

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

SENTENCIA N.º 106/2021

En Bilbao, a veintiocho de junio de dos mil veintiuno.

La Sra. D.^a OLATZ AIZPURUA BIURRARENA, MAGISTRADO(A) del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Bilbao ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 180/2019 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: DECRETO DE ALCALDIA DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO N° 1877/2019.

Son partes en dicho recurso: como recurrente ALEIA ALFOR SL , representado por la procuradora TERESA BILBAO HOYOS y dirigido por la letrada REGINA BAREÑO ASUA ; como demandada AYUNTAMIENTO DE GETXO, representado y dirigido por la letrada DEL SERVICIO JURIDICO DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO, LARRAITZ ABERASTURI IBARRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por la mercantil ALEIA ALFOR SL interpone recurso contencioso-administrativo contra Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo n° 1877/19 de 17 de abril.

Admitida la demanda, se han seguido los trámites correspondientes al procedimiento ordinario. La cuantía es indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil ALEIA ALFOR SL interpone recurso contra Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo n° 1877/19 de 17 de abril.

Plantea los siguientes antecedentes fácticos:

-Con ocasión de la denuncia formulada en el año 2013 por [REDACTED], el Ayuntamiento de Getxo mediante Decreto 856/14 acuerda poner de manifiesto a [REDACTED] y a [REDACTED], el expediente incoado para el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada, con motivo de la construcción de una terraza situada en la cubierta de la vivienda sita en la calle Andrés Isasi n° [REDACTED] sin contar con licencia municipal.

- [REDACTED] alegó que la vivienda había sido transmitida el 13-12-10 a la mercantil ORMATSAV PROJECT por lo que mediante Decreto 2054/14 se dejó sin efecto el 856/14 y por Decreto 2053/14 se incoa nuevo expediente, dirigido esta vez contra la referida mercantil.
- ORMATRAV PROJECT solicitó la legalización de la terraza. Por Decreto 3730/14 se denegó y se requirió a la mercantil para que procediera a la eliminación de la terraza y restablecimiento de la cubierta a su estado anterior.
- El 2 de febrero de 2015 por Decreto 343/15 se desestima el recurso de reposición planteado por la mercantil y se reitera la orden del Decreto 3730/14.
- El 5 de junio de 2017 la [REDACTED] presenta escrito en el Ayuntamiento en el que solicita la inmediata ejecución de los anteriores Decretos y la reposición de la cubierta a su estado original.
- Mediante Decreto de Alcaldía nº 797/2018, de 6 de Marzo de 2018 se resuelve: Por una parte, poner de manifiesto a la mercantil ALEIA ALFOR S.L. el Expediente instado para la ejecución subsidiaria de la orden de restablecimiento contenida en el Decreto de Alcaldía 3730/2014, de 11 de Julio, con motivo de la construcción clandestina de una terraza en la cubierta del inmueble sito en la calle Andrés Isasi nº [REDACTED], sin contar con la correspondiente licencia de obras municipal y que no resultan legalizables, por incompatibilidad con el art. 7.4.7.4 del vigente PGOU. Y, por otra, se le da traslado del presupuesto de ejecución subsidiaria elaborado por los Servicios Técnicos Municipales con motivo del incumplimiento de la orden de restablecimiento contenida en el Decreto de Alcaldía nº 3730/2014, de 11 de Julio, y cuyo importe asciende a la suma de 9.877,00 €. Asimismo, se le concede trámite de audiencia por un plazo de quince días “frente a dicho presupuesto”
- Por Decreto 3159/18 de 27 de julio se acordó declarar de oficio la caducidad del expediente y su archivo.
- Por Decreto 3260/18 de 2 de agosto se acordó:

“/.../Requerir a [REDACTED] E/R ALEIA ALFOR S.L. para que dentro del plazo de UN MES proceda al cumplimiento de la orden de restablecimiento contenida en el DA 3730/2014, de 11 de Julio, con motivo de la construcción clandestina y no legalizable de una terraza en la cubierta del inmueble sito en la C/Andrés Isasi, nº [REDACTED] (Se adjunta copia del citado Decreto de Alcaldía 3730/2014, del Decreto de Alcaldía no 4733/2014, de 12 de Octubre, que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al mismo y del DA 343/2015, de fecha 02.02.15, que desestima íntegramente un segundo recurso de reposición interpuesto por [REDACTED] E/R ORMATRAV PROJECT, S.L.) /.../

