



26 MAIG 2016

T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD  
PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00296/2016

APELACIÓN

Rollo Sala

Nº 108/2016

Autos Juzgado

PO nº 68/2013

(B)

117. J. S. M. A.

77/13 ✓

COPIA

(C)

## SENTENCIA

Nº 296

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 25 de mayo de 2016.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. [REDACTED]

MAGISTRADOS

D. [REDACTED]

D<sup>a</sup> [REDACTED]

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 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante D<sup>a</sup> [REDACTED] representada por D. [REDACTED] y asistido del Letrado D. [REDACTED]; y como Administración demandada apelada el **AYUNTAMIENTO DE PALMA**, representado y asistido por el Letrado municipal.

Desentfug

Per caritas

Constituye el objeto del recurso el Decreto de Alcaldía de fecha 14 de febrero de 2013, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de Alcaldía núm. 19717, que modificaba la sanción impuesta por la realización de obras sin la preceptiva licencia municipal en la zona Can Valent, [REDACTED].

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. [REDACTED].

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La sentencia N° 418, de fecha 10 de diciembre de 2015 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 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:

*“Desestimo el recurso interpuesto por el procurador D. [REDACTED], en representación de Dña. [REDACTED], y, en consecuencia, confirmo la resolución impugnada.*

*Impongo las costas a la parte recurrente.”*

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante 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 24 de mayo de 2014.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

La ahora apelante interpuso recurso contencioso-administrativo contra un Decreto de la Alcaldía de Palma por medio de la cual confirmaba la imposición de una sanción multa por la comisión de infracción urbanística consistente en la ejecución de obras sin licencia urbanística (art. 27.1b) de la Ley 10/1990 de disciplina urbanística.

Desestimada la demanda se interpone el presente recurso de reposición en el que se interesará, con carácter principal, la anulación de la sanción por caducidad del expediente administrativo de disciplina urbanística y, subsidiariamente, la moderación del importe de la sanción por la concurrencia de circunstancias atenuantes.

El apelante invocará la falta de motivación, exhaustividad y congruencia de la sentencia y, en lo demás, discrepará de los argumentos de la sentencia apelada reiterando las pretensiones de instancia.

Sobre la base de que el recurrente no niega la realidad de la infracción urbanística derivada de la ejecución de las obras sin licencia, procede examinar ordenadamente los distintos argumentos invocados en la apelación, con la precisión de que la genérica denuncia de falta de motivación y congruencia de la sentencia, se valorará individualmente al analizar cada uno de los argumentos de impugnación.

## **SEGUNDO. LA CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR.**

No ofrece discrepancia que el plazo de caducidad del expediente sancionador es de un año (art. 23.1 del Decreto CAIB 14/1994, de 10 de febrero) y que el *dies a quo* lo es el de acuerdo de inicio del procedimiento sancionador. En el caso el 2 de noviembre de 2011.

La sentencia apelada rechaza la caducidad partiendo de la premisa que el procedimiento sancionador finalizó con resolución del 17 de abril de 2012 (notificada el día 5 de mayo de 2012) por lo que *"no ha transcurrido el plazo de un año necesario para acordar el archivo del expediente por caducidad; sin que el tiempo transcurrido entre los recursos de reposición y su resolución pueda computarse a los efectos de apreciar la caducidad del expediente"*.

Pues bien, la motivación del rechazo de la invocada caducidad sí está en la sentencia (entre el 02.11.2011 y el 05.05.2012 no ha pasado un año). Cuestión distinta es que no se comparta dicha decisión.

El apelante discrepa de la sentencia al entender que el expediente DS 2010/105 se resolvió mediante resolución de 19 de noviembre de 2012, notificada el 26 de noviembre de 2012, es decir, transcurrido un año desde el *dies a quo* (recordemos que era el 02.11.2011). Dicha resolución de 19 de noviembre deja sin efecto la resolución de 17.04.2012 ofreciendo nuevo recurso de reposición, lo que evidencia que es esta resolución (la de 19 de noviembre) y no la de 17 de abril, la que pone fin al procedimiento sancionador.

El punto de partida es que el procedimiento administrativo sancionador al que se aplica el cómputo del plazo de caducidad finaliza con la resolución que agota la vía administrativa, porque es esta la que resuelve el procedimiento sancionador (art. 44 LRJyPAC) y no la que resuelve el eventual recurso administrativo contra la misma.

