

**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 28 de Madrid**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 5 - 28013

45029730

NIG: 28.079.00.3-2014/0008030



(01) 30301501979

Procedimiento [REDACTED]

[REDACTED] O
PROCURADOR D./Dña. IRENE GUTIERREZ CARRILLO
Demandado/s: AYUNTAMIENTO DE MADRID

SENTENCIA Nº 108/15

En Madrid, a diez de abril de dos mil quince.

Vistos por mí, ÁNGEL ARDURA PÉREZ, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 28 de Madrid y su provincia, los presentes autos del recurso contencioso administrativo núm. [REDACTED] seguido entre las partes, de una, como demandante, DÑA. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], representada por la **PROCURADORA DÑA. IRENE GUTIERREZ CARRILLO** y de otra, como Administración demandada, el **AYUNTAMIENTO DE MADRID**, representado por el **LETRADO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID**, y en el ejercicio de las facultades que me confieren la Constitución y las Leyes, y en nombre de S.M. El Rey, he dictado la presente Sentencia, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos, en materia de **urbanismo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso en el plazo prefijado en la Ley Jurisdiccional se le dio el trámite procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo y señalándose día para la celebración del juicio.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que durante el acto del juicio pudiera realizar alegaciones, como así ha hecho en el acto del plenario, que ha tenido lugar con el resultado que obra en autos, habiendo comparecido la parte recurrente, así como la Administración demandada.

TERCERO.- La parte actora en el acto del juicio se afirmó y ratificó en su demanda, de la que se dio traslado para alegaciones a la parte demandante, contestando a la demanda afirmando la legalidad del acto y oponiéndose a la estimación del recurso. Practicada la prueba admitida, quedaron los autos a la vista para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes autos se han cumplido todas las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia, dado el cúmulo de asuntos pendientes de sentenciar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de [REDACTED], se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 26 de agosto de 2011 del Director General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid –por delegación de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid- , confirmada en reposición por resolución de 30 de enero de 2014 del Director General de Gestión Urbanística, Vivienda y Obras- por la que se le requería como propietaria del inmueble sito en la [REDACTED] - [REDACTED] para que en el plazo de un mes procediese a la demolición de las obras abusivamente realizadas en esa finca.

SEGUNDO.- La parte demandante como motivo principal de impugnación de su demanda invoca la aplicación de lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio por cuanto considera que *<<sea como fuere, la acción administrativa ha resultado caducada, debiendo por lo tanto, revocar el requerimiento objeto de la presente demanda>>*.

Según argumenta la parte demandante *<<con fecha de 23 de mayo de 2011, el Ayuntamiento demandado incoa un nuevo expediente de legalización que da lugar a la resolución hoy impugnada y con fecha de 29 de agosto, acuerda ordenar la demolición de las obras. Sin embargo reconoce que si las obras fueron finalizadas antes del 23 de mayo de 2011, se habría producido la caducidad de la acción administrativa para reponer la legalidad urbanística>>*.

Por su parte la Administración demandada se opone al recurso sosteniendo la legalidad de la resolución recurrida.

TERCERO.- Pues bien, examinadas las actuaciones así como las alegaciones formuladas en la demanda y en la contestación a la misma, el recurso debe tener favorable acogida y ha de ser estimado.

Como señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 30 de junio de 2011 –recurso de apelación nº 482/2010:

<<para el supuesto de ejecución de obras sin haber obtenido la preceptiva licencia, los artículos 195 y 196 de la Ley territorial de Madrid 9/01 establecen el cauce para la reacción de la Administración.