En caso de no atender al presente requerimiento voluntariamente, se iniciará expediente dirigido a la ejecución subsidiaria de la orden de restablecimiento contenida en el DA 3730/2014, de 11 de Julio. /.../

-La mercantil interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Decreto 1877/19 de 17 de abril, objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

Sentados los anteriores antecedentes fácticos en la demanda, se plantean los siguientes motivos de impugnación:

-El transcurso del plazo legalmente previsto desde la total terminación de las obras en el año 2009, que impide ordenar su demolición. Y de la consecuente contrariedad a Derecho del Decreto de Alcaldía nº 3730/2014, de 11 de Julio y de los ulteriores Decretos de Alcaldía con nº 3260/2018, de 2 de Agosto de 2018 y con nº 1877/2019, de 17 de Abril de 2019.

A los efectos del plazo de prescripción, hay que remitirse al artículo 224.4 de la Ley 2/2006 que lo fija en 4 años.

El inmueble en la actualidad goza de protección básica, pero no a la fecha en que finalizaron las obras (año 2009).

Además, a fecha de ejecución de las obras y de la Resolución por la que se adopta la orden de demolición, la mercantil ALEIA ALFOR S.L. no reunía ni la condición de promotora de las obras ni la condición de titular de la vivienda. En consecuencia, lógicamente, no fue parte interesada en el referido procedimiento y no pudo evacuar alegación alguna en el seno de dicho expediente ni tampoco reaccionar contra el referido Decreto de Alcaldía nº 3730/2014, de 11 de Julio.

-Desde el 6 de Abril de 2016, la mercantil ALEIA ALFOR, S.L., es la titular de la vivienda, pero, en modo alguno, lo es [REDACTED]. La [REDACTED] es representante de dicha mercantil.

El Decreto 1877/2019 no constituye una orden de ejecución subsidiaria, sino que se insta a la ejecución voluntaria so pena, en primer lugar, de multas coercitivas para, en caso de incumplimiento, ejecutar subsidiariamente.

El restablecimiento cuya ejecución se requiere es, la adoptada por el Decreto de Alcaldía 3730/2014, de 11 de julio, dirigida a ORMATRAV PROJECT, S.L..

Por tanto, a fecha actual todavía no se ha dictado una resolución de ejecución subsidiaria plena y eficaz por lo que, de presente, y de manera subsidiaria en tanto que se defiende la prescripción de la supuesta infracción, se denuncia la prescripción de la facultad del Consistorio para dictar una orden de demolición puesto que, de dictarse ésta, la misma se encontraría prescrita.

En consecuencia, no sólo la facultad de la Administración para poder combatir la actuación se encuentra caducada (por transcurso del plazo de cuatro años), si no que, a mayor abundamiento, la orden de restablecimiento (dictada fuera de plazo) también se encuentra prescrita.

-Falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de la orden de demolición prevenida en el Decreto de Alcaldía de 3730/2014, y de la condición de tercer adquirente de buena fe de la mercantil ALEIA ALFOR S.L.

La mercantil ALEIA ALFOR S.L., carece de la condición de promotora de las obras cuya demolición se pretende por el Ayuntamiento demandado; y al adquirir la vivienda, no recibió advertencia alguna sobre la existencia de una orden de demolición que parcialmente la afectaba.

Se ha incumplido lo dispuesto en los arts. 1 y 56 del Real Decreto 1093/1997 sobre la facultad de la Administración de anotar en el Registro órdenes de la naturaleza como la que nos ocupan, con la finalidad de evitar que un tercero pueda llegar a adquirir un inmueble sobre el que pesa una orden de demolición parcial y la gravosa consecuencia económica y funcional que tal extremo conlleva. El Ayuntamiento no tuvo en cuenta, cuando debía, tal “deber” de aseguramiento y no anotó preventivamente en la hoja registral correspondiente a la vivienda: (i) ni la existencia del Expediente de Restablecimiento de la Legalidad Urbanística, (ii) ni mucho menos, la Orden de demolición; permitiendo, que un tercer adquirente de buena fe, como la mercantil ALEIA ALFOR S.L., adquiriese la misma.

