



Roj: **STSJ M 3560/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:3560**

Id Cendoj: **28079330022017100245**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **683/2016**

Nº de Resolución: **233/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE DANIEL SANZ HEREDERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Madrid, núm. 23, 31-03-2016 ,
STSJ M 3560/2017**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010330

NIG: 28.079.00.3-2015/0006149

RECURSO DE APELACIÓN 683/2016

SENTENCIA NÚMERO 233

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores :

Presidente.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

En la Villa de Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil diecisiete

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 683/2016, interpuesto por D^a. Eulalia y D. Cesar , representados por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la Sentencia dictada el 31 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de los de Madrid , recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 145/2015. Ha sido parte apelada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representada por el Letrado Consistorial.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por diligencia de ordenación en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; acordándose por este Tribunal de oficio mediante resolución de fecha 22 de julio de 2016 la reclamación del expediente NUM001 al Ayuntamiento de Madrid que una vez recibido se dio traslado a las partes para alegaciones con el resultado que obra en autos, señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 23 de marzo de 2017, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia dictada el 31 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 145/2015, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los aquí apelantes contra la Resolución del Coordinador General de Gestión Urbanística, Vivienda y Obras, de fecha 26 de enero de 2015, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Director General de Control de la Edificación de 26 de noviembre de 2014, por la que se requiere a los interesados para que en el plazo de un mes, y de forma voluntaria, procedan a llevar a puro y debido efecto la orden de demolición, de fecha 12 de agosto de 2011, dictada en relación con las obras abusivamente realizadas en la finca sita en la CALLE000 Tip, NUM000.

Los recurrentes discrepan de los criterios en que se sustenta la expresada Sentencia por lo que solicitan, con estimación del recurso de apelación, se dicte Sentencia por la que " *se declare la nulidad de las resoluciones objeto de impugnación, así como se plantee ante el Tribunal Constitucional, ex artículo 35 de la LOTC, la pertinente cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 17 apartado 2 y 21 apartado 3 de la Ley 22/2006 de 4 de julio Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, por contradecir el artículo 140 de la Constitución española* ".

A tal efecto aducen como concretos motivos de impugnación los que, de forma sucinta, se exponen a continuación: (i) Incongruencia omisiva de la Sentencia y falta de motivación, con infracción de los artículos 67.1 y 33.1 de la Ley 29/1998, y todo ello en relación con el recurso indirecto planteado respecto del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Madrid y Acuerdo de 5 de enero de 2012 de organización y delegación de competencias en el Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid, en cuanto atribuyen competencia a la Dirección General de Control de la Edificación para el dictado de órdenes de demolición y al Coordinador General de Urbanismo para la resolución de recursos administrativos; así como también en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con los artículos 17.2 y 21,3 de la Ley 22/2006 de 4 de julio Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, por contradecir el artículo 140 de la Constitución española; (ii) Extralimitación objetiva: el Ayuntamiento ordena demoler las obras contenidas en la orden de demolición de 12 de agosto de 2011 (cerramiento de 6 m² y 18 m²) cuando el propio Ayuntamiento ha reconocido que las obras de ampliación de 6 m² habían prescrito; (iii) Impugnabilidad de la orden de demolición derivado de la necesidad de notificar a los aquí recurrentes la orden de demolición en su día dictada; (iv) Nulidad del expediente y error en la valoración de la prueba: en el expediente administrativo no hay constancia de la orden de legalización ni de su notificación; (v) Caducidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística y error en la valoración de la prueba, en cuanto las obras fueron concluidas en septiembre de 2006 o, en su caso, el 30 de julio de 2007.

Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid se mostró conforme con la Sentencia apelada por lo que solicitó la desestimación del recurso de apelación, con la consiguiente confirmación de la Sentencia apelada.



SEGUNDO.- Dados los términos en los que ha quedado establecido el debate procesal en esta segunda instancia, procede que en primer lugar pasemos al estudio de la incongruencia omisiva y falta de motivación imputadas por el apelante a la Sentencia de instancia.

