

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Segunda C/** General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

**NIG:**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 100/2024**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**

**SENTENCIA NÚMERO: 113/2025**

-----

**Ilustrísimos señores e Ilustrísima señora:**

**Presidente:**

D.

**Magistrados:**

D.

D<sup>a</sup>.

-----

En la villa de Madrid, a 27 de enero de 2025

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, los autos de recurso de apelación nº 100/2024, interpuesto por el procurador D. , en



representación de D. s, contra la sentencia nº 328/2023, de 10 de noviembre de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid, dictada en su P.O. nº 437/2022, habiendo sido parte apelada la administración del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón , representada por el letrado consistorial.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid, se dictó sentencia nº 328/2023, de 10 de noviembre de 2023, en su P.O. nº 437/2022.

**Segundo.-** Contra la mencionada resolución judicial, por el procurador D. Mario Casas Cano, en representación de D. se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación con base en las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

**Tercero.-** El letrado del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en representación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, formuló oposición al recurso de apelación, interesando su desestimación por las razones vertidas en su escrito, que se tienen igualmente por reproducidas y dedujo solicitud de recibimiento a prueba del recurso de apelación.

**Cuarto.-** Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión del escrito de recurso de apelación, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma, se dictó providencia por la que se señaló fecha para deliberación y fallo, lo que se llevó a efecto en fecha 23 de enero de 2025, quedando los autos conclusos y pendientes del dictado de sentencia.

**Quinto.-** Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. quien expresa el parecer de la Sala.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El presente recurso de apelación se dirige por el procurador D. contra la sentencia nº 328/2023, de 10 de noviembre de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid, que desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha representación procesal contra la Resolución de 20 de enero de 2022 del Gerente Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón que ordena a D. que en el plazo de un mes proceda a la restauración del orden urbanístico infringido y de la realidad física alterada, mediante la demolición y desmantelamiento de las obras ilegal e indebidamente ejecutadas.

La sentencia desestima los motivos de impugnación por virtud de los cuales se alegaba la caducidad del expediente administrativo y la nulidad de la resolución por incumplimiento del principio de legalidad en la tramitación del procedimiento administrativo, la omisión del trámite de audiencia y la existencia de defectos en las notificaciones.

Declara que el recurso se dirige contra la orden de demolición, resultando prioritario el examen del motivo que concierne a la caducidad, resultando que la orden de legalización fue dictada el 30 de marzo de 2021 y en fecha 20 de enero de 2022 se dictó resolución ordenando la demolición y desmantelamiento de las mismas, ilegal e indebidamente ejecutadas, constando la notificación de la misma (folios 1EA). Por tanto, ha de concluirse que no ha transcurrido el plazo de 10 meses legalmente establecido.

En cuanto a la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, declara que de la prueba practicada no resulta acreditado el transcurso del plazo de prescripción previsto en el art. 195 LSCM, siendo tal circunstancia carga cuya prueba incumbe al recurrente, no pudiendo prosperar tampoco dicho motivo de impugnación.

En cuanto a la omisión del trámite de audiencia al interesado, puesto que las notificaciones emitidas por el Ayuntamiento fueron dirigidas a una persona que no es la interesada en el expediente, en el folio EA consta autorización expresa conferida el 14 de abril de 2021



por el recurrente a una tercera persona. , para intervenir en el procedimiento; y se han emitido notificaciones a la representante en el expediente administrativo que han sido contestadas y alegadas por el demandante, por lo que ninguna infracción procedimental ni indefensión de la parte recurrente se aprecia.

La demolición de una construcción ilegal es una medida normal y adecuada, salvo que concurran circunstancias excepcionales que la Administración actuante debe valorar.

La resolución ahora recurrida consta de 10 folios y de la lectura de la misma se aprecia que está suficiente y ampliamente motivada, puesto que de la misma resultan tanto los hechos como los argumentos jurídicos utilizados para la adopción del acuerdo, en este caso, pudiendo conocer la parte recurrente los motivos que conducen a la decisión adoptada.

Se alega la existencia de incongruencia en la resolución impugnada, en concreto, en la argumentación del Ayuntamiento para mantener la orden de demolición. Sin embargo, no se concreta ni tampoco se justifica dicha afirmación, correspondiendo a la parte recurrente la carga de probar los hechos que desvirtúen el contenido de la resolución impugnada, lo que no se ha hecho en el presente caso. La orden de demolición reitera los argumentos contenidos en la resolución que acuerda la incoación del expediente. Por lo expuesto se considera que la orden de demolición es conforme a lo previsto en los arts. 194 y 195 LSCM.

