

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

S E N T E N C I A

Ilmo. Sr. Presidente

Don Rafael Losada Armadá

Ilmos. Srs. Magistrados

Doña Clara Penín Alegre

Doña Esther Castanedo García

Don Juan Piqueras Valls

Doña Paz Hidalgo Bermejo

En la ciudad de Santander, a veintinueve de mayo de dos mil catorce. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto los recursos de Apelación número 14/14, interpuestos por D. A.A.A.y otra, representado por el Procurador Don Gonzalo Albarrán González-Trevilla y defendido por el Letrado Don Pedro Labat Escalante, y por Fundación Formación Ceoe-Cepyme Cantabria, representada por la Procuradora Doña Felicidad González Martín y defendida por el Letrado Don Miguel Burgada Sanz, siendo parte recurrida el Ayuntamiento de Santander, representado por la Procuradora Doña María González-Pinto Coterillo y defendida por el Letrado Don Juan Vega-Hazas Porrúa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de octubre de 2013, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de esta ciudad, se

dictó Sentencia en el Procedimiento Ordinario nº 178/2012, cuya parte dispositiva estableció: "*Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González Martín, en nombre y representación de la Fundación Ceoe-Cepyme Cantabria contra la resolución del Ayuntamiento de Santander de 6-2-2012 que desestima el recurso de reposición frente a la Resolución de 28-9-2011. Las costas se imponen a la parte actora.*

Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Albarrán González Trevillo, en nombre y representación de Don A.A.A.Hermanos CB, contra Resolución del Ayuntamiento de Santander de 6-2-2012 que desestima el recurso de reposición frente a la Resolución de 28-9-2011. Las costas se imponen a la parte actora".

SEGUNDO.- Las dos partes demandantes interpusieron sendos recursos de apelación contra la citada sentencia, en escritos ambos de fecha 18 de noviembre de 2013, en los que formulando los motivos de impugnación frente a la sentencia recurrida, solicitan su admisión, la estimación de los recursos de apelación y la estimación de las demandas acumuladas y la anulación de la resolución del Ayuntamiento de Santander.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación, de fecha 9 de diciembre de 2013, se admitieron a trámite los recursos y se acordó dar traslado de los mismos a las partes personadas en el proceso, presentándose, por la representación del Ayuntamiento de Santander, el día 20 de diciembre de 2013, oposición al mismo, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada. Asimismo, por la representación de Fundación Formación Ceoe-Cepyme Cantabria, se presentó escrito manifestando que no se opone al recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Bienes B.B.B. CB.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación, de fecha 10 de enero

de 2014, se elevaron las actuaciones a este Tribunal, siendo designada Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña Paz Hidalgo Bermejo, señalándose el día 21 de mayo de 2014 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 del artículo 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Ley 29/1.998, de 13 de Julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interponen recursos de apelación frente a la sentencia nº 313/13, dictada por el Juzgado contencioso nº 1, de fecha 21 de octubre de 2013, que desestimó íntegramente las demandas interpuestas por la Comunidad de Bienes B.B.B. CB y por la Fundación Formación Ceoe-Cepyme Cantabria, frente a la resolución del Ayuntamiento de Santander, de fecha 6 de febrero de 2012, que desestima el recuso de reposición frente a la resolución de 28-9-2011 que acuerda denegar la solicitud de levantamiento de acta previa prevista en el art. 88.3 de la Ley de Cantabria 2/2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, respecto del edificio situado en el nº 62 de la c/ Campogiro.

Los demandantes y en esta fase procesal recurrentes, presentaron un escrito conjunto en su calidad de propietario y arrendataria, respectivamente al objeto de que se le pueda conceder por el Ayuntamiento de Santander licencia para la ejecución de las obras, aunque excedan de las reparaciones necesarias para la higiene, el ornato y la seguridad física del inmueble y obtener la licencia de apertura para servicios de enseñanza y formación profesional y para la legalización de las obras que pudieran haberse realizado en exceso, respecto de lo previsto en el art. 88 de la Ley 2/2001, para

los edificios calificados como "fuera de ordenación", porque reconocen que el inmueble se encuentra calificado como fuera de ordenación.

