



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1
- 28004
33010330
NIG: 28.079.45.3-2010/0022122

AYUNTAMIENTO DE MAJADAHONDA

28 MAR. 2016

REGISTRO DE ENTRADA
N.º 9612



(01) 30515258370

RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 321/2015

SENTENCIA NÚMERO 221/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. [REDACTED]

Magistrados:

D. [REDACTED]

D^a. [REDACTED]

D. [REDACTED]

D^a. [REDACTED]

En la Villa de Madrid, a dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección por los Señores anotados al margen, el recurso de apelación número 321/2015 interpuesto por D. [REDACTED], representado por el Procurador D. [REDACTED] y dirigido por el Letrado D. [REDACTED]



Madrid

Con fecha 29/3 se pasa al depto. de S.J. 1

Para su tramitación conforme al procedimiento legalmente establecido.

██████████, contra la Sentencia de fecha 15 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 92/2010. Siendo parte apelada el Ayuntamiento de Majadahonda, representado y dirigido por la Letrada D^a. ██████████,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 26 de Madrid en el Procedimiento Ordinario número 92/2010 dictó Sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: *«Que estimando como estimo, en parte, el recurso formulado por D. ██████████ contra la resolución 2212/2010 de fecha 25 de junio de 2010 de la Sra. Concejal Delegada de Urbanismo, Infraestructuras Públicas y Vivienda del Ayuntamiento de Majadahonda, por la que entre otros pronunciamientos se acuerda imponer a D. ██████████ una sanción de 258.954,66 euros, debo declarar y declaro la misma conforme a derecho, si bien, estimando parcialmente las alegaciones de la actora, se fija la sanción, por las infracciones, que se entienden cometidas en los términos señalados en la fundamento decimoquinto, en 53.122,86 E.*

Desestimando el resto de las peticiones contenidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de costas.»

SEGUNDO.- Por escrito presentado el día 9 de marzo de 2015, D. ██████████ ██████████ interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando en su día previos los trámites legales se tuviera por interpuesto recurso de apelación y se dicte Sentencia por la que, dejando sin efecto la sentencia apelada, declare la nulidad o en su caso anulación de las sanciones impuestas por la Sentencia apelada, con expresa condena en costas.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a las partes demandadas, presentándose por el Ayuntamiento de Madrid escrito el día 17 de abril de 2015, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando que se tuviera por presentada oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario, y se confirme la sentencia apelada.

CUARTO.- Elevadas las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. [REDACTED] señalándose el 10 de marzo de 2016 para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, día y hora en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto administrativo recurrido, según se describe en la sentencia apelada, es la resolución 2212/2010 de fecha 25 de junio de 2010 de la Sra. Concejala Delegada de Urbanismo, Infraestructuras Públicas y Vivienda del Ayuntamiento de Majadahonda, por la que entre otros pronunciamientos se acuerda imponer a D. Juan Baena Francoy una sanción de 258.954,66 euros, en aplicación de los artículos 219,220 y 223 de la Ley 9/2011, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Dicha sanción global es por la comisión de tres infracciones, consistentes en:

-Exceso de edificabilidad (162,44 m²), 96.555,05 euros.

-Por alteración del uso asignado por el planeamiento en una superficie de 429,09 m², 159.573,21 euros.

Por incumplimiento de las reglas de distancia respecto a colindantes y alienaciones en una superficie de 64 m², 2.726,40 euros.

Todo ello en relación con la edificación, de la que es propietario el demandante, sita en la calle [REDACTED] de Majadahonda, adquirida el 27 de octubre de 2005.

La sentencia estima en parte el recurso y reduce la cuantía de las sanciones a lo siguiente:

-Por exceso de edificabilidad sobre rasante, 24,66 m² (24,66 m² x 2.975,10 euros= 73.365,96 euros x 15%= 11.004,89 euros.

Por el cambio de uso: 137,38 m² x 2.975,10= 408.719,23 euros x 10% = 40.871,92 euros.

-Por incumplimiento de distancias: 3 m x 13=39 m² x 213 euros/m²= 8307 euros, siendo el 15%= a 1.246,05 euros.

