

Recurso de apelación 794/07

**SENTENCIA NUMERO 80
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA**

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

Dña. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D. Francisco Javier Canabal Conejos.

Dña. Sandra María González de Lara Mingo

D. Marcial Viñoly Palop.

En la Villa de Madrid, a diecisiete de enero de dos mil ocho.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso de apelación número 794/07, interpuesto por don _____ representado por el Procurador de los Tribunales don Miguel Zamora Bausá, contra la Sentencia de 23 de abril de 2.007 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid, en procedimiento ordinario nº 79/06, sobre

licencia de obras. Siendo parte el Ayuntamiento de Madrid, representado por su Letrado Consistorial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de abril de 2.007, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de los de Madrid, en sus autos de Procedimiento ordinario nº 79/06, cuyo fallo es del siguiente tenor literal "Que debía desestimar y desestimo el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por DON [redacted] representado y defendido por el LETRADO DON JOSÉ FRANCISCO ALCALDE CALVO, frente al Decreto dictado el 19 de abril de 2006 por el Director General de Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Madrid, al considerar que el mismo es ajustado a derecho; sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Por escrito fecha 18 de mayo de 2007, la representación de don [redacted] interpuso recurso de apelación contra dicha resolución. Suplicando su admisión y estimación.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado del mismo a la representación del Ayuntamiento de Madrid, para alegaciones, que evacuó oponiéndose.

CUARTO.- Admitido a trámite se acordó elevar las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Dº FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, señalándose el día 17 de enero de 2008, para la deliberación votación y Fallo del recurso de apelación, en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los arts. 80.3 y 85 de la Ley Jurisdiccional 29/98.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha interpuesto contra la Sentencia de 23 de abril de 2.007, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de los de Madrid, en sus autos de Procedimiento ordinario nº 79/06, cuyo fallo es del siguiente tenor literal "Que debía desestimar y desestimo el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por DON _____ representado y defendido por el LETRADO DON JOSÉ FRANCISCO ALCALDE CALVO, frente al Decreto dictado el 19 de abril de 2006 por el Director General de Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Madrid, al considerar que el mismo es ajustado a derecho; sin expresa condena en costas". La citada resolución de fecha 19 de abril dictada en el expediente nº 711/2005/09353 acuerda Desestimar el recurso de reposición interpuesto por don

contra resolución de 31 de octubre de 2005 por la que se ordenó a la propiedad de la construcción de nueva planta sita en la Cañada Real de

Merinas nº para que en el plazo de quince días procediese a la demolición de la construcción consistente en nave industrial.

Expresa el recurrente como motivos de la apelación los que a continuación de manera sintética se expresan:

a.- Las obras denunciadas fueron ejecutadas en un periodo superior a cuatro años con anterioridad al trámite de audiencia concedida por el Ayuntamiento, y el suelo en el que se realizaron fue prescrito en su favor por usucapión, lo que determina que al no iniciar dentro del plazo legal el ejercicio de sus facultades de restauración de la legalidad urbanística la construcción quedaría fuera de ordenación.

b.- El suelo sobre el que se construyó, vía pecuaria, no goza de la condición de espacio libre o zona verde por lo que no sería imprescriptible la acción.

El Ayuntamiento respecto de los concretos motivos de apelación, pues en su escrito viene a reproducir los motivos de oposición a la demanda, está a los argumentos de la Sentencia.

SEGUNDO.- Como principio general debemos partir de la base de que el recurso de apelación es un "novum iudicium" (Sentencia del TC 1998\101, de 18 de mayo [RTC 1998\101]), que permite la revisión "ex novo" de los hechos y de las pruebas practicadas y, por consiguiente, valorar aquellos y

éstas en conciencia, pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en la instancia (Auto del TC 1998\122, de 1 de junio [RTC 1998\122 AUTO] y las varias sentencias del propio TC que allí se citan). Como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, lo que significa un examen crítico de la sentencia apelada, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, "... la indebida o defectuosa apreciación de la prueba..." o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada (STS de 17 de enero de 2000 [RJ 2000\264]).

TERCERO.- Respecto del primero de los motivos de la apelación debe recordarse, que esta Sección en numerosas sentencias cuya cita resulta ociosa, y baste con indicar la última dictada de 24 de mayo de 2.007, ha indicado que la posibilidad del ejercicio de la acción de restauración de la legalidad está limitada en el tiempo. Tanto el artículo 249 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 (RCL 1992\1468 y RCL 1993, 485), como el artículo 195 de la Ley de Madrid 9/2001 de 17 de julio , 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. El Tribunal Supremo en constante Jurisprudencia, de la que es ejemplo la Sentencia de la sala Tercera de 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8785) o la de 5 de junio de 1991 (RJ 1991\4865), 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 artículos 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 (RCL 1981\2519). Esta idea viene reiterada por la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1992 (RJ 1992\759), 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, lo que impide hablar de la interrupción expresada en la sentencia de instancia en los términos en que lo hace según denuncia de particulares que no pasa de ser un mero instrumento de incoación o de reiteración de la acción ya iniciada. En igual sentido se manifiestan las sentencias de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990\7826), 17 de octubre de 1991 (RJ 1991\7843), 24 de abril de 1992 (RJ 1992\3991), 22 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8644) y 14 de marzo de