Dichos preceptos regulan un procedimiento que se desarrolla a través de tres fases, la primera de las cuales, de carácter sumario, tiene ante todo como finalidad acreditar el dato de puro hecho de la realización de obras sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de ésta, de modo que una vez comprobado este extremo, inmediatamente, sin necesidad del trámite de audiencia - Sentencias de 27 marzo 1987 , 3 octubre 1988 , 21 abril y 13 noviembre 1992 , etc.-, cuya función queda cubierta por otras actuaciones posteriores, la Administración ha de dictar un acto en cuyo contenido son separables dos aspectos diferentes, la orden o requerimiento de legalización, y la orden de suspensión que es una medida cautelar tendente a congelar las obras en el estado en que se encuentren para impedir un avance que en su caso haría más gravosa la demolición posterior. Y este

acuerdo integra una verdadera resolución, cautelar, pero resolución y en tal sentido, susceptible de impugnación autónoma.

La segunda fase del procedimiento puede desarrollarse por dos cauces distintos, según exista o no pasividad del administrado que no solicita la licencia en el plazo de dos meses legalmente previsto.

Con la finalización de dicho plazo de dos meses para solicitar licencia, se abre una tercera fase cuyo contenido es precisamente la orden de demolición: si el administrado deja transcurrir aquel plazo sin solicitar una licencia que ya debió haber pedido antes de iniciar las obras, o si la licencia es denegada -art. 195.3 de la ley 9/2001 - la consecuencia jurídica prevista es precisamente la demolición de las obras.

La posibilidad del ejercicio de la acción de restauración de la legalidad está limitada en el tiempo, como se ha dicho. Tanto el artículo 249 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, como el artículo 195 de la Ley de Madrid 9/2001 , aplicable en razón del momento en que se dictó el acto administrativo de referencia, fijan este plazo en cuatro años desde la total terminación de las obras>>.

Como también señala la citada sentencia:

<<Como ya se ha dicho, y señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991, resulta de todo punto necesario que el recurrente y no la Administración tenga que acreditar el hecho de la prescripción. Y como señalan las Sentencias del tribunal Supremo de 8 de junio de 1996 , 26 de septiembre de 1988 , 19 de febrero de 1990 , el plazo de cuatro años del artículo 9 del Real Decreto Ley 16/1981 de 16 octubre empieza a contarse desde la total terminación de las obras, y sin necesidad de acudir a las reglas generales de la carga de la prueba, elaboradas por inducción sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, será de destacar que la carga de la prueba en el supuesto litigioso la soporta no la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del «dies a quo» y el principio de la buena fe, plenamente operante en el campo procesal, artículo 11,1 Ley Orgánica del Poder Judicial , impide que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad, sin que aquí pueda hablarse en absoluto de la presunción de inocencia aplicable en el ámbito del derecho sancionador administrativo, al no tratarse la actividad enjuiciada de una medida sancionadora sino de restauración de la legalidad urbanística alterada". De todo ello se desprende que para que prospere su pretensión debe acreditar el transcurso del plazo referido>>.

CUARTO.- En consecuencia con lo expuesto, debe determinarse si de la prueba obrante en el expediente administrativo, y de la acompañada a la demanda, se desprende la antigüedad suficiente de la construcción en cuestión como para establecer si ha transcurrido o no dicho plazo.

En primer lugar, ha de señalarse que la propia Administración en la Resolución de 30 de enero de 2014 hace referencia al Informe de la Unidad Técnica de Control de Obras del Servicio de Disciplina Urbanística de 26 de diciembre de 2011, en el que a la vista de las fotografías aéreas se concluye que *<<las obras denunciadas han sido ejecutadas en el periodo comprendido entre el verano del año 2006 y el 26 de julio de 2007, sin que pueda efectuarse mayor precisión por ausencia de imágenes intermedias>>.*

En segundo lugar, para realizar la citada precisión en cuanto a la efectiva finalización de las obras, tiene relevancia, de un lado, el carácter exterior de las obras -tal como se aprecia en la fotografía obrante al folio 44 de expediente así como en las fotografías aéreas-, y de otro, la documental obrante en el expediente administrativo así como la aportada con el escrito de demanda, consistente en el contrato firmado el 26 de septiembre de 2006 con la empresa "██████████" referido al suministro e instalación según el presupuesto emitido el 9 de marzo de 2006, en el que se detallan las obras e instalaciones que se realizan. Igualmente, consta en la copia del contrato la modalidad de pago a través de letras de cambio y su vencimiento, aportándose certificado bancario respecto de los pagos de dichas letras de cambio siendo el último de ellos el 1 de marzo de 2011.

