación jurídica infringida, no ya respecto del art. 204 en relación con el 197 LUA, sino en relación con el art. 185.1 del TRLS de 1976 tras la modificación operada por el art. 9 del RDL 16/1981 de 16 de octubre, norma aplicable a tenor del momento en que se construyó.

En este sentido, por tanto, habría de darse la razón al recurrente.

TERCERO.– No obstante, el art. 197.3 de la Ley Urbanística de Aragón 5/1999 dice que el mero transcurso del tiempo de la prescripción de la infracción no da lugar a la legalización de las obras, por lo que «no podrán llevarse a cabo, en tanto persista la transgresión del ordenamiento urbanístico, obras de reforma ampliación o consolidación de lo legalmente construido», lo cual es una aplicación del principio sentado ya en el art. 70 sobre la imposibilidad de tales obras de consolidación en edificios o construcciones fuera de ordenación, en los que sólo se permiten pequeñas reparaciones. Se suscitan dos problemas. El primero es si ha habido reforma, ampliación o consolidación o bien simples reparaciones. El segundo es, para el caso de lo primero, cuál debe de ser la consecuencia jurídica que de ello se debe de seguir.

En relación con lo primero, el informe de los peritos indicó que se llevó a cabo pintura interior y exterior, sustitución de carpintería exterior, manteniendo los huecos originales, retejado de cubierta y colocación de suelo interior, en concreto parquet flotante. Si bien se puede considerar que la pintura, e incluso el cambio de carpintería, puede ser una simple reparación, en la cual se puede incluir pequeñas sustituciones, sobre todo de elementos difíciles de reparar, como la carpintería exterior, no se puede en cambio decir lo mismo del retejado de cubierta y de la colocación del suelo de parquet. En cuanto a lo primero, porque aunque fuese precisa una reparación, sólo podría hacerse sustituyendo los materiales anteriores, al parecer uralita, según el perito, y en cuanto a lo segundo porque introduce un elemento que hace más confortable el cerramiento, aumentando su utilidad y, por tanto, primando la ilegalidad de su origen, pues no se debe de olvidar que lo que era ilegal sólo ha pasado a ser tolerado, pero no legal. De no existir tal prohibición, se estará premiando la comisión de infracciones, ya que las construcciones contrarias al ordenamiento se acabarían consolidando como derechos, una vez salvado el plazo de prescripción, lo cual no es admisible para el derecho. Quien realiza o disfruta de una construcción ilegal, debe de asumir que la misma no es mejorable, sino sólo mantenible, una vez pasado el plazo de prescripción, por lo que no puede realizarse ninguna obra que, más allá del mantenimiento de la utilidad, mejore la misma, aumente su valor o su utilidad.

En cuanto a la segunda pregunta, cabe plantearse si se puede ordenar la total demolición o reponer la cosa a su estado anterior. Lo primero debe de ser descartado, pues si bien el tiempo no hace legal lo ilegal, la realización de una reforma, que mantiene como en este caso, la estructura, que no se ha mejorado, no puede hacer revivir la acción de demolición ya prescrita respecto de la construcción. Ello nos lleva a que la demolición debe de afectar sólo a los aspectos en que la misma se ha mejorado, por lo que en este caso debe de levantarse el parquet flotante, a fin de no aumentar en ese punto la utilidad y habitabilidad de la construcción. En cuanto al tejado, ciertamente lo más propio sería ordenar sustituir el tejado colocado por otro de las mismas características, pero como no consta de forma fehaciente ni el tipo de tejado colocado ni el que había —aunque parecer ser uralita, se desconoce si llevaba aislante y de qué tipo— procede dejar el que ya se ha colocado, que en sí, salvo que pueda mejorar un poco el aislamiento, no aporta una mayor utilidad, mejorando sin duda la estética del edificio, dada la fealdad de la uralita, debiendo tenerse en cuenta, en este criterio menos gravoso que ahora se aplica, el principio del «in dubio pro cive» y el hecho de que la construcción ilegal en sí se ha visto disminuida, pues se suprimieron: 9,50 metros cuadrados de cerramiento preexistentes. Es decir en conjunto la situación urbanística ha mejorado, aunque ello no puede soslayar el principio de que la infracción no puede compensar, si bien en un examen conjunto de la cosa procede reducir al mínimo la orden de restauración de la legalidad, que se limitará al levantamiento del parquet de madera, según las razones ya apuntadas.

CUARTO.– No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA, al haberse estimado parcialmente el mismo.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por M.N.D.D. contra la resolución de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 28-11-2003 que requirió a la recurrente para que retirase el cerramiento de una galería en la calle Francisco de Quevedo, acuerdo anular parcialmente la misma, reduciendo la orden de demolición únicamente al levantamiento del parquet flotante, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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