Para dar adecuada respuesta a dicha cuestión convendrá, con carácter previo, poner de relieve que la Sentencia, como acto final que pone término al proceso, viene condicionada, no solamente en su estructura sino también en su contenido, por la demanda y por el proceso. Dicho de otra manera, en el proceso se produce un mecanismo de involución, por el cual es la propia Sentencia la que, dado el fin, función y naturaleza del proceso, viene determinada por la demanda y la contestación, en el sentido de que el juez o tribunal debe dar respuesta en ella a las pretensiones formuladas por las partes, lo que nos remite al conocido principio de congruencia: necesidad de que el órgano judicial resuelva sólo sobre lo pedido y sobre todo lo pedido.

Por ello, el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que el Juez debe decidir todas las pretensiones del actor y del demandado, lo que significa que debe decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, ateniéndose para ello a los fundamentos de hecho y de derecho que hayan sido alegados por las partes.

En este sentido, el artículo 33.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa nos dice que: " *Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición* ".

Por todo ello, definiremos el vicio de incongruencia en la Sentencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo.

Así diremos que se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la Sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (STS de 8 de julio de 2008 , rec. casación 6217/2005, STS 25 de febrero de 2008 , rec. casación 3541/2004), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 20 de septiembre 2005 , rec. casación 3677/2001, de 5 de diciembre de 2006, rec. casación 10233/2003 y 20 de junio de 2007, rec. casación 11266/2004).

Pues bien, en el caso concreto, asiste la razón a la recurrente-apelante en cuanto que la Sentencia apelada no efectúa razonamiento ni pronunciamiento alguno respecto de dos cuestiones oportunamente planteadas en la instancia por los recurrentes: (i) Nulidad de pleno derecho de la orden de demolición dictada con fecha 12 de agosto de 2011 por el Director General de Control de la Edificación y ulterior desestimación de recurso de reposición por la Coordinadora General de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, como consecuencia de la inconstitucionalidad de los artículos 17.2 y 21.3 de la Ley 22/2006 de 4 de julio Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid , por contradecir el artículo 140, en relación con el artículos 137, ambos de la Constitución , tal como fueron interpretados por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2013 (planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad); y (ii) Nulidad de las disposiciones reglamentarias organizativas del Ayuntamiento de Madrid, que atribuyen la competencia para dictar órdenes de demolición a la Dirección General de Control de la Edificación y resolución de recurso administrativo por el Coordinador de Gestión Urbanística (recurso indirecto).

Ausencia de razonamiento y pronunciamiento que supone que la precitada Sentencia incurre en el vicio de incongruencia denunciado, además de una evidente falta de motivación, por lo que, con acogimiento del motivo de impugnación que nos ocupa, procederá anular la Sentencia apelada, debiendo este Tribunal entrar a resolver la cuestión controvertida en los términos planteados en la instancia, conforme determina el artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- Pues bien, dados los términos en los que ha quedado establecido el debate procesal en la primera instancia, conviene que pongamos de relieve el tratamiento que recibe en la doctrina jurisprudencial el adquirente de buena fe de un edificio, que reúne la condiciones establecidas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria , ante una sentencia o un acto administrativo que ordena la demolición como consecuencia del no acomodo de la edificación a la legalidad urbanística.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016, rec. 3670/2015 , nos recuerda la Sentencia de dicho Alto Tribunal de 12 de mayo de 2006, rec. 11190/2003 , en la que se señalaba que " *los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria , ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del*



incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerle así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976 ".

Esto es, el criterio jurisprudencial examinado se asienta y fundamenta, de forma principal, en dos razonamientos que son expuestos por el Tribunal Supremo a modo de lógico complemento uno del otro. A saber, de una parte, en el principio de subrogación legal del adquirente en las obligaciones urbanísticas del transmitente, por cuyo motivo los adquirentes de buena fe afectados por la ilegalidad de la edificación han de soportar las actuaciones materiales tendentes a la demolición; y de otra, en que los terceros adquirentes no están protegidos por el artículo 34 de la LH porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando la cosa ha de desaparecer por imponerle así el ordenamiento jurídico.