**SEGUNDO:** El recurso de apelación solicita la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de las pretensiones del recurso contencioso-administrativo. Se alegan los siguientes motivos de apelación:

1-La resolución que le sirve de base a la Orden de demolición, (la denegación de licencia de obra), no era firme: se encontraba pendiente de resolución administrativa al haberse interpuesto recurso de reposición, fundamentado en causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015; y está actualmente pendiente de resolución de un recurso contencioso-administrativo.



## 2-Error en la valoración de la prueba en los siguientes aspectos:

-En cuanto a la falta de notificación en el expediente de legalización que origina la orden impugnada. La sentencia incurre a error cuando entiende que no existe causa de nulidad en el procedimiento de notificación en el expediente de demolición. Lo cierto es, que la nulidad alegada en la demanda se basa en la falta de notificación en el expediente, para el que no tenía autorización, con independencia de la inexactitud del proceso de autorización para considerar a representante a todos los efectos, remitiéndose al escrito de demanda.

-Edificabilidad: El recurrente procedió a llevar a cabo la restitución del orden urbanístico, eliminando la cota pisable del sótano, la separación de vidrio traslúcido, e inhabilitando los metros del forjado. Tal y como ratificó la arquitecta del Ayuntamiento en su declaración, los metros discordantes actualmente no serían los metros cuadrados que constan en la memoria, sino que, tras la eliminación de la cota pisable en sótano -1, éstos metros quedaron reducidos a 9 metros cuadrados. No existe en autos referencia a alguna legislación en Derecho Público que determine los porcentajes que corresponden a cada propietario. No existe fundamento jurídico que avale ordenar la demolición de la totalidad de los metros, teniendo en cuenta que mi mandante es propietario y, según el propio Ayuntamiento, le corresponden ciertos metros de los remanentes. Cuando se impone al actor demoler unos metros que le corresponden, la Orden de demolición no es ajustada a Derecho. El hecho de que por un propietario se haya utilizado más edificabilidad y ocupación remanente que la que ‘‘correspondería’’, no constituye una infracción administrativa, puesto que no es competencia de la Administración Local decidir conforme a la esfera del Derecho Privado, el juez *a quo* pretendía que se acreditase un hecho negativo, o prueba diabólica, al exigir a esta parte desvirtuar con pruebas una falacia jurídica.

-Huecos de fachada en el patio interior. A pesar de haber sido objeto de prueba, el juez *a quo* no ha referido nada a la valoración de la prueba obrante en autos en relación a la autorización tácita de la comunidad de propietarios. La arquitecto del Ayuntamiento, en el acto de la prueba, admitió que, si la comunidad de propietarios tiene autorizada la apertura de huecos en fachada de patio interior, el Ayuntamiento no tendría objeción alguna a esta decisión. La autorización tácita está contemplada y aceptada por numerosa doctrina. No puede la Administración utilizar la Licencia urbanística como instrumento para verificar situaciones jurídico-privadas, cuya definición, por otra parte, insistimos, no habría de corresponder nunca a la Administración, sino a los Tribunales Civiles.



-Incongruencia omisiva en cuanto a la caducidad del expediente. El artículo 21.2 de la Ley 39/2016 establece un plazo máximo de duración de los procedimientos de seis meses. El plazo máximo para resolver procedimiento administrativo de legalización en la Comunidad de Madrid, no debería exceder el límite máximo de seis meses establecido por la Ley 39/2015. Por la propia remisión de la Ley 39/2015, y por el Principio de jerarquía normativa y el de reserva de ley, no puede una Ley autonómica contradecirla y ampliar o modificar este plazo, pues atentaría también contra el Principio de reserva de ley, instanco el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos de la ley del Suelo de la CAM que fijan un plazo superior.

-El actor procedió a llevar a cabo la restitución del orden urbanístico, por lo que en aplicación del principio de proporcionalidad no procedería la demolición.

**TERCERO:** La administración apelada solicita la desestimación del recurso de apelación. Opone que:

-El recurso de apelación no es más que una reproducción de lo esgrimido en la instancia, vulnerando con ello los términos exigidos por la jurisprudencia para el recurso de apelación, cuando exige una crítica de la resolución judicial apelada.