Lo que da un total de 53.122,86 euros.

Cuatro son los motivos de impugnación de la sentencia articulados en la apelación.

En el primero se invoca la vulneración de los artículos 24 y 9.3 de la CE, en relación con la sanción por cambio de uso. Considera que en la resolución administrativa sancionadora se motivaba de manera distinta dicha sanción por cambio de uso pues consideraba que la simultaneidad del uso de oficinas con el de vivienda constituía una alteración de usos asignados por el planeamiento, entendiéndose que esa alteración afectaba a la totalidad del inmueble (429,09 m²), mientras que la sentencia considera sancionable el cambio de uso en la planta sótano introduciendo un nuevo elemento de fundamentación en la sanción que no estaba recogido en la resolución sancionadora, cual es el uso vividero de la planta sótano por la existencia de dos aseos en dicha planta. Esto, a juicio del apelante, le produce indefensión pues de haber conocido que la motivación de la sanción era la que dice la sentencia, hubiera argumentado en vía administrativa y en la judicial que dicho sótano se encontraba proyectado, licenciado y ejecutado en el proyecto inicial de 1985 y que el mismo fue objeto de licencia favorable, toda vez que la normativa aplicable en ese momento, el Plan de 1984, sí permitía la ocupación del sótano con aseos, con lo cual nos encontraríamos ante una situación de fuera de ordenación sobrevenida, pero en ningún caso contraria a la

legalidad. Además, podría haber argumentado sobre la improcedencia de considerar vividera toda la planta sótano, debiendo limitarse la sanción a los dos escasos metros cuadrados que ocupaba los aseos pero no a toda la planta que no tenía condiciones de habitabilidad para tal fin. Considera por ello que se ha infringido el principio acusatorio y haberse mutado el objeto de la acusación.

En el segundo motivo, también referido a la infracción por cambio de uso, se alega la inexistencia de prueba de cargo en lo referente al cambio de uso del sótano. Expone que no consta practicada diligencia de inspección en el domicilio, ni que el recurrente se hubiera opuesto a dicha inspección y que cuando se ha solicitado, se ha accedido a ella.

El tercer motivo se refiere a la inaplicación de las reglas de distancia al presente supuesto. Expone que de la sentencia parece inferirse que la Juzgadora no considera ajustado a derecho el adosamiento al lindero izquierdo, por cuanto que el artículo 187 permite que se adose la edificación a un lindero, pero que la edificación parece ya estar adosada a uno de los linderos por lo que cabría que fuera adosado al otro. Sin embargo, la Juzgadora reconoce la existencia de una excepción en el artículo 188 cuando permite la construcción de un cuerpo de edificación destinado a uso de garaje situado en la alineación exterior. Considera el apelante que nos encontramos con un palo y no con un volumen, por lo que al no existir planos de fachada que intersecten con el terreno no se da el supuesto básico de ocupación que justifique la imposición de una sanción.

Y el cuarto motivo se refiere al exceso de edificabilidad. El apelante expone que la sentencia considera que no hay prueba de que el cierre realizado tenga una antigüedad superior a cuatro años. Frente a esta apreciación, considera el apelante que de las fotos aéreas y del croquis de las edificaciones de la calle N [REDACTED] que se adjuntaron con la demanda informe del arquitecto [REDACTED] se puede inferir que la planta de la edificación se mantiene sin variación alguna desde el año 1991 y que la perito judicial señala que el aumento de superficie computable proviene de una ampliación del testero y la incorporación del garaje, levantándose una altura nivel de planta primera, coincidente con la ampliación de la planta baja y que aun cuando, como dice la sentencia, las fotografías no son de óptima calidad, considera que la línea de testero que se amplía en 30 metros no sufre modificación desde el año 1991, lo que permite inferir que la construcción es anterior a la misma. La propia perito judicial considera que es factible que por la antigüedad de la construcción, la infracción esté prescrita.