1995 (RJ 1995\2087). Ahora bien como también señala la citada Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991 (RJ 1991\4865) resulta de todo punto necesario que el mismo y no la Administración tenga que acreditarlos, demostrando que la total terminación de las obras tuvo lugar antes de cuatro años de la reacción del Ayuntamiento, independientemente de que prueba que las obras se patentizasen antes de tales tiempos ya que en este aspecto no rigen los artículos 230 y 92 invocados, sino el 185 que hemos examinado, desarrollado en los artículos 31 y 32 del reglamento de Disciplina Urbanística (RCL 1978\1986). Y como señalan las Sentencias del tribunal Supremo de 8 de junio de 1996 (RJ 1996\5939), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988\7262), 19 de febrero de 1990 (RJ 1990\1322) y 14 de mayo de 1990 (RJ 1990\4072), el plazo de cuatro años del artículo 9 del Real Decreto Ley 16/1981 de 16 octubre (RCL 1981\2519) 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 217 de la Ley de Enjuiciamiento 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 (RCL 1985\1578, 2635), 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, sentencia esta que reitera la doctrina establecida en la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1992\309), declarando expresamente que en estos supuestos la carga de la prueba de la prescripción no la soporta la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del «dies a quo» en el plazo que se examina, por ello el principio de la buena fe, plenamente operante en el campo procesal impide, que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad. Del tenor de la sentencia y del contenido de la oposición a la apelación no se deduce que sea un hecho controvertido que la construcción en cuestión no fuera anterior al plazo de cuatro años arriba fijado por lo que al respecto debe tenerse por cierto tal consideración.

CUARTO.- Dicho lo anterior, e independientemente de la existencia o no de usucapión a favor del recurrente que ningún efecto tendrá sobre el resultado del litigio, pues la potestad de otorgamiento de licencias tanto para la realización de obras como para el ejercicio de actividades tiene un carácter eminentemente reglado sin margen alguno para la arbitrariedad como se desprende inequívocamente de los arts. 21 y 22 RSC y sin que a la Administración le corresponda controlar la titularidad dominical sino que por el contrario, debe verificar si la actuación proyectada por el administrado se

ajusta o no a las exigencias del interés público urbanístico tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente.

QUINTO.- Como bien indica la apelante en su recurso esta Sección en Sentencia de 2 de octubre de 2004 señaló, en un supuesto en el que la cuestión fundamental era la de determinar si el terreno litigioso puede o no calificarse como espacio libre incluido en el ámbito del artículo 85/1.984, de Disciplina Urbanística de la Comunidad de Madrid (hoy derogada) o del artículo 236.1º de la Ley 9/2.001, de 17 de julio de Suelo de la Comunidad de Madrid, dado que de ello depende que entre en juego la limitación temporal prevista en los citados textos para reaccionar ante las obras ilegales, que una reiterada jurisprudencia, con el valor complementario del ordenamiento jurídico que le atribuye el art. 1.º, 6 del Título Preliminar del Código Civil, viene declarando [SS. 21 enero y 16 febrero 1987 (RJ 1987\1799 y RJ 1987\3190), 20 abril y 15 diciembre 1988 (RJ 1988\3132 y RJ 1988\9965), etc.] que no tiene la consideración legal de espacio libre cualquier superficie inedificable sino únicamente aquellos terrenos que el planeamiento califica así incluyéndolos en el sistema de espacios libres propio del ámbito territorial ordenado -general o parcial- con el contenido que especifican los del Texto Refundido, arts. 3,1,g), 12.1, b), 12,2,1,c) y 13,2,b) y art. 25,1,c) y 49,1 del Reglamento de Planeamiento (RCL 1978\1965 y ApNDL 13921): parques y jardines públicos y zonas deportivas y de recreo y expansión [S. 16-2-1987 (RJ 1987\3190)]. La jurisprudencia, en la línea de interpretación sistemática indicada, entiende que las zonas verdes y espacios libres del art. 188.1 del Texto Refundido (en la actualidad del artículo 85/1.984, de Disciplina



Urbanística de la Comunidad de Madrid (hoy derogada) y del artículo 236.1º de la Ley 9/2.001, de 17 de julio de Suelo de la Comunidad de Madrid), son los previstos en el artículo 50 del mismo Texto y sería absurdo exigir la cualificada tramitación de este precepto para alterar el destino urbanístico de cualquier espacio inedificable: sólo son, así, espacios libres los que el planeamiento integra dentro del correspondiente sistema. Conforme se deriva del expediente la obra en cuestión está ubicada en suelo no urbanizable de protección de Vías Pecuarias lo que no determina, per se , la calificación pretendida por el Ayuntamiento por lo que no puede admitirse que la imprescriptibilidad sustentada por el Consistorio, y ello sin perjuicio de las facultades de recuperación del dominio público de quien ostente la titularidad de la Vía, lo que no es objeto de este litigio, y si a ello añadimos que el plazo de cuatro años ha sido sobrepasado con creces resulta indudable que la construcción quedará en situación asimilable a la de fuera de ordenación lo que determina la estimación del motivo y del recurso de apelación.

SEXTO.- Con arreglo al art. 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (RCL 1998\1741), será el apelante que vea integralmente rechazadas sus pretensiones quien deberá abonar las costas procesales. El apelante es don . por lo que al haber obtenido un pronunciamiento favorable no procede su condena.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.





FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 2ª) en el recurso de apelación formulado por don

representado por el Procurador de los Tribunales don Miguel Zamora Bausá, contra la Sentencia de 23 de abril de 2.007 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid, en procedimiento ordinario nº 79/06, ha decidido:

Primero.- Estimar el recurso de apelación.

Segundo.- Revocar la citada sentencia de 23 de abril de 2.007 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid, en procedimiento ordinario nº 79/06 y, en su consecuencia, estimar el recurso contencioso-administrativo y anular la resolución objeto de recurso.

Tercero.- No efectuar condena en costas en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.