-Sobre el carácter no firme de la resolución impugnada, estando suspendida la ejecutividad del acto administrativo en virtud del Auto recaído en virtud de la Pieza Separada de Medidas Cautelares, y como puede ser de otra forma, mientras no sea firme la Resolución Judicial el Ayuntamiento que represento, ahora apelado, no puede ejecutar la resolución: Sí lo que se pretende es introducir vía recurso una advertencia al Ayuntamiento, ni tiene cobertura en nuestra LRJCA ni en la LEC en lo aplicable de forma supletoria.

-La parte recurrente no comparte la valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia, pero ello no da pie a solicitar en apelación su revisión, sin que ello pase por que se justifique y razones que la valoración realizada por el juzgador de instancia haya sido irracional, ilógica o arbitraria, lo que en este caso no sucede. Yerra también el recurrente,



respecto a la carga de la prueba, insistiendo erróneamente, al señalar que la carga de la prueba le corresponde al Ayuntamiento.

-La Sentencia que ahora se impugna entra de forma exhaustiva a determinar las normas aplicables (no solo las que le guste a la apelante), y la jurisprudencia asociada a las mismas, para determinar que no existe caducidad ni prescripción aplicable al caso.

-El apelante no procedió a llevar a cabo la restitución del orden urbanístico. En Informe de la Arquitecto Técnico Municipal, folios del expediente se indica que no se produjo la subsanación de lo requerido.

-El Ayuntamiento, haciendo uso de sus facultades inspeccionó la obra a los efectos de entender sí procedía otorgar la licencia de legalización por subsanación de las deficiencias detectadas, con el resultado del Informe de la Arquitecto Técnico ,desfavorable, y que forma parte de la resolución recurrida: Considerando lo anterior, posee la resolución la motivación más que adecuada y suficiente y el Informe de Estudio de Arquitectura que se cita no enerva, en absoluto, la presunción de veracidad de lo manifestado en el Informe de la Arquitecto Técnico Municipal.

**CUARTO:** Efectivamente, como apunta el escrito de oposición al recurso de apelación, la jurisprudencia (por todas, citaremos las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 14 de junio de 1991) indica que el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por lo que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación , de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable).

Sin embargo, la lectura del recurso de apelación permite comprobar que, contra lo que sostiene la administración, el mismo no se limita a reiterar los argumentos de la instancia,



sino que contiene una verdadera crítica a los argumentos de la sentencia, en los muy diversos aspectos que hemos sintetizado en el fundamento jurídico segundo, por lo que este alegato de oposición al recurso de apelación no puede prosperar.

**QUINTO:** En su primer motivo de apelación, la parte apelante alega que la resolución que le sirve de base a la orden de demolición, (la denegación de licencia de obra), no era firme: se encontraba pendiente de resolución administrativa al haberse interpuesto recurso de reposición, fundamentado en causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015; y está actualmente pendiente de resolución de un recurso contencioso-administrativo. El recurso de apelación se extiende en consideraciones sobre la falta de ejecutividad de dicho acto administrativo, que denegó la licencia solicitada por el apelante para legalizar las obras.

Este motivo de apelación no se planteó en la instancia. En la demanda actora no se contiene ninguna de las consideraciones jurídicas que ahora se hacen en el recurso de apelación en relación con este tema. Únicamente se menciona, como parte del relato de antecedentes de hecho que se incluye en el apartado I de la demanda, la indicación de que “...*el 27 de abril de 2021, se presentó por mi representado la Solicitud de Licencia Urbanística que da lugar al expediente de legalización de obras LRU/2021/708. Este expediente finaliza mediante resolución de Denegación de fecha 17 de enero de 2022, resolución que fue recurrida en reposición y desestimada en fecha 28 de abril de 2022*”. Y en el apartado II “Cuestión Aclaratoria”, se menciona “...*la resolución que le sirve de base, (la denegación), que aún no ha podido ser sometida al enjuiciamiento de este tribunal por estar pendiente de resolución administrativa en la fecha de interposición de anuncio del presente procedimiento*”. Sin embargo, en el cuerpo de la demanda no se desarrolla ningún motivo de impugnación derivado de este hecho, ni se plantea formalmente un alegato como el que se hace en el recurso de apelación.

La demanda sí llevó al procedimiento judicial diversas consideraciones sobre presuntas irregularidades en un procedimiento diferente al que nos ocupa, cual es el seguido a instancia del apelante para obtener licencia que amparase las obras. En su momento, enjuiciaremos la virtualidad jurídica de tales alegatos, referidos a otro procedimiento administrativo. Lo que



ahora interesa, a efectos de este fundamento jurídico, es que en ninguna de esas alegaciones se planteó la nulidad del acto recurrido con base en la causa que ahora se esgrime en el recurso de apelación, esto es, en el hecho de no ser firme el acto denegatorio de la licencia, al haberse recurrido, en reposición primero, y luego en vía contencioso-administrativa, dicha resolución.