El Ayuntamiento de Majadahonda se opone a la apelación. Alega, en cuanto al primer motivo, que el otorgamiento de uso vividero al sótano, puesto de manifiesto por la propia actuación del recurrente, supone una clara alteración del uso contraviniendo lo dispuesto en el artículo 100 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana y que la sentencia apelada, de forma correcta, considera que si bien no puede estimarse sancionable el cambio de uso de todo el inmueble, si es posible entender que dicho cambio de uso se ha realizado en el sótano. Invoca los razonamientos de la sentencia de esta Sección, la nº 883, recaída en recurso de apelación nº 320/2013, que argumenta que se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 100 del Plan de Ordenación y que la construcción de los dos aseos supone que se ha dado al sótano un uso vividero. Señala el Ayuntamiento que esto no supone la introducción de una cuestión nueva que no haya podido someterse a contradicción, sino que ya se planteó desde el inicio del procedimiento sancionador.

En cuanto al segundo motivo, alega que está acreditado suficientemente el cambio de uso del sótano, como lo prueba el propio Dictamen de 14 de agosto de 2009 aportado por el recurrente y la sentencia de la Sección Segunda del TSJ, antes aludida.

En cuanto al tercer motivo, referido a las reglas de distancia de los perfiles metálicos que se sanciona, la propia sentencia del TSJ señala que lo que se pretendía era construir un garaje, tratándose de una configuración constructiva y que invade el retranqueo del viario público de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 187 y siguientes del Plan General de Ordenación Urbana.

Y en cuanto al exceso de edificabilidad, considera que no debe prevalecer la valoración contenida en el dictamen pericial aportado sobre la libre valoración realizada por la Juez de instancia.

SEGUNDO.- En el primer motivo se alega la vulneración de los artículos 24 y 9.3 de la CE, en relación con la sanción por cambio de uso. Considera que en la resolución administrativa sancionadora se motivaba de manera distinta dicha sanción por cambio de uso pues consideraba que la simultaneidad del uso de oficinas con el de vivienda constituía una alteración de usos asignados por el planeamiento, entendiéndose que esa alteración afectaba a la totalidad del inmueble (429,09 m2), mientras que la sentencia considera sancionable el cambio de uso en la planta sótano introduciendo un nuevo elemento de fundamentación en la

sanción que no estaba recogido en la resolución sancionadora, cual es el uso vividero de la planta sótano por la existencia de dos aseos en dicha planta. Esto, a juicio del apelante, le produce indefensión.

El motivo debe acogerse. Debemos tener en cuenta que en el Decreto de incoación del expediente sancionador de 16 de marzo de 2010, se imputaba (en lo que ahora nos importa), la alteración del uso asignado por el planeamiento, en una superficie de 429,09 m². En el informe de los Servicios Técnicos municipales de 7 de septiembre de 2009, que el Decreto de incoación transcribe literalmente, se dice que la “distribución hace pensar que el uso que se le está dando a esta construcción no es el de Vivienda Unifamiliar, como se dice en la normativa urbanística, sino el de una oficina como ya hemos repetido anteriormente”. En el informe de los Servicios Técnicos de 9 de diciembre de 2009, que también se transcribe literalmente en el Decreto, se dice que “la alteración del uso asignado por el planeamiento (uso residencial) afecta a la totalidad de la vivienda con una superficie edificada de 429,09 m²”. En la propuesta de resolución de 27 de mayo de 2010, se transcribe el informe de los Servicios Técnicos de 24 de mayo de 2010 y el informe jurídico de 26 de mayo de 2010 y se viene a razonar la infracción urbanística cometida con ocasión de los usos ilegalmente desarrollados (oficinas). Por último, en la resolución definitiva se sanciona dicha alteración del uso asignado en una superficie de 429,09 m²”.