Como es sabido, el principio de subrogación urbanística encuentra su justificación en el régimen estatutario de la propiedad urbana (artículos 3.1 y 7.1 del TRLS de 2008, hoy artículos 4.1 y 11.1 del TRLS de 2015). Principio de subrogación que aparecía recogido en el artículo 19.1 del TRLS de 2008 (hoy artículo 27.1 del TRLS de 2015), al disponer que " *La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real ".*

Pues bien, en el caso concreto que aquí nos ocupa, iniciado el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística con el anterior propietario del inmueble, que culminó con el dictado de la orden de demolición de fecha 12 de agosto de 2011, notificada al mismo el 25 de agosto de 2011, en virtud del principio de subrogación urbanística los aquí recurrentes-apelantes, adquirentes del inmueble con posterioridad, quedaron subrogados en la posición jurídica del anterior titular, por lo que la eficacia jurídica de la orden de demolición en su día dictada no precisa ni se supedita a la práctica de nueva notificación a los nuevos adquirentes, por lo que debe así desestimarse el motivo de impugnación referido a la necesidad de notificación de la referida orden de demolición a los aquí recurrentes.

Por tanto, siendo aquella orden de demolición firme y consentida por no haberse interpuesto contra la misma recurso jurisdiccional alguno, es evidente que ahora, con ocasión de la impugnación por los aquí recurrentes, terceros adquirentes, de la resolución por la que se les concede el plazo de un mes para que, de forma voluntaria, lleven a puro y debido efecto la orden de demolición, de fecha 12 de agosto de 2011, dictada en relación con las obras abusivamente realizadas en la finca sita en la CALLE000 Tip, NUM000 , no pueden aducir vicios o defectos referidos a la resolución o acto administrativo que se pretende ejecutar y que alcanzó firmeza en vía administrativa, por así impedirlo el artículo 25.1 de la LJCA .

Así las cosas, es claro que deben decaer los motivos de impugnación que los ahora recurrentes-apelantes dirigen contra la orden de demolición dictada en fecha 12 de agosto de 2011, debidamente notificada a quien en dicha fecha era titular dominical de la vivienda.

En concreto, deben rechazarse los motivos de nulidad invocados por los recurrentes en relación con la orden de demolición, basados y fundamentados en la eventual falta de competencia de la Dirección General de Control de la Edificación para el dictado de órdenes de demolición y del Coordinador General de Urbanismo para la resolución de recursos administrativos, por considerar contrarios al artículo 137 y 140 de la Constitución los artículos 17.2 y 21.3 de la Ley 22/2006 de 4 de julio Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid , así como contrarios al ordenamiento jurídico el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Madrid y Acuerdo de 5 de enero de 2012 de organización y delegación de competencias en el Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid.

No obstante ello, y ante la concreta argumentación esgrimida por los recurrentes en apoyo de la tesis por ellos sostenida, que desarrollan a partir o tomando en consideración los razonamientos jurídicos que la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 103/2013, de 25 de abril de 2013 , expone para llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad del artículo 126.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local , contenidos en el FJ sexto de la misma, conviene aclarar que la citada Sentencia en modo alguno cuestiona la existencia



de órganos directivos en los municipios, contemplados expresamente en el artículo 130 de la Ley de Bases de Régimen Local . Como tampoco cuestiona la citada Sentencia la eventual delegación de competencias de la Junta de Gobierno Local en favor de los denominados órganos directivos; delegación de competencia que aparece expresamente contemplada en el artículo 127.2 de la citada Ley de Bases de Régimen Local .

Por lo tanto, desde la perspectiva expuesta, ninguna objeción de inconstitucionalidad cabe apreciar en los artículos 17.2 (que contempla la delegación de competencias de la Junta de Gobierno Local favor de los órganos directivos) y 21.3 (referido a la atribución de determinadas facultades a los denominados órganos directivos) de la Ley 22/2006 de 4 de julio Ley de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid ; como tampoco cabe apreciarla en el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Madrid y en el Acuerdo de 5 de enero de 2012 de organización y delegación de competencias en el Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid.

CUARTO.- Dada la firmeza de la orden de demolición, en aplicación de igual doctrina de la expuesta en el precedente fundamento jurídico, debe igualmente rechazarse la nulidad del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística por la eventual inexistencia de la orden de legalización y notificación (que, por otra parte, sí existió y fue notificada al interesado en fecha 19 de enero de 2011 -folios 19 y 20 del expediente NUM001 , una copia del cual ha sido traída a las actuaciones por Providencia de 22 de julio de 2016-).