Por consecuencia de lo dicho, este primer alegato de apelación queda excluido del conocimiento de esta Sala, al no haber sido planteado en la instancia. El Tribunal Supremo, Sala Tercera, en una reiterada jurisprudencia de la que es claro exponente la STS 17 de enero de 2000 (rec. apelación 3497/1992) F.J 3 afirma que:” [...] *aun cuando el recurso de apelación transmite al Tribunal «ad quem» la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en 1ª instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la Sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la Sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la Sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril y 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo y 15 y 19 de junio de 1998)*”. En definitiva, no es posible el planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de apelación, habida cuenta de la preclusividad que existe a estos efectos en la primera instancia (SSTS 27 de diciembre de 1996, 25 de abril de 1997 y 14 de enero de 1998, entre otras muchas), por lo que no procede entrar en el análisis de este motivo de apelación.

**SEXTO:** El recurso de apelación denuncia que la sentencia de instancia incurre en error en la valoración de la prueba, en los diferentes aspectos que hemos sintetizado en el fundamento de derecho segundo. En este fundamento de derecho nos centraremos en las alegaciones referidas al error de la sentencia en la apreciación de la falta de notificación en el expediente de legalización que origina la orden impugnada, por cuanto (se dice) en el expediente no tenía autorización, con independencia de la



inexactitud del proceso de autorización para considerar a representante a todos los efectos, remitiéndose al escrito de demanda en relación con esta cuestión.

La sentencia acierta cuando se limita a valorar la regularidad de las notificaciones en los siguientes términos: *“Sentado lo anterior, efectivamente en el folio EA consta autorización expresa conferida el 14 de abril de 2021 por D. “a realizar las intervenciones necesarias ante el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón en referencia al expediente de restitución de la legalidad urbanística número de expediente en referencia al inmueble situado en Calle Pozuelo de Alarcón, Madrid”. Además, ha de tenerse en cuenta que, tras tal autorización de representación, se han emitido notificaciones a la representante en el expediente administrativo que, además, han sido contestadas y alegadas por el demandante, por lo que ninguna infracción procedimental ni indefensión de la parte recurrente se aprecia”*.

Este razonamiento acierta en un doble sentido: de un lado, se limita a analizar la regularidad de las notificaciones y de la representación conferida a tal efecto en el expediente de disciplina urbanística, absteniéndose de efectuar dicha valoración respecto del expediente en el que se tramitó la licencia solicitada por el apelante para la legalización de las obras, como indebidamente se planteaba en la demanda y ahora, de nuevo, en el recurso de apelación. Si se impugna en vía contencioso-administrativa un acto administrativo que pone fin a un procedimiento administrativo, no es posible sustentar la pretensión de anulación de dicho acto en presuntas irregularidades que se hayan podido producir en otro procedimiento administrativo ajeno, con un objeto distinto. Así sucede en este caso en el que se impugna la resolución que puso fin al procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, tramitado en el expediente . La demanda pretendía que se anulara dicho acto administrativo alegando errores en las notificaciones practicadas en otro procedimiento administrativo diferente, concretamente en el tramitado con motivo de la solicitud de licencia deducida por el apelante, el . Ello no es aceptable en términos jurídicos. Las posibles faltas procedimentales que hubieran podido cometerse en el citado procedimiento de licencia han de plantearse con ocasión de la impugnación del acto que ponga fin a dicho procedimiento, en este caso, frente a la propia resolución denegatoria de la licencia; pero no frente a una resolución administrativa ajena al mismo,



como es la que nos ocupa. El propio recurso de apelación es el que manifiesta que la consecuencia de notificar las actuaciones a una persona que no estaba apoderada a tal efecto en el expediente de legalización, “...supone la nulidad de lo actuado en el expediente de legalización”, pero no en el que nos ocupa, que es el de restablecimiento de la legalidad.

