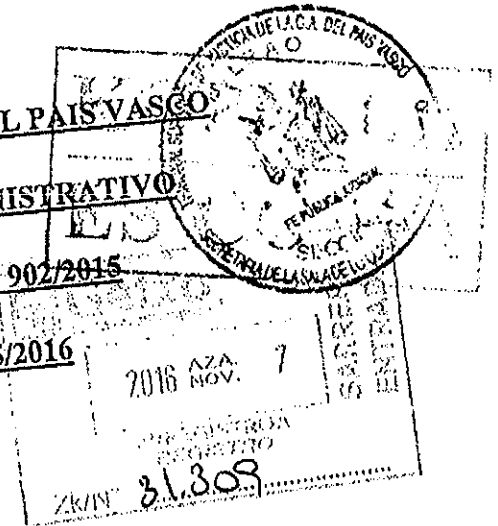


TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 902/2015

SENTENCIA NÚMERO 465/2016



ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a veintiséis de dos mil dieciséis.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Bilbao, en recurso contencioso-administrativo número 51/2013, en el que se impugna: el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo núm. 4233/2012, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra Decreto de Alcaldía 2560/2012, de 4 de junio.

Son parte:

- APELANTE: [REDACTED] representada por el Procurador D. PEDR MARÍA SANTÍN DIEZ y dirigida por el Letrado D. JOSÉ PASTOR RUIZ.

- APELADO: AYUNTAMIENTO DE GETXO, representado y dirigido por la Letrada D^a. LARRAITZ ABERASTURI IBARRA.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por [REDACTED] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que estimando el recurso de apelación, se revoque la sentencia apelada y se estime el recurso en su día formulado y pretensiones contenidas en la demanda.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

Por el Ayuntamiento de Getxo en fecha 6 de noviembre de 2015 se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia por la que confirme la sentencia apelada y se condene en costas a la parte apelante.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente. Por Auto de fecha 29 de enero de 2016 se acordó denegar la práctica de la prueba testifical interesada y, asimismo se consideró necesario el trámite de conclusiones; señalándose para la votación y fallo el día 25/10/2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso de apelación por la representación de [REDACTED] contra la sentencia núm. 93/2015, de 28 de mayo de 2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 51/2013 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Bilbao.

La sentencia desestimó el recurso interpuesto contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo, núm. 4233/2012, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra Decreto de Alcaldía 2560/2012, de 4 de junio.

La parte apelante discrepa de la sentencia argumentando que no se valoró una prueba propuesta, admitida y practicada y que pudo variar el contenido de la sentencia, según se reconoce en el auto de aclaración.

Se discrepa de la afirmación contenida en el fundamento jurídico quinto de la sentencia donde se manifiesta que no puede considerarse acreditado que la instalación realizada pueda considerarse una terraza. La prueba del perito Sr. Zuazua lleva a concluir que se trataba de una terraza, sometida a autorización municipal, y no licencia. Y el Técnico del Ayuntamiento de Getxo que redactó el Decreto 1449/2011 lo ha corroborado con claridad. El apelante señala que el expediente administrativo se anuló quedando sin efecto; y que la sanción deriva de un expediente anulado. En cuanto a la cuantía se cuestiona porque se remite a un informe obrante en un expediente caducado, por lo que no puede ser considerado ese informe.

SEGUNDO.- El D.2560/2012, de 4 de junio de 2012, concluye imponiendo una sanción de 44.553,50 euros correspondiente al 50 % del valor de las obras ejecutadas, por la comisión de una infracción específica de edificación tipificada en el art. 237.1.b) de la LS 2/2006.

El art. 237.1.b) establece la imposición de una multa cuando se han realizado obras de construcción o edificación "superando la altura, la superficie y el volumen edificable, excediendo la ocupación en planta permitida o la distancia mínima a linderos, o contraviniendo los retranqueos".

En esta resolución se hace referencia al D.A. 1449/2011, que autoriza unos veladores en el Puerto Deportivo de Getxo, y que, según se indica, a diferencia del caso que nos ocupa (parcela privada de uso privado), era de aplicación la Ordenanza de veladores.

En cuanto a la valoración de las obras se indica que consta en informe de 9 de noviembre de 20102, que no sólo consta en el expediente sancionador archivado, sino en otro expediente administrativo (el incoado para restablecimiento de la legalidad urbanística".

El D. 4233/2012, de 3 de octubre de 2012, desestima el recurso de reposición.

TERCERO.- En primer lugar conviene precisar que el auto de aclaración de sentencia, se limita a señalar que la parte no interesa una “aclaración” o rectificación de un error material, sino que se valore una prueba que “pueda variar el contenido de la sentencia”, por lo que considera que se trata de una pretensión de modificar la sentencia.

Sin entrar en mayores consideraciones de carácter teórico, debemos indicar que el auto no permite extraer la conclusión de que la valoración de la “prueba”, deba llevar a la estimación de la pretensión de la parte recurrente.