La sentencia recurrida desestima las demandas considerando que el mecanismo del acta regulado en el art. 88.3 de la Ley 2/2001 no puede servir de medio de legalización de las obras ya ejecutadas, motivo por el que añade la demanda debe ser desestimada, pese a lo cual entre a analizar la interpretación que debe realizarse del art. 88-3 y en concreto que el acta lo es a efectos de expropiación.

Así argumenta en la sentencia que resulta inaplicable el art. 88.3 a sistemas de gestión distintos del de expropiación y que cabe levantar el acta solicitada solo a efectos de expropiación que no es previsible en este caso, por lo que de seguirse el sistema de compensación habría que funcionar con un edificio de un valor muy superior al actual. Concluye que el art. 88.3 debe interpretarse de forma rigurosa y con el límite en las obras que perjudiquen o impidan el planeamiento.

Frente a esta sentencia interponen recursos de apelación, las demandantes, siendo impugnado por el Ayuntamiento de Santander.

Ambos recurrentes oponen, en primer lugar, que el acta solicitada no es medio de legalización de las obras ejecutadas, cuestión que afirma fue opuesta por primera vez en vía jurisdiccional lo que ocasiona una clara y positiva indefensión. Que la finalidad del acta es la de reflejar la situación del edificio y será una actuación posterior la tendente a la legalización de las obras y detalla que sobre el alcance de las obras realizadas se sigue procedimiento ante el Juzgado de lo contencioso (PO 479/129, Juzgado nº2) en el que no se ha dictado sentencia.

Además impugnan la interpretación que se realiza en la

sentencia sobre el art. 88-3 de la Ley 2/01, alegando que no limita la previsión del acta a los supuestos en los que la ejecución del planeamiento esté prevista con el mecanismo de la expropiación, como así se desprende de la ubicación del precepto, y que es aplicable también a los mecanismos de compensación y cooperación, afirmando que las pautas interpretativas fijadas en la sentencia suponen una interpretación restrictiva.

Por último recurre la imposición de costas sosteniendo que las dudas en la interpretación del precepto permiten la exoneración de la condena en las costas en la primera instancia, e igualmente en el recurso de no estimarse la apelación.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Santander, impugna ambos recursos de apelación en un mismo escrito porque afirma se mantienen los mismos argumentos y reitera que las causas de denegación de la solicitud del acta se encuentra detallada en los informes que justificaron que se dictara la resolución recurrida, y que no sólo es que la previsión del art. 88 sólo está previsto para el sistema de expropiación, sino que el procedimiento del art. 88 no puede servir para legalizar obras ya realizadas sin licencia urbanística, cuya existencia ha quedado acreditada en el procedimiento y analizada por la prueba pericial judicial así como en el informe del arquitecto municipal y en los informes técnicos que transcribe íntegramente.

TERCERO.- Centrado así el debate procede analizar en primer lugar la causa por la que la sentencia desestima el recurso, y que recurren los demandantes, es decir que el acta prevista en el art. 88 sólo puede requerirse con carácter previo a la realización de las obras (y en su caso obtención de la licencia para su ejecución). Dado que la desestimación de esta causa haría inútil el análisis de la interpretación que ha de darse al término "a efectos de expropiación", al

faltar el primer presupuesto que exige la norma.

No existe controversia entre las partes en relación con que el edificio sobre el que se ha solicitado se levante el acta está fuera de ordenación. Así se reconoce en la solicitud realizada por los demandantes que inicia el expediente, fechada en julio de 2011, sin constancia de la fecha de entrada en el registro del Ayuntamiento, que al apartado tercero manifiesta que: *"según resulta de las normas urbanísticas vigentes en el Ayuntamiento de Santander, los inmuebles referidos en el apartado primero de este escrito se encuentran calificados como "fuera de ordenación"*.