Lo anterior indica, como sostiene el recurrente, que en todo el procedimiento administrativo se motivaba de forma distinta la sanción por cambio de uso pues consideraba que la simultaneidad del uso de oficinas con el de vivienda constituía una alteración de usos asignados por el planeamiento, entendiéndose que esa alteración afectaba a la totalidad del inmueble (429,09 m²). Sin embargo, la sentencia apelada considera que no puede estimarse el cambio de uso de todo el inmueble y que “puede considerarse conforme a la normativa urbanística el compatibilizar el uso dado a la planta baja, como domicilio social de las tres sociedades, con el residencial de la planta primera”. De ello se desprende que la sentencia apelada no considera cometida la infracción por cambio de uso de residencial a oficinas pero que, sin embargo, si estima que es sancionable el cambio de uso de la planta sótano pues de la existencia de un aseo doble es suficiente para considerar que se está dando un uso vividero al sótano y ello no es compatible con el artículo 100 del Plan General de Ordenación Urbana.

Lo anterior supone que la sentencia apelada ha estimado cometida la infracción por el cambio de uso pero por una imputación fáctica diferente a la contemplada en el procedimiento administrativo y en la resolución sancionadora, lo que debemos considerar que infringe el principio acusatorio, como sostiene el apelante.

Tiene señalado el Tribunal Constitucional que las garantías constitucionales consagradas en el art. 24.2 CE, según se declara en la sentencia nº 126/2005, de 23 de mayo, son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril).

En cuanto al principio acusatorio, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico” (STC 228/2002, de 9 de diciembre). Y que “desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (STC 347/06, de 11 de diciembre de 2006).

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de febrero de 2006, recurso 3754/2006, ha señalado con relación a los principios que rigen el procedimiento penal y que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora.

En el presente caso hay que considerar que el principio acusatorio veda que se sancione al recurrente por unos hechos (el cambio a uso vividero en la planta sótano), introduciendo un nuevo elemento de fundamentación en la sanción que no estaba recogido

en la resolución sancionadora, cual es el uso vividero de la planta sótano por la existencia de dos aseos en dicha planta, hecho que no ha sido sometido a contradicción pues en todo el procedimiento administrativo lo que se imputaba era el cambio de uso de residencial a oficinas en toda la superficie de la vivienda.

Por ello debe estimarse en este punto la apelación y revocarse la sentencia apelada en lo que se refiere a la sanción por cambio de uso, lo que hace innecesario examinar el segundo motivo en el que se alega la inexistencia de prueba de cargo en lo referente al cambio de uso del sótano.

TERCERO.- El tercer motivo se refiere a la inaplicación de las reglas de distancia al presente supuesto. Expone que de la sentencia parece inferirse que la Juzgadora no considera ajustado a derecho el adosamiento al lindero izquierdo, por cuanto que el artículo 187 permite que se adose la edificación a un lindero, pero que la edificación parece ya estar adosada a uno de los linderos por lo que cabría que fuera adosado al otro. Sin embargo, la Juzgadora reconoce la existencia de una excepción en el artículo 188 cuando permite la construcción de un cuerpo de edificación destinado a uso de garaje situado en la alineación exterior. Considera el apelante que nos encontramos con un palo y no con un volumen, por lo que al no existir planos de fachada que intersecten con el terreno no se da el supuesto básico de ocupación que justifique la imposición de una sanción.

El motivo no puede acogerse. De los términos de la sentencia se desprende que lo que se considera no ajustado a derecho es el adosamiento al lindero izquierdo pero no el adosamiento exterior, por lo que sólo podemos analizar, en base al principio de congruencia, es si es adosamiento al lindero infringe la normativa sobre distancias. Y ello hay que estimarlo así por los mismos razonamientos de la sentencia apelada y por lo ya resuelto en sentencia de esta misma Sala y Sección de 15 de septiembre de 2015, en la que se dice que lo que se denomina pérgola “no es tal sino que tiene una clara configuración constructiva ya que está realizada con unos característicos perfiles metálicos previstos para sustentar una edificación cerrada computable a efectos de edificación”. Ello supone infracción del art. 187 del Plan General de Ordenación Urbana.

Por tanto, la apelación debe desestimarse en cuanto a esta infracción por incumplimiento de distancias.

CUARTO.- El cuarto motivo se refiere al exceso de edificabilidad y considera el apelante que de las pruebas practicadas se puede se puede inferir que la planta de la edificación se mantiene sin variación alguna desde el año 1991 y que la perito judicial señala que el aumento de superficie computable proviene de una ampliación del testero y la incorporación del garaje, levantándose una altura nivel de planta primera, coincidente con la ampliación de la planta baja y que aun cuando, como dice la sentencia, las fotografías no son de óptima calidad, considera que la línea de testero que se amplía en 30 metros no sufre modificación desde el año 1991, lo que permite inferir que la construcción es anterior a la misma, añadiendo que la propia perito judicial considera que es factible que por la antigüedad de la construcción, la infracción esté prescrita.

Tampoco el motivo puede acogerse. Hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia apelada, desde el punto de vista de la carga de la prueba es al interesado al que corresponde probar la concurrencia de la prescripción de la infracción. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 14 de mayo de 1990) la que señala que la carga de la prueba del transcurso del expresado plazo no la soporta la Administración, sino quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de las obras y que, por tanto, ha creado la dificultad de conocimiento del "*dies a quo*" que en el plazo se examina. El principio de buena fe impide que el que se ha aprovechado de la clandestinidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias derivadas de esa ilegalidad.

También hay que tener en cuenta la aplicación de las reglas de la carga probatoria previstas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No hay que olvidar que tratándose de obra realizadas sin licencia, la facilidad probatoria la tiene el propietario que ha realizado las obras y es por ello por lo que debe cumplir con la carga de probar cuando se terminaron las mismas.

En el presente caso, de las fotografías aportadas nada cabe deducir en concreto. Tampoco constituye prueba suficiente el informe pericial de parte aportado, emitido por el Arquitecto [REDACTED] pues está emitido por el mismo facultativo que firmó el proyecto de legalización visado en el año 2008, como se reconoce en el dictamen, aparte que no detalla suficientemente las obras que dice efectuadas por el recurrente como "de mero ornato del inmueble". Y tampoco podemos considerar suficiente el dictamen pericial de la perito D^a [REDACTED] (practicado en el Juzgado n° 21 de Madrid y unido a estos autos), ya

que en el página 35 de su informe señala que el conjunto de la edificación muestra “*una cierta antigüedad tanto en sus acabados, instalaciones y mobiliario, por lo que sí “se estima factible” que pudiera datar de la fecha indicada por la propiedad*”, juicio pericial que viene a formularse de forma probabilística y no concluyente, lo que impide ser apreciado como suficiente a los efectos que ahora tratamos.

Por todo ello y como dice la sentencia apelada, no se puede apreciar prueba de que el exceso de edificabilidad (que la sentencia limita a 24,66 m²), haya sido construido y terminado antes de los cuatro años a la reacción del Ayuntamiento.

Por todo ello, la apelación debe estimarse en parte, debiéndose revocar en parte la sentencia apelada y estimar en parte el recurso contencioso-administrativo en lo relativo a la sanción por cambio de uso que se anula en su totalidad, manteniendo las otras dos sanciones en los términos señalados en la sentencia apelada.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el presente caso, al estimarse en parte el recurso de apelación no procede hacer condena en costas y en cuanto a las de instancia, no procede tampoco especial condena ya que el recurso se estima también en parte.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por D. [REDACTED] representado por el Procurador D. [REDACTED] y [REDACTED], contra la Sentencia de fecha 15 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 92/2010 y debemos revocar en parte dicha sentencia y **ESTIMAMOS** en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la resolución 2212/2010 de fecha 25 de junio de 2010 de la Sra. Concejal Delegada de Urbanismo, Infraestructuras Públicas y Vivienda del Ayuntamiento de Majadahonda, y anulamos dicha resolución en cuanto a la sanción impuesta por cambio de uso en su totalidad y manteniendo las otras dos sanciones pero en los términos señalados en la sentencia apelada.

Todo ello sin expresa condena en costas de la apelación y de la instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra la misma no cabe recurso alguno y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución, en su caso.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. [REDACTED]

D. Jo [REDACTED]

D.ª [REDACTED]

D. [REDACTED]

D.ª [REDACTED]