La omisión por parte del Ayuntamiento de Getxo de cualquier medida que permitiera advertir a terceros interesados de la existencia de tal expediente con las eventuales y perjudiciales consecuencias que conlleva, es susceptible de generar responsabilidad patrimonial.

-El hecho de que el Ayuntamiento de Getxo, en el mismo municipio y ante actuaciones absolutamente idénticas, consagre unas y persiga otras, discriminando aleatoriamente que concretas conductas perseguir y cuáles no, evidencia una reprobable discrecionalidad. De hecho, en el propio inmueble en el que reside la denunciante (I [REDACTED]), pueden apreciarse obras de idénticas características a las que se persiguen. Así, la falta denuncia y/o actuación sobre la obra señalada, generó en la demandante la confianza legítima en la licitud de las obras ejecutadas. Por ello se invoca el principio de confianza legítima.

Por otra parte, nunca ha podido la demandante plantear la posibilidad de legalización de las obras ejecutadas. Lo que defiende es la consolidación por el transcurso de los cuatro años previstos legalmente.

Solicita que se declaren contrarios a derecho y se anulen los Decretos 1877/19 y 3260/18 y se declare la prescripción de la supuesta infracción; subsidiariamente, se declare prescrito el plazo para dictar orden de restablecimiento de la legalidad urbanística; subsidiariamente, se anulen las citadas resoluciones con retroacción de las actuaciones y se incoe un nuevo expediente en el que la demandante disponga de todas las garantías y trámites para poder defender sus intereses.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento se opone. Plantea, básicamente, lo siguiente:

El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística dirigido al anterior titular de la vivienda, finalizó con el Decreto 343/2015 que no fue recurrido en vía judicial, por lo que la orden de demolición de las obras es firme y consentida.

Ante su incumplimiento, se tramita el posterior expediente de ejecución subsidiaria de la orden de demolición, de conformidad con lo dispuesto en el art. 244 de la Ley 2/2006 cuya resolución es objeto de este procedimiento.

-En cuanto a la prescripción. La cuestión litigiosa no es la orden de demolición firme y consentida, sino el expediente de ejecución subsidiaria posterior y esta acción no está prescrita, ya que no se trata del plazo de cuatro años del art. 224 de la Ley 2/2006.

Incluso, a los solos efectos dialécticos, si el objeto de la presente litis hubiera sido la orden de demolición, la acción de restablecimiento de legalidad urbanística tampoco estaría prescrita, pues la protección histórica y cultural es el interés público que fundamenta la conformidad a derecho de las resoluciones dictadas en el expediente.

La protección de la edificación deriva de su inclusión en la “Delimitación del Conjunto Monumental del Área Singularizada de Getxo” y de conformidad con el art. 224.5 de la Ley 2/2006 el plazo de cuatro años no rige para las edificaciones que afecten a bienes catalogados por el Ayuntamiento. De conformidad con el art. 2 del Decreto 89/2011 de 22 de mayo por el que se califica como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental el Área Singularizada de Getxo, el área de protección es de aplicación para todos los inmuebles y espacios incluidos en la delimitación de dicha Área Singularizada. Los edificios, incluido el que es objeto de este procedimiento, tienen el régimen de protección derivada de lo que dispone el art. 8 en cuanto a intervenciones de reforma o sustitución.

- La demandante alega indefensión derivada de la falta de conocimiento de la orden de demolición, basada en que es tercer adquirente de buena fe, por falta de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Dicha inscripción, sin embargo, es potestativa según el art. 65.3.c de la Ley 2/2006 y art. 56 del Reglamento de actos inscribibles de naturaleza urbanística.

Por otra parte, [REDACTED] representante de la mercantil demandante propietaria actual del inmueble, ha sido con anterioridad propietaria de la vivienda y en esa condición conocía perfectamente el expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y conocía perfectamente desde su construcción en 2009, cuando era propietaria, promotora y titular de la licencia de obras de rehabilitación, la existencia de la terraza y la imposibilidad de modificar la cubierta.