Tampoco se discute, así se alega por los solicitantes, y ha quedado acreditado en el procedimiento, que en el inmueble se han realizado obras para la nueva actividad, consistentes en el acondicionamiento para implantar un centro de formación de 2.267,09 m² de los cuales 966,70 m² construidos (845m² útiles) son una ampliación, y que se han realizado sin licencia. Que la resolución del Ayuntamiento recurrida, de 28-9-11 (folios 7 y 11 del expediente) expresamente recoge que, según indica el arquitecto municipal, las obras ejecutadas en el edificio exceden las que permite efectuar el art. 88.3 de la Ley 2/01, las pequeñas reparaciones que exija la higiene, el ornato, y la seguridad física del inmueble.

En consecuencia no se trata de una cuestión que se introduzca extemporáneamente, como se analiza en la sentencia recurrida, puesto que la resolución recurrida deniega la solicitud por varias razones.

Todo lo antes expuesto pone de manifiesto que, pese a los esfuerzos dialecticos de los demandantes y recurrentes, las obras que sustentan la petición del acta, que identifica como obras necesarias para obtener la licencia de "apertura" de servicios de enseñanza -formación profesional, ya se han

realizado, y sin licencia.

Es cierto que no es este el procedimiento en el que ha de enjuiciarse el alcance de las obras, pero ello pone en evidencia que la finalidad de la solicitud del acta, no es como alegan los recurrentes, dejar constancia de la situación del edificio con carácter previo a la realización de las obras, sino que, como se argumenta en la sentencia, las obras de acondicionamiento y ampliación se ejecutaron sin licencia, por lo que son ilegales y se busca con el acta su legalización.

Son estos hechos los que, como presupuestos del levantamiento del acta regulado en el art. 88 de la Ley 2/01, deben ser tenidos en cuenta en relación a valorar la legalidad, o no, de la resolución administrativa impugnada y confirmada por la sentencia recurrida en apelación.

CUARTO.- La Comunidad Autónoma de Cantabria dictó la ley 2/2001, de 25 de Junio de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria que, respecto del modelo de fuera de ordenación establece que:

"1. Los edificios, instalaciones y usos del suelo existentes con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación. Quedarán en todo caso fuera de ordenación los edificios y construcciones cuya expropiación o demolición estuviera expresamente prevista en el Plan.

2. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo f) del apartado 1 del artículo 44 el Plan General deberá relacionar expresamente los edificios o instalaciones calificados como fuera de ordenación o establecer los criterios objetivos que permitan su identificación concreta. No obstante, cuando alguna instalación resultara claramente disconforme con las previsiones del Plan en atención a los criterios del apartado

1 de este artículo y no apareciera en la relación de edificios fuera de ordenación, el Ayuntamiento, de oficio o a instancia de parte, resolverá sobre su situación jurídica, con audiencia previa del interesado. La resolución que concrete el régimen de fuera de ordenación podrá suplir la ausencia de previsión del Plan.

3. Salvo que el propio planeamiento disponga otra cosa, en los edificios que se declaren fuera de ordenación no podrán realizarse obras de consolidación, aumento de volumen, modernización e incremento de su valor de expropiación, aunque sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato y la seguridad física del inmueble. En dichos edificios podrán asimismo realizarse otro tipo de obras cuando, a requerimiento de los propietarios, el Ayuntamiento levante acta previa en la que se recoja el estado, situación y valoración del edificio a efectos de expropiación y ésta sea aceptada expresamente por aquéllos.

4. Cuando la disconformidad con el Plan no impida la edificación en el mismo solar, el propietario podrá obtener licencia de demolición sometiéndose en lo sucesivo al nuevo planeamiento en los términos que resulten de la clase de suelo de que se trate. Los eventuales arrendatarios tendrán el derecho de retorno que les reconoce la legislación del Estado”.