Pues bien, en nuestro caso el procedimiento sancionador se resolvió con la resolución de 17 de abril de 2012 en el que se acuerda imponer a la Sra. ██████ una sanción de multa de 211.127,92 € correspondiente al 75% del valor de las obras realizadas sin la preceptiva licencia



su grado mínimo (párrafo 2º); 3º) en consecuencia, si no hay ni agravantes ni atenuantes, debe imponerse en su grado medio ya que de lo contrario si se impone en su grado mínimo la sanción por infracción sin circunstancias modificativas, se equiparan incorrectamente a los casos en que concurren atenuantes.

#### **CUARTO. LA POSIBLE CONCURRENCIA DE ATENUANTES.**

Se invoca que debería haberse aplicado lo dispuesto en el art. 34.3.a) de la LDU confirme al cual es circunstancia que, en cada caso, puede agravar o atenuar la responsabilidad *"el mayor o menor conocimiento técnico del promotor de la actuación, de acuerdo con la profesión o actividad habitual del culpable"*.

La sentencia apelada rechaza la aplicación como atenuante a los supuestos "nulos conocimientos de la denunciada en materia urbanística" al apreciar que *"en cualquier caso, resulta de general conocimiento que para edificar una vivienda se requiere de la correspondiente licencia"*.

Pues bien, compartimos plenamente el criterio de la sentencia apelada por cuanto el indicado desconocimiento tendría su aplicación en infracciones urbanísticas que requieran un conocimiento específico (como por ejemplo la del art. 27.2.c ó 27.3.h,...) pero cuando la infracción deriva de lo más elemental: ejecución de obras de edificación sin haber recabado previa licencia urbanística, no puede invocarse el citado desconocimiento como elemento atenuante de la responsabilidad, porque es un conocimiento básico que nadie puede invocar legítimamente que lo ignora.

Con respecto al argumento de que *"es notorio y conocido por la Administración recurrida que fueron objeto de engaño por la Presidenta de la Asociación de Parcelistas, Sra. ██████████, habiendo contratado la empresa constructora de un familiar suyo (su tío) la ejecución y dirección de la obra, personas que les dijeron que tramitarían la licencia y quienes les cobraron los impuestos correspondientes, importe del que se apropiaron haciendo creer a mis mandantes y otras personas afectadas que el cambio normativo amparaba la edificación"*, como se afirma en la sentencia apelada, la recurrente no acredita el supuesto engaño (en referencia a que la Sra. ██████████ o el constructor tramitarían la solicitud de licencia). En lo que aquí importa es que al recurrente ordenó el inicio de las obras sin cerciorarse previamente de que no contaba con la correspondiente licencia. Esta es una decisión suya y que no puede imputar a terceros.

En segundo lugar se invoca la aplicación de la atenuante prevista en el art. 174,a de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo en Illes Balears, que aunque ser norma posterior a la aplicable a los hechos podría ser utilizada en cuanto que contiene norma sancionadora más favorable (punto 2º de la Disposición Transitoria Novena en el sentido de que si la nueva regulación comporta multa de inferior cuantía, se aplica la nueva).

No obstante, la atenuante no es por la "ausencia de voluntad de causar daño" como dice el apelante sino por "a) *la ausencia de intención de causar un daño tan grave a los intereses públicos o privados afectados*", pero en el caso no se está con infracción que comporta un daño superior o más grave a los intereses públicos –como cuando este daño se agrava, por ejemplo, si las obras sin licencia se ejecutan sobre bienes protegidos (art. 191 o 192)–, sino que se está en supuesto de infracción en que el daño es el propio e inherente –no más grave– que el que se causa con la ejecución de cualquier obra sin licencia.

En tercer lugar se invoca la "voluntad reparadora del daño", apreciada en el dato de haber solicitado la legalización mediante solicitud presentada el 5 de junio de 2015 al amparo de la regularización extraordinaria contenida en la Disposición Transitoria 10ª de la LOUS, pero ello no puede ser estimado porque se trataría de hecho posterior a la resolución sancionadora cuya legalidad estamos examinando. Concretamente, previamente al procedimiento sancionador se requirió a la recurrente para que instase la legalización de las obras, lo que no hizo, por tanto no puede invocar la atenuante del art. 34,2º LDU, porque la misma sólo es posible si se promueve la legalización antes del inicio de las actuaciones sancionadoras. En el mismo sentido del art. 174,b) de la LOUS.

En cuarto lugar se invoca que conforme al art. 46,1º LDU, la multa se reduce al 5% en el caso de obras susceptibles de ser legalizadas y que así se solicite, excepción de los casos previstos en el epígrafes f) y g) del artículo anterior. Pues bien, el f) se refiere al caso de obras que, aunque sean legalizables, su legalización no se solicite en el plazo fijado por la Administración. Por lo arriba explicado, este plazo es el concedido en su día dentro del expediente de restauración de la legalidad (no atendido por el infractor) sin que el mismo pueda equiparse con el de la regularización extraordinaria posterior (D. T 10ª LOUS), por cuanto esta regularización es posterior a la sanción ya impuesta en base a las circunstancias entonces apreciables. Por otra parte, ni siquiera consta que la obra haya sido regularizada.

Si en el futuro se logra legalizar todas o parte de las obras en atención al proceso de regularización extraordinaria, ello afectará a la legalización posterior de las obras inicialmente ilegales e ilegalizables al tiempo de su construcción, pero no a la sanción impuesta correctamente conforme a las normas aplicables al tiempo de cometerse la infracción, no alteradas en este punto de forma beneficiosa al sancionado.

En relación a la regularización extraordinaria interesada en 2015 por la recurrente, se invoca que a dicha petición se le anudaría la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 177,2º LOUS, conforme al cual:

"2. Si el hecho constitutivo de una infracción fuera legalizado porque no es disconforme con la ordenación urbanística, la sanción que corresponda según el apartado anterior se reducirá en un 95% si se hubiera solicitado la legalización en el plazo otorgado al efecto, salvo en los casos de incumplimiento de la orden de suspensión prevista en el artículo 150 de esta ley, y en un 80% si

esta legalización se hubiera solicitado con posterioridad a este plazo pero antes de la imposición de la sanción. Si el hecho fuera disconforme con la ordenación urbanística, la restitución de la realidad alterada antes de la imposición de la sanción hace que esta se reduzca en un 90%."

Pues bien, no concurre el supuesto del precepto ya que la obra no consta legalizada que es el presupuesto básico para la aplicación de la reducción (reducción que será del 95 % o del 80 % en función de si se realiza en plazo o transcurrido el mismo pero antes de la imposición de la sanción). En nuestro caso ni se ha obtenido la legalización ni se solicitó la misma antes de la imposición de la sanción en 2012.

Ni se discute que tampoco se ha procedido a la restitución de la realidad alterada antes de la imposición de la sanción.

#### **QUINTO. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES.**

Se invoca que "no es aplicable el art. 44 y 45 LDU por tratarse de suelo urbano", ello en virtud de que con la Disposición Transitoria 1ª y 5ª de la Ley 7/2012, el núcleo rural o urbanización en la que se encuentra la vivienda (C'an Valent) sería ahora suelo urbano.

Pues bien la DT 1ª contemplaba que *"los suelos clasificados como urbanos y que a la entrada en vigor de esta ley estén en la situación de suelo rural, se mantendrán en esta clasificación y se someterán al régimen jurídico vigente en el momento de su ordenación detallada, siempre que inicien la ejecución de su transformación urbanística en el plazo máximo de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta ley. Lo mismo será de aplicación a los terrenos urbanos en situación de rurales que no cuenten con ordenación detallada, si bien en este caso el plazo máximo será de cuatro años."*

Como vemos, ello no supone que el terreno en que se construyeron las obras sin licencia pasen a ser automáticamente suelo urbano o que la obra quede así automáticamente legalizada.

La DT 5ª referida a los núcleos rurales fue luego derogada por la LOUS y, en cualquier caso, no consta que a nivel de planeamiento se haya configurado la referida urbanización como núcleo rural.

Por último, tampoco puede apreciarse la eximente de "error" por lo ya analizado con respecto a que no puede invocarse ignorancia alguna o confusión ante la evidencia de que la recurrente instó la ejecución de obras sin previamente recabar la oportuna licencia municipal de obras. Este innegable hecho no queda enturbiado por los posibles engaños procedentes de la Sra. [REDACTED] o el constructor.

#### **SEXTO. LA CUANTÍA DE LA SANCIÓN.**

Se pretende en esta apelación que pasemos a valorar el coste de las obras (en base al que se determina el importe de la sanción), pero lo cierto es que la valoración administrativa no se cuestionó en la demanda y por ello nada se ha dicho al respecto en la sentencia.

La apelación se proyecta sobre la sentencia y no puede ser utilizada para introducir pretensiones distintas de las invocadas en primera instancia.

Procede así, la desestimación del recurso.

#### **SÉPTIMO. 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.

No obstante, de conformidad con el art. 139,5º de la LRJCA, la imposición de costas lo será, por todos los conceptos, hasta el límite de la cantidad de 500 €.

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

### **F A L L A M O S**

1º) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> ██ contra la sentencia Nº 418, de fecha 10 de diciembre de 2015 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma, la cual se confirma en su integridad.

2º) Se imponen las costas de esta apelación a la parte apelante con el límite, pro todos los conceptos, de 500 euros..

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. [REDACTED] que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.