En realidad el D. 1449/2011, de 23 de marzo de 2011, se dicta en otro expediente administrativo. Y en relación con la instalación de terrazas cubiertas con cerramientos acristalados en la zona del Puerto Deportivo de Getxo, en espacios de uso público. En realidad el Puerto Deportivo está excluido de la Ordenanza (art. 12.1.c). En dicho Decreto, sin embargo, se establece que “el procedimiento administrativo referente a la Instalación de Terrazas se regirá única y exclusivamente por lo establecido en la Ordenanza Reguladora de la Instalación de Terrazas y Barras Exteriores en Espacios de Uso público y no por lo prevenido en la legislación urbanística”. Como este pronunciamiento sería radicalmente nulo, puesto que el Ayuntamiento no puede establecer que no se aplique la Legislación urbanística, la alegación de que se “ha vulnerado” el mencionado Decreto decae.

El mencionado Decreto tampoco tiene un carácter reglamentario, ni ha sido publicado en ningún periódico oficial. La parte apelante argumenta que se preguntó al técnico que indicó que el apartado tercero del D. 1449/2011, de 23 de marzo de 2011, que anula y deja sin efecto “los procedimientos administrativos referidos a terrazas y veladores tramitados conforme a la legislación urbanística a partir de la entrada en vigor de la ordenanza” se referían al tramitado a consecuencia de la instalación de la terraza que nos ocupa. Pero ni siquiera consta que [REDACTED] fuera parte en aquél expediente. De hecho en el Decreto 260/2012 se afirma que se desconoce por qué se les notificó el D. 1449/2011, relativo a unos veladores en el Puerto Deportivo de Getxo. La parte recurrente sostiene que el D. 1449/2011 anuló el expediente de autorización interesado por el recurrente, por lo que no puede derivarse una “conducta sancionable”. Pero el hecho es que ni siquiera consta que aquel Decreto anulara una autorización de terraza a los recurrentes, y tampoco resulta de la propia resolución administrativa. Y el genérico pronunciamiento que se contiene en el D. 1449/2011 carece de cualquier rigor jurídico.

Es preciso indicar que se siguió un expediente sancionador que se declaró caducado por D.A.7171/2011, y se incoa un nuevo expediente sancionador, al no haber transcurrido el plazo de prescripción. Debemos señalar que el tipo infractor que se imputa a la empresa recurrente es el previsto en el art. 237.1.b) de la LS 2/2006, y la resolución administrativa señala que la terraza estaría sujeta a licencia de obras municipal, conforme a lo previsto en el PGOU, y que tampoco cumplirían las determinaciones de la Ordenanza municipal, cuyo objeto es establecer el régimen jurídico y técnico de la instalación en vía pública o en espacios privados de uso público de terrazas e instalaciones complementarias, aplicable a todos los espacios de uso público, sean de titularidad pública o privada. El ámbito de la Ordenanza queda claramente fijado en la misma, y no es de aplicación a los suelos de titularidad privada y de uso privado.

Según el informe del Arquitecto Técnico Municipal, de fecha 22.2.2010, la construcción no respeta las distancias a viales, no justifica el aumento de aprovechamiento de la parcela, ni cumple el coeficiente de ocupación en planta. Y siendo éstos los incumplimientos que se imputan a la parte, le correspondía alegar y acreditar que no es así.

En cuanto al importe de la sanción, debemos indicar que aunque el expediente sancionador se declaró caducado, ello no obsta para que puedan sustentarse en los antecedentes los mismos, el posterior expediente sancionador que se ha incoado, al no haber transcurrido el plazo de prescripción. El que se orden el archivo, no significa que no puedan testimoniarse los informes y documentos que consten. Y tampoco se aporta prueba alguna que acredite que el importe de las obras era inferior. Resulta sorprendente que la parte apelante sostenga que el importe de las obras asciende a 12.000 euros, y sin embargo, sostenga un recurso de apelación que exige una cuantía mínima para su admisibilidad. En todo caso, esta cuestión se valoró en la sentencia que se recurre, en la que se indica que se efectuó un cálculo sin ningún desglose de partidas, manteniendo la fiabilidad de la valoración efectuada en su día por los servicios municipales. Es preciso indicar que la parte estaba en posición de haber aportado las facturas que hubieran obrado en su poder, puesto que se trataba de obras realizadas por ella y, entendemos que a su costa.

CUARTO.- Con expresa imposición a la parte apelante de las costa procesales causadas hasta el límite máximo de 1.500 euros por el concepto honorarios de Letrado (IVA incluido), conforme a lo previsto en el art. 139.2 y 139.3 de la LJCA.

Con pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal procedente.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

QUE, DEBEMOS DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE ██████████ ██████████ ██████████ CONTRA LA SENTENCIA NÚM. 93/2015 DE 28 DE MAYO DE 2015 DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 51/2013 SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 3 DE BILBAO, QUE DECLARAMOS AJUSTADA A DERECHO.

CON EXPRESA IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DE LAS COSTA PROCESALES CAUSADAS HASTA EL LÍMITE MÁXIMO DE 1.500 EUROS POR EL CONCEPTO HONORARIOS DE LETRADO (IVA INCLUIDO), CON PÉRDIDA DEL DEPÓSITO CONSTITUIDO EN SU CASO, AL QUE SE DARÁ EL DESTINO LEGAL PROCEDENTE.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJPV de fecha 3 de junio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0902 15, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

(APE. 982/2015. Sentencia núm. 465/2016, de fecha 26/10/2016)