El edificio fuera de ordenación, como el situado en Campogiro nº 62, por ser contrario al planeamiento, tiene el destino natural de desaparecer para ser sustituidas por otro que se ajuste al planeamiento; ello explica el régimen de práctica congelación de su estado hasta que llega el momento de su extinción natural. se toleran, por su preexistencia al plan, siendo sólo posibles las reparaciones que exija el ornato, higiene y seguridad física, pero están sujetos a la prohibición de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento del valor, con el objeto de que

los mismos desapareciesen una vez se extinguiesen las posibilidades razonables de vida de sus elementos – Carballeira Rivera–, o que al menos, cuando se expropiasen en el futuro, no vieran incrementado su valor de expropiación, manteniendo el uso que estuviesen desempeñando. La característica esencial de este régimen de fuera de ordenación es, tal y como señala Ariño Sánchez, la de “dar una respuesta a las situaciones transitorias generadas con motivo de la aprobación de un nuevo Plan”, sin que ello “suponga la demolición a costa del afectado de los edificios”, sino que “las limitaciones únicamente persiguen no incrementar el coste de expropiación o de indemnización por edificios o usos que deben desaparecer en virtud de un sistema de gestión urbanística”.

Como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de Febrero de 1986, “la razón de ser de la regulación de los edificios fuera de ordenación, es la de que éstos no prolonguen su existencia más allá de lo que cabe esperar en atención al estado de sus elementos; por ello la jurisprudencia viene admitiendo la realización de pequeñas obras que tienden a la adaptación del inmueble a las necesidades de su propietario, respetándose con ello el derecho de propiedad, pero compaginando todo ello con que estos edificios urbanísticamente desordenados no prolonguen su existencia en tal estado mediante la realización de obras que no sean simplemente las autorizadas con una finalidad de higiene, ornato y conservación”.

Ello ha determinado que no puedan entrar en juego, en la interpretación de su régimen, la interpretación laxa que pretenden los apelantes, sino que su régimen debe ser interpretado de forma restrictiva (STS 7 de Abril de 2000, rec. 6/1995).

En este contexto es en el que procede analizar la aplicación del art. 88-3 de la Ley de Cantabria 2/2001 cuando afirma que

en estos edificios, fuera de ordenación, "podrán realizarse asimismo otro tipo de obras cuando a requerimiento de los propietarios, el Ayuntamiento levante acta previa en la que se recoja el estado, situación y valoración del edificio a efectos expropiatorios y sea aceptada expresamente por aquéllos".

Y de conformidad con literalidad de la norma y la finalidad de la misma, debe exigirse que las obras que se pretendan realizar sean posteriores al acta "previa". Dado que ya están realizadas unas obras, que incrementan sustancialmente el volumen del edificio, resulta procedente su denegación, porque sería no ya difícil, sino imposible calcular el valor de las obras una vez se había actuado sobre el edificio. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 9 de Junio de 2010, rec. 337/2009) y pone en evidencia como la realización de las obras sin licencia, la existencia de un expediente de disciplina urbanística y la necesidad de licencia de apertura son las razones que mueven a los demandantes y no la prevista en el art. 88-3 antes citado.

Todas las razones expuestas imponen la desestimación de los recursos de apelación.

QUINTO.- El art. 139 de la Ley reguladora de la presente jurisdicción, bajo el nuevo sistema tras la ley 37/11, de 10 de Octubre, establece que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Respecto de las demás instancias o grados, establece que se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la

conurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

Es decir, si bien la ley permite excepcionar la condena en costas, aún en el caso de rechazo integral de las pretensiones ejercitadas, en atención a la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, reproduciendo la fórmula contenida en el art. 394-1 de la LEC. La LJCA no incorpora que se debe entender por serias dudas de hecho o de derecho, concepto que nos permite acudir a la aclaración contenida en la LEC supletoria que, en su art. 394-2 establece que: *"para apreciar, a efectos de condena en costas que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares"*. No concurriendo en el caso que nos ocupa, no procede sino decidir conforme a las previsiones legales.

VISTOS.- Los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por D. A.A.A. y otra y por Fundación Formación Ceoe-Cepyme Cantabria, contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Santander, que se confirma y se condena en las costas a los apelantes.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.