

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)

Sentencia num. 291/2019 de 12 junio

JUR\2019\216616



SUELO Y ORDENACIÓN URBANA-URBANISMO: INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO: protección de la legalidad urbanística: obras y usos realizados sin licencia o sin ajustarse a licencia: existencia: orden de demolición: improcedencia: prescripción: plazo: existencia.

ECLI:ECLI:ES:TSJBAL:2019:462

Jurisdicción:Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 409/2018

Ponente:Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA : 00291/2019

APELACIÓN

Rollo Sala

Nº 409/2018

Autos Juzgado

Nº PO 152/2014

SENTENCIA

Nº 291

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 12 de junio de 2019.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D. Fernando Socías Fuster

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo Nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante D. Hipolito representado por el Procurador don Miguel Socías Roselló y asistida por el Letrado don Pablo Camprubí Garrido; y como parte demandada apelada el AYUNTAMIENTO DE ES MERCADAL representado por el Procurador don Juan María Cerdó Frias y asistido por el Letrado don Juan Mir Cerdó.

Constituye el objeto del recurso el Decreto del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Es Mercadal (Menorca), de fecha 11 de Marzo de 2014 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 6 de agosto de 2013, en virtud del cual se requería a D. Hipolito a fin de que diera cumplimiento a la orden de demolición de la construcción de una NUM001 planta y una terraza descubierta en el apartamento NUM000 del conjunto Aldemar de Son Parc sito en Es Mercadal (Menorca) acordada el 10 de noviembre de 2.000.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La sentencia Nº 143, de fecha 18 de abril de 2018 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma , en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, dice literalmente en su fallo:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador don Miguel Socías Roselló en nombre y representación de Hipolito contra el Decreto dictado el 11 de Marzo de 2014 por el Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Es Mercadal (Menorca), que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 6 de agosto de 2013, en virtud del cual se requería a Hipolito a fin de que diera cumplimiento a la orden de demolición consistente en la construcción de una NUM001 planta y una terraza descubierta en el apartamento NUM000 del conjunto Aldemar de Son Parc sito en Es Mercadal (Menorca) acordada el 10 de noviembre de 2.000 condenando a la demandante al abono de las costas causadas en esta primera instancia que se fijan en la suma de MIL EUROS (1.000 €) en concepto de honorarios del Letrado del Ayuntamiento de Es Mercadal (Menorca) sirviendo un testimonio de la presente sentencia para que la Administración acreedora inicie el procedimiento de apremio, en defecto de pago voluntario."

SEGUNDO

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes

propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 11 de junio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Planteamiento de la cuestión litigiosa.

A) LOS HECHOS.

1º) A resultas de que el recurrente Sr. Hipolito ejecutase sin licencia urbanística unas obras de construcción de una NUM001 planta y una terraza descubierta en su apartamento NUM000 del conjunto Aldeamar de Son Parc (es Mercadal), el Ayuntamiento inició expediente de disciplina urbanística en el que se dictó orden de demolición mediante resolución de fecha 10 de noviembre de 2000.

Notificada la misma, se interpuso recurso de reposición que resultó desestimado por resolución de alcaldía de 7 de mayo de 2001. Resolución que no se recurrió por lo que la orden de demolición devino firme.

2º) Con posterioridad, el Sr. Hipolito presentó diversos escritos (como el de 28.06.2001 al fol. 150 del expediente) manifestando que no podía ejecutar la demolición sin que antes el Ayuntamiento decidiese sobre el expediente de legalización "que afecta exclusivamente a la terraza construida". Con relación a ello, en informe del arquitecto técnico del Ayuntamiento, de fecha 16 de julio de 2013 (fol 155 expte.) se hace constar que " A data 20 d'abril de 2001 i registre d'entrada núm. 1047, el Sr Hipolito fa entrada a l'Ajuntament del projecte de legalització de la terrassa descoberta ". Nada más se sabe sobre la tramitación de este proyecto.

3º) A resultas de quejas de terceros con respecto a la inejecución de la orden de demolición, el Alcalde dicta Decreto de fecha 06 de Agosto de 2013 por el que, advertido el incumplimiento de la orden de demolición de fecha 10 de noviembre de 2000, se requiere al Sr. Hipolito para que antes del 31.12.2013 dé cumplimiento a la misma con la advertencia de la imposición de las multas del art. 68 LDU.

4º) Interpuesto recurso de reposición y desestimado el mismo se accede a esta sede jurisdiccional en la que se pretenderá la revocación de dicha intimación. Se argumentará:

A) Que se ha obtenido mediante silencio administrativo positivo la licencia de obras solicitada al Ayuntamiento de Es Mercadal, lo que deja sin efecto la orden de demolición de las mencionadas obras, tal y como se acreditaría con en la documentación obrante en el Expediente Administrativo (págs. 57, 114, 123, 135, 136, 137 y 57 y ss.).

B) Desde que se ordena la demolición de las obras mediante Decreto de fecha 10 de noviembre del 2.000 hasta que se vuelve a dictar nueva orden de demolición

mediante Decreto de fecha 6 de agosto de 2.013, han transcurrido más de 13 años sin actividad alguna por parte de la administración, lo que supone la prescripción y/o caducidad del expediente administrativo.

B) LA SENTENCIA.

La sentencia apelada desestima el recurso.

Respecto al argumento de que la obtención de licencia de legalización por silencio positivo impide la demolición, el Juez a quo argumenta que no consta esta supuesta solicitud de licencia y que lo que obra en el expediente " constituyen meras alegaciones formuladas en el expediente de restauración de la legalidad urbanística, pero no son solicitudes de licencia, por lo que no puede entenderse obtenida la licencia por silencio administrativo ". Y que ante la controvertida presentación de solicitud de licencia y su contenido, conforme a las reglas de la carga de la prueba " correspondía al actor al menos aportar documentación referente a la solicitud de licencia y la fecha de entrada de la misma en el Ayuntamiento de Es Mercadal (Menorca), por lo que debe desestimarse dicho motivo de impugnación "

Con respecto a la prescripción de la orden de demolición, se rechaza la misma al entender de aplicación el plazo de prescripción de los 15 años según resulta de la Sentencia dictada el 5 de octubre de 2017 (ROJ: STSJ M 10157/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:10157) por la sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se remite a su vez a la STS de 25 de noviembre de 2009 .

C) LA APELACIÓN.

El recurrente en apelación interesa la revocación de la sentencia por discrepar de los argumentos con los que se rechaza su pretensión.

Se alega que consta acreditado que sí presentó proyecto de legalización de las obras, tal y como se reconoce en el propio escrito de contestación a la demanda, no siéndole imputable la falta de diligencia de la administración que no lo aporta ni lo resuelve.

A la prescripción de la orden de demolición -no regulada expresamente en la normativa urbanística balear entonces vigente- le es de aplicación el [art. 132](#) de la [Ley 30/1992](#) que en su art. 132 fija un plazo de prescripción de tres años para las sanciones muy graves. Subsidiariamente, sería de aplicación el plazo de los cinco años del [art. 518 LEC](#) .

SEGUNDO.

La supuesta obtención de licencia de legalización por silencio positivo.

Ciertamente existe confusión con respecto a si se presentó solicitud de licencia de legalización con todos los requisitos del art. 6 de la entonces vigente [Ley 10/1990, de 23 de octubre](#) , de Disciplina Urbanística .

En informe del arquitecto técnico del Ayuntamiento, de fecha 16 de julio de 2013

(fol 155 expte.) se hace constar que " A data 20 d'abril de 2001 i registre d'entrada núm. 1047, el Sr Hipolito fa entrada a l'Ajuntament del projecte de legalització de la terrassa descoberta ". Nada más se sabe sobre la tramitación de este proyecto.

Llegados a este punto debe distinguirse: i) la existencia, o no, de una licencia obtenida por silencio positivo; de, ii) la imposibilidad de ejecutar una orden de demolición sin previamente resolver una solicitud de legalización.

En cuanto a lo primero, ratificamos el criterio de la sentencia apelada en el sentido de que no podemos entender obtenida la licencia por silencio positivo desde el momento en que el recurrente no acredita el contenido y alcance del supuesto proyecto con el que se solicitó dicha licencia. La obtención de la licencia por silencio positivo precisaría que lo solicitado fuese conforme con la normativa territorial y urbanística (art. 7.2º LDU). Y esto no lo podemos verificar a falta de la aportación del proyecto de legalización para su confrontación con la indicada normativa.

En definitiva, constituye carga probatoria del recurrente acreditar para qué solicitó licencia y si lo solicitado mediante la presentación completa de la documentación necesaria, cumple con las normas urbanísticas. A falta de ello, no podemos afirmar que la indicada licencia se haya ganado por silencio.

Pero es que, además, según el referido informe de 16 de julio de 2013, el proyecto lo sería únicamente para la legalización de la "terrassa descoberta", pero no para la otra parte de la construcción objeto de la orden de demolición (construcción de una NUM001 planta).

Cuestión distinta de lo anterior es que la orden de demolición -pese a su firmeza- no pueda ejecutarse si, con carácter previo a la materialización de la misma, se obtiene licencia de legalización para las indicadas obras. Todo ello en aplicación del principio de proporcionalidad que, si bien ha sido matizado por el propio TS (véanse SsTS de 28 de marzo de 2006 , de 28 de abril de 2000 y de 15 de enero de 2002), postularía que, con independencia de las sanciones procedentes, carece de sentido ejecutar la demolición de aquello que es legalizable.

Pero de la misma forma que ante obras legalizables la ejecución material de la orden de demolición no se paraliza si no se solicitó la correspondiente licencia de legalización, sí debe detenerse cuando consta que se presentó proyecto de legalización y el mismo está pendiente de resolución por la misma administración que debe materializar la orden de demolición.

Esto es lo que ocurriría con respecto a las obras de la terraza descubierta. Se dictó orden de demolición el 10 de noviembre de 2000, después se presentó proyecto de legalización el 20 de abril de 2001 y sin resolver éste, en fecha 6 de agosto de 2013 (la resolución aquí recurrida) se acuerda requerir al Sr. Hipolito para que ejecute aquella demolición.

En consecuencia, debe estimarse parcialmente el recurso por cuanto la eventual materialización de la orden de demolición de la terraza pasa por la previa

denegación expresa de la licencia de legalización de tales obras.

Lo indicado no afecta a la otra parte de la obra (tercera planta) sobre la que no se presentó proyecto legalización.

TERCERO.

La prescripción de la orden de demolición.

No aceptamos los argumentos de la sentencia apelada que resuelve la controversia aplicando la Jurisprudencia relativa al plazo de caducidad para instar la ejecución de sentencias firmes que ordenan la demolición de unas obras. Dicha jurisprudencia lo es en relación con el cómputo de los plazos procesales para ejecutar las sentencias, mientras que aquí nos incumben los plazos de prescripción de la acción administrativa para ejecutar sus propias órdenes de demolición.

Por la misma razón rechazamos el argumento de la parte apelante que invoca la aplicación del plazo de los cinco años del [art. 518 LEC](#) .

Ya en referencia a la prescripción de la orden de demolición, debe precisarse:

1º) Que a la orden de demolición no le es de aplicación el régimen de la prescripción de las sanciones ([art. 132](#) de la [Ley 30/1992](#)) como pretende el recurrente en apelación, por cuanto son actos de naturaleza distinta. La reposición de la realidad física alterada no es una sanción.

2º) En sentencia de esta Sala núm. 381 de 3 de junio de 2015 (rec. apel. 80/2015) y variando nuestra doctrina anterior, fijamos que la acción para ejecutar una orden de demolición sí estaba sujeta a plazo de prescripción. Pese a que tal prescripción no estaba contemplada en norma urbanística autonómica o subsidiaria estatal, como tampoco en norma reguladora del procedimiento administrativo general, se interpretó que los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ([art. 9.3º](#) de la [CE](#)) motivaban que, a falta de legislación específica al respecto, se aplicase el instituto de la prescripción.

Y a falta de norma que regulase plazos de prescripción se acudió, por analogía, al plazo de prescripción que, para las obligaciones personales, establecía el [art. 1964](#) del [CC](#) . Que lo era de 15 años.

3º) En sentencia de esta Sala núm. 261 de fecha 29 de mayo de 2019 (rec. apel. 8/2019), hemos precisado el plazo de prescripción para aquellas órdenes de demolición afectadas por la reducción del plazo del [art. 1964 CC](#) por efecto de la [Disposición Final Primera](#) de la [Ley 42/2015, de 5 de octubre](#) . Pero ello no afecta al caso que nos ocupa pues el acuerdo aquí impugnado es anterior a la citada [Ley 42/2015](#) .

4º) Por razones temporales, lo indicado en el punto 2º anterior sirve para controversias como la del caso, pues para órdenes de restablecimiento de la realidad física alterada a las que les sea de aplicación la [Ley 12/2017, de 29 de](#)

[diciembre](#) , de urbanismo de las Illes Balears, la duda queda resuelta por su art. 194,4 ° que, por fin, fija criterio legal al respecto: " Se establecerá un plazo máximo de 15 años para la ejecución subsidiaria de la orden de restablecimiento por parte de la administración. Este plazo se iniciará el día que adquiera firmeza la resolución que ordene el restablecimiento, y se interrumpirá con cualquier acto administrativo formal tendente a la ejecución de la orden ."

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, resulta que cuando en fecha 6 de agosto de 2013 se dicta el acto impugnado no habían transcurrido los 15 años desde la orden de demolición fijada en Decreto de Alcaldía de 10 de noviembre de 2000.

Como consecuencia de lo indicado en el Fundamento Jurídico Segundo, la estimación es parcial pues con respecto a la materialización de la eventual demolición de la terraza descubierta, previamente debe resolverse la solicitud de licencia de legalización a que se refiere el informe del arquitecto técnico del Ayuntamiento, de fecha 16 de julio de 2013 (fol 155 expte.)

CUARTO.

Costas procesales.

En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, y ante la estimación parcial del recurso de apelación, no procede la expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Hipolito contra la sentencia Nº 143, de fecha 18 de abril de 2018 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma , la cual se REVOCA y en su lugar se acuerda:

A) ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Hipolito contra el Decreto del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Es Mercadal, de fecha 11 de Marzo de 2014, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 6 de agosto de 2013.

B) DECLARAR que la indicada resolución es disconforme a Derecho exclusivamente en cuanto al requerimiento de demolición de la "construcción de una terraza descubierta". Requerimiento y demolición que no podrá materializarse sin que previamente el Ayuntamiento de Es Mercadal resuelva la solicitud de licencia de legalización a que se refiere el informe del arquitecto técnico del Ayuntamiento, de fecha 16 de julio de 2013 (fol 155 expte.).

C) CONFIRMAR la resolución administrativa en cuanto al resto que ha sido objeto

de impugnación.

2º) No ha lugar a expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

En la preparación del recurso de casación ante el TS téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE nº 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.