De otro lado, la sentencia también acierta cuando constata la existencia del apoderamiento que consta en el expediente del procedimiento de restablecimiento de la legalidad y que ampara la corrección de las notificaciones practicadas con la persona apoderada por el hoy apelante. El recurso de apelación se remite a sus alegaciones de la demanda sobre una eventual inexactitud en el procedimiento de autorización para considerar a representante a todos los efectos en dicho procedimiento. Pero no contiene crítica alguna a la sentencia, ni dice en qué yerra la juzgadora de instancia al valorar el apoderamiento que aparece en el folio del expediente lo que impide hacer otras valoraciones sobre esta cuestión, de conformidad con la doctrina sobre el alcance y naturaleza del recurso de apelación que hemos sintetizado en el fundamento jurídico cuarto, lo que conduce a la desestimación de este motivo de apelación.

**SÉPTIMO:** Se alega también error en la valoración de la prueba en relación con el alcance de las obras afectadas por el requerimiento de demolición recurrido. En concreto, se cuestionan errores en relación con la edificabilidad y con los huecos de fachada en el patio interior.

Las alegaciones del recurso de apelación sobre estas cuestiones, como en su día las de la demanda, plantean en buena medida la procedencia de la legalización de las obras y, por tanto, conectan con el acto administrativo que denegó la licencia solicitada por el ahora apelante, en un procedimiento distinto. Un acto que no es objeto del recurso contencioso-administrativo a que se refiere esta apelación, sin que la parte recurrente solicitara en ningún momento la acumulación del proceso contencioso-administrativo en que dice tener impugnado dicho acto denegatorio de licencia, de modo que no cabe un examen conjunto de la procedencia del otorgamiento de esa licencia, con las consecuencias que se trasladarían a la impugnación del acto que requiere la demolición de las obras no licenciadas (como por ejemplo, sucedió en nuestro recurso de apelación nº 237/2022) . Es más, fue la propia



administración la que solicitó esa acumulación de autos, que ciertamente hubiera permitido el examen conjunto de tales cuestiones, sin que la parte ahora apelante se adhiriera a tal petición, que fue denegada por auto de 27 de octubre de 2022, contra el que no se interpuso recurso. En consecuencia, las cuestiones atinentes a la pertinencia de legalizar las obras quedan fuera del alcance del contencioso-administrativo que nos ocupa y, consecuentemente, de este recurso de apelación.

En cualquier caso, no se aprecia el error en la valoración de la prueba que se denuncia en el recurso de apelación. Es importante comenzar destacando que, en el caso de autos, partimos de una deficiente actividad probatoria de la parte recurrente, que ni tan siquiera propuso en su solicitud de recibimiento a prueba del recurso (otrosí tercero de la demanda) ninguna cuestión de orden técnico sobre la que practicar prueba; y, en particular, no la propuso en relación con cuestiones como la edificabilidad, o los huecos de fachada en el patio interior, a fin de acreditar la innecesariedad de obtener su legalización, que sería la cuestión de hecho a discutir en la “litis”, dado que la eventual procedencia de que se hubiera otorgado la licencia solicitada quedaba fuera del objeto del contencioso-administrativo. Correlativamente, no aportó prueba técnica alguna, informe o pericia, sino que se remitió al contenido del expediente y propuso dos testificales y el reconocimiento judicial de las obras. De nuevo fue la propia administración la que sí propuso prueba pericial a cargo de la arquitecta técnica municipal, para ratificar los informes técnicos obrantes en el expediente, que fue admitida por el juzgado de instancia en auto de 31-3-2023. En su recurso de reposición contra el auto citado, la parte recurrente sostuvo la necesidad de las testificales propuestas, pero indicando en el caso de uno de los testigos propuestos, D. , que su declaración tenía por objeto acreditar hechos que no fueron objeto de su petición de recibimiento a prueba, tales como la cumplimentación del requerimiento para subsanación de deficiencias, o si existe una modificación de los parámetros urbanísticos originales de la edificación, o se había producido la restitución del orden urbanístico en el plazo requerido según lo establecido en la orden de demolición, el alcance de esta restitución y los puntos restituidos. Cuestiones, por cierto, propias de una prueba pericial y no de un testigo. Lo mismo cabe decir respecto del testigo D. , que se propone para acreditar otro hecho sobre el que no se propuso el recibimiento a prueba, como es la existencia de una “autorización tácita” de la comunidad a las obras. En definitiva, partimos de una situación de deficiente actividad probatoria de la parte recurrente en relación con la solicitud de



recibimiento a prueba, que no se dirigió a ninguno de los extremos de hecho que ahora se cuestionan en la valoración probatoria de la sentencia; y en relación con la proposición de pruebas inadecuadas para acreditar cuestiones de naturaleza técnica.

En definitiva, el acervo probatorio de la “litis” se concentra exclusivamente en los informes técnicos obrantes en el expediente y en la declaración de la perito arquitecta técnica municipal propuesta por la propia administración. Siendo ello así, no cabe estimar este motivo de apelación. Como bien apunta el escrito de oposición del letrado municipal y como hemos reiterado en sentencias de esta Sala y sección, como la nº 610/2023, de 15 de diciembre de 2023, recurso nº 29/2023, en aquellos supuestos en los que, como el que nos ocupa, la parte recurrente pretende provocar un debate en sede de apelación respecto a cuestiones de hecho, con la finalidad de modificarlos a partir de una nueva consideración de la prueba practicada en la instancia, debemos recordar que la valoración de la prueba sobre la base de las pruebas practicadas debe llevarse a cabo por los jueces sentenciadores, llamados legal y constitucionalmente a desarrollar la tarea de valorar la prueba practicada, bajo los principios de inmediación, oralidad, concentración y contradicción efectiva de las partes [por todas STS 17 octubre 2017 (casación 3063/2016)] y por ello, su criterio ha de ser respetado, salvo errores o valoración ilógica, irrazonada o arbitraria de la prueba. Así lo hemos señalado también en otras sentencias como la dictada por esta Sala y sección de 30 de junio de 2020, recurso de apelación 169/2019, entre otras muchas. Por tanto y en resumen, el Tribunal “ad quem” solo podrá revisar aquella valoración de la prueba que se revele como equivocada sin esfuerzo, o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la misma contradice las reglas de la sana crítica, hecho que cabe advertir en supuestos graves y evidentes de desviación que la hagan totalmente ilógica u opuesta a las máximas de la experiencia.

Así las cosas, teniendo en cuenta los únicos medios de prueba que se han practicado y la carencia de medios probatorios aportados por la parte actora, las conclusiones obtenidas en la sentencia de instancia no se presentan, en absoluto, como ilógicas, incoherentes o irracionales. Ni tan siquiera se cuestiona en el recurso de apelación la denegación de la prueba propuesta por la parte apelante en su demanda, ni se alega indefensión por la denegación de dicha prueba. lo único que se pretende es cuestionar las conclusiones que alcanza la sentencia a la vista de la prueba practicada, que ha sido exclusivamente la obrante



en el expediente y la propuesta por la propia administración. No puede cuestionarse la afirmación de la sentencia según la cual corresponde “...a la parte recurrente la carga de probar los hechos que desvirtúen el contenido de la resolución impugnada, lo que no se ha hecho en el presente caso”. Efectivamente así es. Es a la parte recurrente, que formulaba tales alegaciones, a la que correspondía la carga de acreditar, a los efectos de enervar la procedencia de la orden de restablecimiento de la legalidad, que su actuación constructiva estaba amparada por un título o que estaba dispensada de la necesidad de obtenerlo. Sin tan siquiera entrar en las consecuencias jurídicas que hubiera tenido la acreditación de los hechos que alega, ni valorar si hubiesen servido para enervar la conformidad a derecho de la decisión administrativa impugnada, sucede que no se ha acreditado por ningún medio de prueba la existencia de los hechos alegados en la demanda, tales como la existencia de una autorización “tácita” de la comunidad de propietarios a la realización de las obras (contra la que la denuncia origen del expediente apunta en sentido exactamente contrario); ni se ha presentado prueba técnica alguna que respalde las afirmaciones acerca de la existencia de un remanente de edificabilidad que, de acuerdo con normas de derecho privado que invoca, le correspondiese al apelante y le habilitase la ejecución de la obra, que pese a ello hubiera seguido requiriendo una licencia que no se solicitó y que posteriormente ha sido expresamente denegada por un acto administrativo que no es objeto de este contencioso-administrativo. No es a la administración a la que le incumbe a acreditar tales hechos (cualquiera que fuera la eficacia jurídica que pudieran tener), sino a la parte que los alega, “ex” artículo 217 de la LECiv. Tal carga probatoria no ha sido satisfecha, como bien dice la sentencia de instancia y ello conduce directamente a la desestimación de este motivo de apelación.

**OCTAVO:** Llegamos al análisis de la alegación de “incongruencia omisiva” de la sentencia y de las alegaciones que el apelante hace en relación con la caducidad del procedimiento de disciplina, que la sentencia niega, previo cómputo de la duración del procedimiento. El recurso de apelación no discute que ese cómputo se haya realizado correctamente por la juzgadora a quo. Lo que suscita es una petición de planteamiento de cuestión de constitucionalidad respecto del plazo de diez meses que establece el artículo 195.4 de la Ley autonómica 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid y dice que la sentencia no se ha pronunciado sobre esta petición.



Sin necesidad de un extenso desarrollo argumental, hay que recordar que, como es bien sabido, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de un órgano judicial es potestativa o facultativa para el mismo y no hay obligación alguna de que la plantee, de acuerdo con el tenor literal del artículo 35 de la LO 2/1979 del Tribunal Constitucional. Quien ha de considerar que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución es el órgano judicial, sin que exista un derecho subjetivo de las partes al planteamiento de la cuestión, de modo que la negativa, expresa o tácita, al planteamiento de la cuestión no es en sí misma susceptible de recurso alguno. Lo más que pueden hacer las partes es, como en este caso hace el apelante, reproducir su solicitud en la siguiente instancia (cfr. STC 17/1981; STC 133/1987, de 21 de julio; o STC 10/1994, de 17 de enero).

Dicho lo anterior, a los argumentos de la parte apelante sobre esta cuestión bastará oponer que estamos ante un supuesto en el cual el artículo 195.4 de la Ley autonómica 9/2001 viene a dar perfecto cumplimiento a la previsión establecida en el artículo 21.2 de la Ley 39/2015, en cuanto regla del procedimiento administrativo común establecida en una ley del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la CE. El artículo 21.2 de la Ley 39/2015, de forma similar a la del antiguo artículo 42.2 de la Ley 30/1992, establece: *“El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea”*. Pues bien, en este caso esa norma con rango de ley formal es, precisamente, el artículo 195.4 de la ley 9/2001 del Suelo de la CAM, que da cumplimiento a la exigencia de rango normativo contenida en el artículo 21.2 de la Ley del procedimiento administrativo común. No hay vulneración alguna del principio de jerarquía normativa y reserva de ley que se establecen en el artículo 9 de la Constitución española. No la hay del principio de reserva de ley, porque la Ley 9/2001 es una norma con rango de ley formal emanada de la Asamblea Legislativa de la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de la potestad legislativa que le otorgan los artículos 9 y 15 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por L.O. 3/1983. Y tampoco del principio de jerarquía normativa, porque las competencias legislativas de las CCAA en las materias en las que la Constitución (CE) les atribuye dicha competencia (como la que tiene la Comunidad de



Madrid en Materia de urbanismo, “ex” artículo 148-1-3º de la CE y su propio Estatuto de Autonomía) no están subordinadas a la del Estado, como erróneamente plantea el recurrente. La CE no ha establecido un sistema de reparto “vertical” de competencias, en el cual las atribuidas de manera exclusiva a las Comunidades Autónomas sean subordinadas o dependientes de las del Estado; sino un sistema de reparto “horizontal” de dichas competencias, conforme a la distribución que establecen los artículos 148 a 150 de la propia CE. La competencia estatal relativa al “procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18 CE) habilita la aprobación de “normas establecidas con carácter general y abstracto, para toda suerte de procedimientos” [STC 45/2015, FJ 6 c)]. En particular, los principios y reglas que “definen la estructura general del “iter” procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración” (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32), esto es, “la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto”: “iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos” (STC 50/1999, FJ 3). Pero ello no empece a que, como declara la STC 227/1988, FJ 32, la competencia para establecer el régimen de los “procedimientos administrativos especiales” aplicable a las diversas formas de la actividad administrativa *ratione materiae* “es conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración”. En la STC 33/2018, de 12 de abril, se dice que “la regulación de estos procedimientos administrativos especiales no está, en nuestra Constitución, reservada al Estado. Por ello, en principio, ‘cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas de procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias’” [STC 33/2018, FJ 5 b), con cita de la STC 227/1988, FJ 32]. Lo mismo ocurre cuando las Comunidades Autónomas cuentan solo con atribuciones de desarrollo legislativo y ejecución; serán competentes también, como regla general, para regular los correspondientes procedimientos administrativos especiales en el marco de las normas de procedimiento común (general o singular) que haya establecido el Estado ex art. 149.1.18 CE [STC 45/2015, FJ 6 b)].

Pues bien, esto es lo que ha hecho la Comunidad de Madrid al regular el procedimiento de disciplina urbanística que contempla el artículo 195 de su Ley del Suelo 9/2001: regular el



procedimiento aplicable a una materia de su exclusiva competencia; y hacerlo dentro del marco general que suministra la Ley estatal 39/2015 al regular el procedimiento administrativo común. Concretamente, lo ha hecho ateniéndose a la exigencia del artículo 21.2 de la ley 39/2015 y, por tanto, estableciendo un plazo de caducidad del procedimiento por ley formal y no a través de una norma de rango inferior, que es exactamente lo que exige la ley estatal, por lo que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que reclama la parte apelante carece de fundamento.

Por consecuencia de lo dicho, debemos desestimar este último argumento del recurso de apelación y, con el mismo, el propio recurso de apelación, como se dirá en la parte dispositiva.

**NOVENO:** Similares consideraciones sobre la falta de prueba han de llevar a la desestimación del motivo de apelación según el cual se ha producido a cargo del apelante la restitución del orden urbanístico y sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, con base en el cual no procedería la demolición. Independientemente de los efectos jurídicos que pudiera tener el constatarse que se había procedido a la restitución de la edificación a su estado original, lo cierto es que no hay prueba de ello y que no pasa de ser una mera afirmación de parte, carente de respaldo probatorio. El informe de la Arquitecto Técnico Municipal de 4-4-2022 que obra en los folios 243 y 244 del expediente apunta en sentido contrario, al menos parcialmente: reconoce haberse retirado un vidrio de seguridad que cubría el patio interior en planta sótano y la unidad de climatización: pero indica que no se produjo la subsanación en cuanto a la formación del nuevo forjado a nivel de planta primera, por las razones que explica. En cualquier caso, este informe no es el único elemento decisivo para desestimar este argumento del recurso de apelación. En primer lugar, el informe citado es de fecha posterior al dictado de la resolución aquí recurrida y no se ha practicado prueba alguna a cargo de la parte apelante que acredite la retirada de todos los elementos constructivos a los que se refiere la orden de demolición con anterioridad al dictado de la misma. El informe que el hoy apelante aportó al procedimiento y que aparece en los folios 231 y siguientes está fechado el 7 de marzo de 2022, es decir, también con posterioridad a la resolución que acordó requerir la demolición y que es objeto de impugnación en estos autos. Por tanto, lo único que acreditaría es haberse dado



cumplimiento a la orden de demolición, con posterioridad al dictado de la misma, pero en nada afectaría a la conformidad a derecho de dicho requerimiento, que es lo que se dilucida en esta “litis”. Efectivamente, en nada obstaría a la conformidad a derecho de la orden de demolición aquí impugnada el hecho de que el interesado hubiera procedido voluntariamente a restituir la construcción a su estado previo a las obras ejecutadas sin licencia y, antes al contrario, ello demostraría a mayor abundamiento la aceptación de la procedencia de dicha demolición. Repárese en que el propio informe aportado por el apelante al expediente indica “in fine” (folio 234) que “...con las medidas anteriormente descritas se ha dado pleno cumplimiento de la orden de demolición de los indebidamente construido y se ha ejecutado el restablecimiento de la legalidad urbanística”, expresión que no puede ser más ilustrativa de cuanto venimos diciendo.

Recordar, finalmente, en cuanto a la invocación del principio de proporcionalidad, que, como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de Octubre de 2.001 citando la de 28 de abril de 2000, el principio de proporcionalidad cuando nos encontramos, como en el presente caso, ante infracciones de la legalidad urbanística opera: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. En los casos de actuaciones que contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos, por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad ( sentencias de 16 de mayo de 1990 y de 3 de diciembre de 1991 ). La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley ( artículo 103.1 CE ) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición.

Es por todo ello que los últimos motivos de apelación deben ser rechazados y, en consecuencia, debemos desestimar el recurso de apelación, como se dirá en la parte dispositiva.



**DÉCIMO:** El artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reformado por Ley 37/2011 en materia de costas, determina su imposición a la parte apelante, si bien se fijará una suma máxima por este concepto, que se establecerá prudencialmente por esta Sala en atención a la cuantía y complejidad del pleito, conforme autoriza el apartado 4 de dicho precepto. Estableciendo el apartado 4 de dicho precepto que la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima, este Tribunal, haciendo uso de esta facultad, fija las costas a abonar por la parte apelante a la administración apelada en la suma de por todos los conceptos, más IVA, para lo que se ha valorado la complejidad de la cuestión jurídica planteada.

Vistos los anteriores preceptos y razonamientos,

### FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. , contra la sentencia nº 328/2023, de 10 de noviembre de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte apelante, que se fijan en la suma de por todos los conceptos, más IVA.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.



Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº , especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de