



Roj: **STSJ BAL 954/2015 - ECLI:ES:TSJBAL:2015:954**

Id Cendoj: **07040330012015100655**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2015**

Nº de Recurso: **108/2015**

Nº de Resolución: **659/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO SOCIAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00659/2015

APELACIÓN

Rollo Sala

Nº **108/2015**

Autos Juzgado

PO nº 161/2006

**SENTENCIA**

Nº 659

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 18 de noviembre de 2015.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandada apelante el **AYUNTAMIENTO DE ANDRATX**, representado por la Procuradora Dña. Luisa Adrover Thomas y asistido de la Letrada Dña. María José Lagos Aguilar; siendo parte demandante apelada el **CONSELL INSULAR DE MALLORCA** representado y asistido de su Abogado.

Constituye el objeto del recurso acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Andratx, adoptado en fecha 25 de marzo de 2002 (exp. MA 83/01), por el cual se autorizó la construcción de 15 edificios aislados de viviendas (96 viviendas), dos piscinas y dos edificios de locales de uso indeterminado, en la Calle Ramat, Sector IV- Polígonos 14 y 18 del Puerto de Andratx

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** . La sentencia Nº 26, de fecha 29 de enero de 2015 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma , en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

*" Que estimo íntegramente el recurso presentado Por el Consell Insular de Mallorca contra el acto de otorgamiento de licencia urbanística por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Andratx en fecha 25-3-02 (exp. MA 83/01), por la cual se va autorizar la construcción de 15 edificios aislados de viviendas (96 viviendas), dos piscinas y dos edificios de locales de uso indeterminado, en la Calle Ramat, Sector IV- Polígonos 14 y 18 del Puerto de Andratx; y en consecuencia:*

*a) Declaro nula dicha licencia, por no ser conforme a Derecho, y los actos administrativos posteriores consecuencia de la misma, principalmente y de forma especial el acto correspondiente a la autorización o conformidad municipal al proyecto de ejecución.*

*b) Ordeno la restauración del orden urbanístico infringido, y consecuentemente, condeno al Ayuntamiento de Andratx a que proceda a la demolición de las obras realizadas con motivo de la concesión de la licencia de obras.*

*Sin imposición de costas."*

**SEGUNDO** . Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandada y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 17 de noviembre de 2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO . PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.**

El Consejo Insular de Mallorca interpuso recurso contencioso-administrativo contra acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Andratx, adoptado en fecha 25 de marzo de 2002 (exp. MA 83/01), por el cual se autorizó la construcción de 15 edificios aislados de viviendas (96 viviendas), dos piscinas y dos edificios de locales de uso indeterminado, en la Calle Ramat, Sector IV- Polígonos 14 y 18 del Puerto de Andratx.

Se solicitó en la demanda la declaración de nulidad o anulación de la mencionada licencia por considerar que era disconforme a derecho, en tanto que se había otorgado licencia para la construcción de edificios en suelo rústico (ARIP y suelo rústico común). Se interesaba que, como consecuencia de lo anterior, se condenase al Ayuntamiento de Andratx para que procediese a la demolición de las obras ejecutadas con motivo de la licencia otorgada ilegalmente.

La sentencia aquí apelada, tras rechazar diversos motivos de oposición invocados por la Administración municipal, apreció que el Ayuntamiento atribuyó incorrectamente la clasificación de suelo urbano a la parcela sobre la que se proyectó la construcción de los indicados edificios. Tras una valoración de la prueba con respecto a las condiciones del suelo y el estado de los servicios de urbanización a la fecha de la concesión de la licencia, se considera que no había servicios de urbanización y que no podía considerarse suelo urbano. Por ello se declara nula la licencia.

A continuación, la sentencia pasa a resolver la segunda de las peticiones del suplico de la demanda -que el Ayuntamiento procediese a la demolición de las obras ilegales- y se argumenta lo siguiente:

*"En cuanto a la demolición de lo edificado, dada la clara infracción de la normativa aplicable, resulta de estimación obligada ( STS de 22 de julio de 2005 , 28 de marzo de 2006 y 17 de mayo de 2013 , entre otras). Actuar de contrario no sería más que perpetuar un manifiesto desprecio al interés público, que en casos como el presente viene integrado por el respeto al medio ambiente y a las áreas naturales protegidas, siendo la restauración del medio ambiente dañado un mandato expreso que el constituyente fijó a cargo de los poderes públicos en su objetivo de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida todos los ciudadanos ( artículo 45 de la Carta Magna )."*

Se acuerda así, en el fallo de la sentencia apelada:

*"b) Ordeno la restauración del orden urbanístico infringido, y consecuentemente, condeno al Ayuntamiento de Andratx a que proceda a la demolición de las obras realizadas con motivo de la concesión de la licencia de obras"*

El AYUNTAMIENTO DE ANDRATX interpone recurso de apelación aquietándose al pronunciamiento "a)" del fallo (la declaración de nulidad de la licencia) y proyecta la apelación exclusivamente sobre el punto "b)" del



fallo de la sentencia, esto es, sobre la orden de demolición de las obras realizadas al amparo de aquella licencia declarada ilegal.