Tras la ejecución de las obras clandestinas no legalizables y del inicio del expediente de restablecimiento de la legalidad, se han practicado sucesivas transmisiones de la titularidad de la vivienda a sendas mercantiles de las que son representantes los propietarios iniciales de la

vivienda, que conocen perfectamente el carácter no legalizable de las obras y el expediente de restablecimiento de la legalidad.

-Se alega en la demanda injustificada discrecionalidad y vulneración de la confianza legítima. Sin embargo, no se ha tenido conocimiento de que se haya vulnerado la legalidad urbanística por los vecinos. En caso de comprobarse este hecho, la Administración incoará el correspondiente expediente con el fin de restablecer la legalidad urbanística. No hay una injustificada discrecionalidad.

Por último, la orden de demolición no puede ser objeto de enjuiciamiento ya que se trata de una orden firme y consentida. No cabe entrar a analizar aquí la argumentación expuesta en la demanda para combatir la legalidad de dicha orden, que puede ser objeto de ejecución forzosa al haberse incumplido.

TERCERO.- Expuestas las posiciones de las partes, hay que hacer las siguientes consideraciones:

-Por Decreto 3730/14 se acordó:

Denegar la licencia solicitada por el entonces propietario de la vivienda sita en c/ Andrés Isasi [REDACTED] para la regularización de las obras de construcción de una terraza en la cubierta de la misma, que se habían realizado sin licencia.

Requerir al propietario para que proceda en el plazo de un mes a la eliminación de la terraza y restablecimiento del faldón de cubierta a su estado anterior a las obras y apercibirle de que si no lo hace, el Ayuntamiento procederá en los términos del art. 224.6 de la Ley del Suelo a la imposición de multas y a ejecutar subsidiariamente con cargo al infractor.

-Por Decreto 343/15 de 2 de febrero se acordó desestimar el recurso de reposición planteado por el propietario de la vivienda frente al Decreto 3730/14, reiterar la orden de demolición de la terraza y restablecimiento de la cubierta a su estado anterior a las obras, contenida en el mismo y el apercibimiento de que de no hacerlo en un mes se procederá en los términos del art. 224.6.

Frente a esta resolución no se interpuso recurso contencioso-administrativo y devino firme.

- Por Decreto 3260/18 de 2 de agosto se acordó requerir a la propietaria de la vivienda, que ya no era la misma que en 2014, para que *en el plazo de un mes proceda al cumplimiento de la orden de restablecimiento contenida en el DA 3730/2014, de 11 de Julio, con motivo de la construcción clandestina y no legalizable de una terraza en la cubierta del inmueble sito en la C/Andrés Isasi, nº [REDACTED]. (Se adjunta copia del citado Decreto de Alcaldía 3730/2014, del Decreto de Alcaldía no 4733/2014, de 12 de Octubre, que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al mismo y del DA 343/2015, de fecha 02.02.15, que desestima íntegramente un segundo recurso de reposición interpuesto por [REDACTED] E/R ORMATRAV PROJECT, S.L.) En caso de no atender al presente requerimiento voluntariamente, se iniciará expediente dirigido a la ejecución subsidiaria de la orden de restablecimiento contenida en el DA 3730/2014, de 11 de Julio.*

-Frente a esta resolución la propietaria, aquí demandante, interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Decreto 1877/19 objeto de este recurso, en el que se reiteró el requerimiento para que en el plazo de un mes procediera al desmantelamiento de la terraza, con la advertencia de que se le impondrá, en caso de incumplimiento una primera multa coercitiva por valor del 10% del coste estimado de las obras.

En este contexto, la parte aquí demandante, plantea que el Decreto 3730/14 es contrario a derecho porque desde que se construyó la terraza en 2009 hasta que se dictó dicho Decreto, se había superado el plazo de 4 años que establece el art. 224 de la Ley 2/2006 por lo que estaba prescrita la facultad del Ayuntamiento de ordenar la demolición de lo construido.

Este primer motivo de impugnación no puede prosperar porque el Decreto 3730/14 es una resolución firme y consentida, por lo que la orden de demolición contenida en la misma, al ser firme es ejecutable por el Ayuntamiento. Las alegaciones que frente a dicho Decreto 3730/14 plantea la demandante son extemporáneas e improcedentes, siendo irrelevante que no fuera la propietaria de la vivienda en 2014.

La demandante impugna en este procedimiento el Decreto 1877/19 y no el Decreto 3730/14 que no podría ser objeto del recurso al tratarse de una resolución firme.

Por otra parte, tampoco la orden de demolición adoptada en el Decreto 3730/14 habría prescrito: hay que tener en cuenta que el Decreto 89/2001 del Ayuntamiento de Getxo califica como bien cultural con la categoría de Conjunto Monumental el área singularizada de Getxo, de la que forma parte la vivienda en la que se construyó la terraza. Y en este punto, hay que acudir al art. 224.6 de la Ley 2/2006 que establece que el plazo de prescripción de cuatro años para que la Administración pueda ordenar la demolición "no rige en ningún caso" para las construcciones que afecten a bienes catalogados por el Ayuntamiento o declarados de interés cultural.

Las referencias que efectúa la parte demandante al art. 110 de la Ley 7/1990 del Patrimonio del País Vasco, en relación a la prescripción, no son atendibles, porque dicho precepto se refiere al procedimiento sancionador en materia de infracciones previstas en dicha Ley, que nada tiene que ver con el procedimiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística en el que se ha dictado la resolución aquí impugnada.

En definitiva, debe desestimarse la prescripción alegada por la demandante.

-En cuanto al motivo de impugnación consistente en la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de la orden de demolición contenida en el Decreto de Alcaldía de 3730/2014, se indica por la demandante que ello supone infracción de lo dispuesto en los arts. 1 y 56 del Real Decreto 1093/1997.

El art. 56 establece que la Administración legalmente competente, con el fin de asegurar el resultado de los expedientes de disciplina urbanística y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieron con anterioridad a la infracción, **PODRÁ** acordar que se tome anotación preventiva de la incoación de dichos expedientes.

Es decir, la anotación preventiva no es obligatoria, sino potestativa, lo que implica que no pueda considerarse infracción la no anotación.

La responsabilidad patrimonial que según la demandante es imputable al Ayuntamiento por esa falta de anotación preventiva, no es objeto de este procedimiento.

Por lo expuesto hasta ahora, no puede considerarse que se haya producido indefensión alguna a la demandante, ya que desde que el Ayuntamiento tiene conocimiento de que es la nueva propietaria de la vivienda, se le han notificado las resoluciones y actuaciones que se han ido dictando, incluso las resoluciones anteriores en las que se acordó denegar la licencia y ordenar la demolición de la terraza.

-En cuanto a la discrecionalidad y vulneración de la confianza legítima. No se comprende porqué la demandante ha podido tener la "confianza legítima" de que la orden de demolición de la terraza y el restablecimiento de la cubierta a su estado anterior a las obras no iba a ser ejecutada por el Ayuntamiento.

El Ayuntamiento tiene la obligación de realizar todas las actuaciones tendentes a restablecer la legalidad urbanística y la "confianza legítima" debe ser la de que esto ocurrirá así. No puede haber confianza y mucho menos legítima en que el Ayuntamiento consentirá ilegalidades y no actuará para que su restablecimiento se produzca.

Desde luego, no se ha aportado prueba alguna de que el Ayuntamiento haya tenido conocimiento de infracciones urbanísticas y no haya actuado frente a las mismas.

Tampoco se han vulnerado normas procedimentales en relación a la demandante, ya que, como se ha indicado anteriormente, a la demandante se le ha dado traslado de las resoluciones dictadas, incluso de las anteriores a que fuera propietaria de la vivienda y se le ha dado trámite de audiencia en el que ha podido exponer, como lo ha hecho, las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses, con aportación de pruebas. Cuestión distinta es que pretenda recurrir resoluciones ya firmes.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso.

CUARTO.- Las costas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA se imponen a la parte demandante.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil ALEIA ALFOR SL contra Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo nº 1877/19 de 17 de abril.

Costas al demandante.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE

APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4771.0000.00.0180.19, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