Y por igual motivo debe rechazarse la caducidad del plazo para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, vicio que afectaría, en su caso, a la legalidad de la orden de demolición, aquí firme y consentida.

QUINTO.- Como es bien sabido, en palabras de Otto Mayer, la ejecución de un acto administrativo está " *en línea directa de continuación* " del acto ejecutado, de forma tal que la ejecución forzosa se limita a cumplir, " *omnisso voluntatis* ", lo mismo que el acto que ordenaba realizar al deudor por su propia intervención. La ejecución forzosa realiza el mismo cumplimiento concreto y específico que el obligado ha omitido realizar por sí. Esto es, la ejecución no impone nada que no estuviese ya impuesto por el acto administrativo desatendido.

En este sentido, los recurrentes aducen que la resolución impugnada incurre en extralimitación en cuanto que ordena la demolición las obras contenidas en la orden de demolición de 12 de agosto de 2011, referidas a los cerramientos de 6 m2 y 18 m2, cuando el propio Ayuntamiento ha reconocido que las obras de ampliación de 6 m2 habían prescrito.

Pues bien, no es cierto que el Ayuntamiento hubiese reconocido que las obras del cerramiento de 6 m2 hubiesen prescrito. Por el contrario, del expediente administrativo se deduce que fue el entonces titular de la vivienda quien comunicó al Ayuntamiento su intención y voluntad de llevar a cabo la demolición del citado cerramiento de 6 m2 (folios 95 y 96), lo que fue comprobado y verificado por los servicios técnicos municipales (folios 100 y 104).

En consecuencia, cuando la resolución aquí impugnada concede a los aquí recurrentes el plazo de un mes para que procedan, de forma voluntaria, " *a llevar a puro y debido efecto la orden de demolición, de fecha 12 de agosto de 2011, dictada en relación con las obras abusivamente realizadas ...* ", debe entenderse en el sentido de que el plazo de ejecución voluntaria viene referido a aquellas obras de demolición aún no llevadas a cabo por el antiguo titular de la vivienda, esto es, a las referidas al cerramiento de 18 m2.

Por tanto, no cabe apreciar extralimitación alguna en la resolución impugnada.

SEXTO.- De cuanto antecede se desprende, por tanto, la plena conformidad a Derecho de las resoluciones administrativas impugnadas, debiendo así desestimarse íntegramente el recurso contencioso-administrativo origen de las presentes actuaciones, debiendo así imponerse a los recurrentes las costas causadas en la instancia (artículo 139.1 de la LJCA); no haciéndose expresa imposición de las causadas en esta segunda instancia (artículo 139.2 de la LJCA).

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

FALLAMOS

Que con ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso de apelación interpuesto por D^a. Eulalia y D. Cesar , representados por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la Sentencia dictada el 31 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 23 de los de Madrid , recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 145/2015, debemos:

Primero.- Declarar la NULIDAD de citada Sentencia.



Segundo.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los citados recurrentes contra la Resolución del Coordinador General de Gestión Urbanística, Vivienda y Obras, de fecha 26 de enero de 2015, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Director General de Control de la Edificación de 26 de noviembre de 2014, por la que se requiere a los interesados para que en el plazo de un mes, y de forma voluntaria, procedan a llevar a puro y debido efecto la orden de demolición, de fecha 12 de agosto de 2011, dictada en relación con las obras abusivamente realizadas en la finca sita en la CALLE000 Tip, NUM000 .

Tercero.- Se imponen a los recurrentes las costas causadas en la instancia; no haciéndose expresa imposición de las causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

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

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

RECURSO DE APELACIÓN 683/2016

LA LETRADA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID CERTIFICA:

Que la anterior fotocopia, compuesta de 11 folios, es fiel reflejo de la sentencia original firmada por los Magistrados que figuran en la misma, la cual ha sido publicada y entregada a esta Secretaría en el día de hoy y, una vez expedida la presente certificación para su unión al rollo y copias para su notificación, ha quedado archivado el original para su unión al libro de sentencias originales. Madrid a 6 de abril de 2017.