En la apelación se argumentará que se ha producido unas recientes modificaciones legislativas que han de comportar la clasificación de las parcelas como suelo urbano. Se invoca que la Revisión del planeamiento de Andratx actualmente en trámite, contempla una clasificación del suelo " *que permitiría la legalización de gran parte de las edificaciones realizadas al amparo de la licencia anulada* " .

El Consejo Insular de Mallorca se opone al recurso alegando que la incierta y eventual legalización futura de las obras no afecta a la orden de demolición.

### **SEGUNDO. LA DEMOLICIÓN COMO CONSECUENCIA NECESARIA DE LA IMPOSIBLE LEGALIZACIÓN ACTUAL.**

Tras acordarse la restauración del orden jurídico infringido mediante la anulación del acto administrativo ilegal, la consecuencia inmediata es la reposición de la realidad física alterada a su estado original, haciendo desaparecer aquella transformación física para la que ha expulsado su sustento jurídico.

Sólo si esta realidad física obtiene un soporte jurídico distinto al anulado, no será necesaria la demolición. Y cuando nos referimos a "soporte jurídico" nos referimos a lo que se conoce como licencia de legalización (art. 151 LOUS). Pero esta eventualidad es circunstancia cambiante en el tiempo de modo que la necesaria o innecesaria demolición, ha de valorarse en cada momento. Será necesaria la reposición de la realidad física alterada entretanto no se obtenga la restauración del orden jurídico infringido y no será necesaria a partir de la obtención de la licencia de legalización conforme a la ordenación vigente.

Pero en lo que ahora importa, la simple expectativa de una futura e incierta obtención de licencia de legalización, no es motivo para impedir la reposición de la realidad física alterada ilegalmente.

En nuestro caso, al tiempo en que se dicta la sentencia apelada y una vez declarada la nulidad de la licencia, no cabía sino acordar la demolición de las obras ejecutadas al amparo de la licencia ilegal por cuanto en ese momento no se había procedido a la legalización de las obras, que sería la única causa impeditiva de la demolición.

En la sentencia apelada ya se cita la jurisprudencia del TS en el sentido que la anulación de una licencia comporta la obligación de demolición de las obras realizadas al amparo de la misma ( STS de 22 de julio de 2005 , 28 de marzo de 2006 y 17 de mayo de 2013 , entre otras). Lo único que impediría a la sentencia acordar la demolición consecuente con la anulación de la licencia es que al tiempo de dictarse dicha sentencia, se haya procurado la legalización de las obras, esto es, obteniendo licencia de legalización. Si esta licencia de legalización -nueva y distinta a la anulada- ampara la totalidad de las obras, ninguna demolición será necesaria. Si la licencia de legalización solo ampara parte de las obras ejecutadas en base a la licencia inicial ilegal, la demolición será parcial. Obviamente, todo ello al margen de las consecuencias sancionadoras que en su caso sean procedentes.

El Ayuntamiento apelante invoca que al tiempo de dictarse la sentencia las obras serían "legalizables" por cuanto la Disposición Adicional Sexta de la Ley 2/2014, de 25 de marzo , de ordenación y uso del suelo en Illes Balears, contempla -para suelos transformados a la entrada en vigor de la Ley 7/20012, de 13 de junio, de medidas urgentes para el desarrollo urbanístico- que también constituyen suelo urbano, con independencia de su clasificación urbanística previa, los terrenos que reúnen determinadas condiciones que se describen en dicha Disposición Adicional.

Entiende el Ayuntamiento que los terrenos litigiosos reunirían tales condiciones, lo que les permite acceder a la clasificación de suelo urbano, con lo que se desactivaría así la causa por la que se ordena la demolición de las obras.