Por tanto, aun cuando no consta la fecha de ejecución en el contrato, tomando en consideración lo expuesto debe entenderse que incluso acudiendo a la fecha menos favorable para la parte demandante, como lo sería la del pago de la última letra de cambio el 1 de marzo de 2007, a 12 de mayo de 2011, fecha del requerimiento efectuado por Resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid –notificado el 23 de mayo de 2011 (folio 32 del expediente)-, ya habían transcurrido los cuatro años a los que se refiere el artículo 195.1 de la Ley 9/2001.

QUINTO.- A la anterior conclusión no obsta lo mantenido por la Administración demandada respecto de la solicitud de licencia con objeto de intentar legalizar las obras y el posible efecto de la misma en cuanto pudiera entenderse, tal como sostiene la Resolución de 30 de enero de 2014, como *<<renuncia a cualquier prescripción ganada hasta ese momento>>*.

Es cierto que existen pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que sostienen tal criterio, como la Sentencia de 16 de junio de 2009 –recurso de apelación nº 388/2009- citada en la resolución recurrida.

Sin embargo, también lo es, de un lado, que la mayoría de las Sentencias de la Sala están referidas a la realización de obras posteriores, pero no a la mera solicitud de licencia sin modificación de las obras inicialmente ejecutadas, como sería el presente caso. En este sentido, puede citarse la Sentencia de 4 de marzo de 2015 de su Sección Segunda –recurso de apelación nº 955/2013-, en la que se sostiene que:

<<NOVENO.- Pues bien en estos casos resulta de aplicación la doctrina establecida en nuestra Sentencia de 20 de Julio de 2006 dictada en el rollo de Apelación nº 611 de 2.005 dimanante del Procedimiento Ordinario número 74 de 2.004, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 10 de los de Madrid en el que señalábamos que en las construcciones que se encuentran en situación de fuera de ordenación sólo se pueden realizar pequeñas obras para garantizar la habitabilidad y salubridad, pero ningún caso obras que supongan la consolidación la reforma o ampliación de la construcción que se encuentra en dicha situación. El destino de las construcciones que se encuentren en situación de fuera de ordenación es su desaparición por el paso del tiempo, por ello se prohíbe cualquier obra que pudo dilatar su destrucción natural. Si en unas obras en situación equipada a la de fuera de ordenación por la prescripción de la acción de restauración de la legalidad se realizan obras de consolidación, reforma, mejora o aumento de volumen, se renuncia a la prescripción ganada y comienza de nuevo el plazo

de cuatro años del que dispone la administración para ejercitar las acciones de restauración de la legalidad urbanística que es lo que ocurre cuando en una construcción de aumento de volumen realizada sin licencia se procede como admite el actor y apelante al retejado de la cubierta, y dichas obras que suponen una renuncia a la prescripción ganada ha de desestimarse también este motivo de apelación y con ello el recurso de apelación>>.

De otro lado, si bien se hace referencia a la interrupción de la prescripción en ese Fundamento Jurídico, también lo es que en la misma Sentencia en relación a la naturaleza de esta acción en relación a la caducidad o prescripción en estos casos, se sostiene lo siguiente:

<<QUINTO.- Respecto de la caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística, como señalamos en nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2007 dictada en el Procedimiento Ordinario número 24/2.004 el Tribunal Supremo en constante Jurisprudencia, de la que es ejemplo la Sentencia de la sala Tercera de 7 de Noviembre de 1.988 o la de 5 de Junio de 1.991 , manifiesta que cuando estamos ante un procedimiento cauce de la reacción municipal frente a una obra realizada sin licencia u orden de ejecución en ejercicio de las potestades atribuidas por el artículo 185 de la Ley del Suelo , y no ante el procedimiento sancionador de la infracción urbanística, distinción procedimental, perfectamente deducible de los artículo 225 y 51, respectivamente, de la misma Ley y del reglamento de disciplina urbanística, razón por la que resulta inadecuado hablar de prescripción y sí correcto de caducidad de la acción administrativa o de presupuesto habilitante de la reacción, por supeditarse ésta a que desde la total terminación de las obras no haya transcurrido un año o cuatro, según resulte aplicable dicho artículo 185 en su redacción originaria o tras su modificación por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre . Esta idea viene reiterada por la sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 1.992 , cuando señala que en estos casos nos hallamos en presencia de un procedimiento cauce de la reacción municipal frente a una obra realizada con licencia, pero sin ajustarse a los términos o condicionamiento de la misma sino extralimitándolos, o sin licencia; es decir, estamos en el ámbito del artículo 185 Ley del suelo y no en el procedimiento sancionador de su artículo 230, por lo que es más propio hablar de caducidad de la acción administrativa que de prescripción. En igual sentido se manifiestan las sentencias de 2 de octubre de 1.990 , 17 de Octubre de 1991 , 24 de abril de 1992 ,22 de Noviembre de 1994 y 14 de Marzo de 1995>>.

Por ello, atendiendo a esa consideración de caducidad de la acción administrativa en cuestión, como ha señalado la doctrina más autorizada, siendo la caducidad la naturaleza propia en Derecho Administrativo de los términos para el ejercicio de acciones o competencias, su transcurso consecuentemente no se puede interrumpir a efectos de nuevo comienzo de cómputo que sólo podrá quedar enervado por el efectivo inicio de las actuaciones administrativas.

Respecto de lo anterior, debe señalarse que en el supuesto enjuiciado, en relación a las obras denunciadas mediante Resolución de 25 de marzo de 2008 del Director General de Ejecución y Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid (folio 17 del expediente) ya se realizó un requerimiento de legalización a la parte demandante y que en contestación al mismo presentó solicitud de licencia el 7 de mayo de 2008 (documento 10 aportado con la demanda). Al margen de la licencia que se le concedió por Resolución de 29 de abril de 2009 de la Concejala Presidenta del Distrito de Fuencarral-El Pardo (documento nº 11), debe indicarse lo incongruente de la actuación de la Administración por cuanto según consta en la

orden de legalización de 12 de mayo de 2011 –folio 29 del expediente-, con fecha 5 de mayo de 2011 parece que se inició un expediente de legalización, siendo que como consta en el documento 12 de los aportados con la demanda, se estaba tramitando otro expediente anterior (711/2007/23639), expediente cuya caducidad se declaró el mismo día 12 de mayo de 2011 según parece deducirse del citado documento, aunque tal resolución no consta en el expediente y lo único cierto es que lo que consta aportado por la demandante es la Resolución del Jefe del Servicio de Disciplina Urbanística de 13 de mayo de 2011, es decir de un día después de que se iniciara el otro expediente.

Por último, a mayor abundamiento conviene señalar que si bien la prescripción es susceptible de renuncia, tal posibilidad no se reconoce de la caducidad.

Por tanto, como ya se adelantó, procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo por este motivo al no ser conforme a Derecho la resolución impugnada, lo que hace innecesario el examen del resto de alegaciones de la demanda.

SEXTO.- Conforme a lo establecido en los artículos 68.2 y 139.1 de la Ley 29/1998, no se hace especial imposición de costas procesales por entender que concurren las circunstancias previstas en el citado artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

PRIMERO.- Estimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a. [REDACTED] anulando el acto administrativo impugnado al no ser conforme a Derecho.

SEGUNDO.- No hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella no cabe recurso alguno en atención a lo dispuesto en el artículo 81.1.a) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así, por esta mi Sentencia de la que se unirá testimonio a los autos, lo pronuncio, mando, firmo y hago cumplir, S.S^a, Ilma. D. ÁNGEL ARDURA PÉREZ, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 28 de Madrid y su provincia.

PUBLICACION.- Leída y publicada en el día de la fecha ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado que la dictó, en audiencia pública. Doy fe