Esta argumentación es incorrecta. Concretamente, si los terrenos reúnen las condiciones para su consideración de suelo urbano al amparo de la mencionada DA Sexta, lo que conlleva es la consecuencia del punto 2º, esto es, que "*La incorporación a la clase de suelo urbano de los ámbitos a los que se refiere el apartado 1 anterior se efectuará por el planeamiento general en su revisión o mediante modificaciones puntuales que abarquen ámbitos homogéneos, y supondrá su legal y efectiva integración en la ordenación* ". Y como indica en su punto 4º "*Hasta que se apruebe el instrumento de planeamiento que los ordene, no se podrán autorizar en estos terrenos obras de urbanización ni de edificación que impliquen construcciones de nueva planta o ampliación de las existentes* " .

Como resulta que al tiempo de dictarse la sentencia apelada, la propia parte apelante ha de reconocer que no se había aprobado el instrumento de planeamiento que clasificase dichos terrenos como urbanos, obviamente no podía obtenerse licencia de legalización de las edificaciones litigiosas. O lo que es lo mismo: al tiempo de dictarse la sentencia apelada, sólo la demolición de las obras era la única medida de reposición de la legalidad



física alterada, por cuanto no se había obtenido la restauración del orden jurídico de la única forma en que era posible, es decir, mediante la legalización de las obras tras la aprobación del instrumento de planeamiento que clasificase el suelo como urbano.

En definitiva, el pronunciamiento "b)" de la sentencia apelada, en cuanto contiene condena al Ayuntamiento de Andratx para que proceda a la demolición de las obras, es conforme a derecho.

### **TERCERO. LA POSIBLE INEJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN SUPUESTO DE LEGALIZACIÓN POSTERIOR.**

Cuestión distinta es que la orden de demolición fijada en sentencia no pueda hacerse efectiva por cuanto con posterioridad a la sentencia y antes de la ejecución material de la misma, se haya obtenido la legalización total o parcial de las obras.

La eventual obtención de licencia de legalización con posterioridad a la sentencia constituye típico supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia contemplado en el art. 105,1 de la LRJCA y que obliga a la suspensión de la ejecución para abrir un incidente contradictorio al objeto de apreciar la concurrencia o no de dicha imposibilidad y adoptar las medidas consecuentes. Ello puede conllevar que se acuerde la imposibilidad total de la demolición fijada en sentencia -en caso de obtención de legalización de todas las obras- o de demolición parcial de las no legalizables y mantenimiento de las legalizadas, pero siempre con un seguimiento de las actuaciones.

En cualquier caso, importa destacar ahora que la imposibilidad legal de ejecutar la orden de demolición fijada en sentencia, no puede derivar de la simple modificación del planeamiento urbanístico que permita ahora aquello que se ejecutó ilegalmente. Como destaca la sentencia del TS de 4 de octubre de 2006 (rec. 2100/2004), sólo la obtención de la licencia de legalización -o análogo instrumento de restablecimiento de la legalidad- permite evitar la demolición.

Indica la referida sentencia:

*"En el fondo, pues, lo que se discute es si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior ---conforme al cual ya no concurriría la infracción urbanística determinante de la nulidad declarada por la sentencia cuya inexecución se pretende--- para, de forma automática y sin mas trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inexecución legal de la sentencia.*

*La respuesta no puede ser positiva."*

Y añade:

*"En la STS de 7 de enero de 1999 dijimos que "Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del órgano jurisdiccional".*

*Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, la concesión de la correspondiente licencia), la Sala, como pusiera de manifiesto en el supuesto de autos la Sala de instancia, no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inexecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inexecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia; debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia lleva implícita la declaración jurisdiccional de inexecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto ( SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004 ) "Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración ...".*



Así, en la STS de 30 de enero de 2001 dijimos que "Hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985 (LA LEY 1694/1985), de 1º de julio, del Poder Judicial, como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la «potestas variandi» de la Administración Urbanística ( STS de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en STS de 23 de julio de 1998, no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización «ex post facto» de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización".

En consecuencia, el pronunciamiento "b)" de la sentencia apelada debe ser confirmado, sin perjuicio de que en fase de ejecución de sentencia, y de darse las condiciones indicadas, se acuerde la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia.

#### **CUARTO. COSTAS PROCESALES.**

En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, procede imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso -lo que es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En la medida en que no se aprecian circunstancias excepcionales que hagan modificar el criterio del vencimiento objetivo establecido en la norma, debe imponerse las costas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

1º) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del **AYUNTAMIENTO DE ANDRATX** contra la sentencia Nº 26, de fecha 29 de enero de 2015 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma, la cual se confirma en su integridad.

2º) Se imponen las costas de esta apelación a la parte apelante.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado