

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00357/2023

-

Modelo: N11600

Teléfono: [REDACTED] Fax: [REDACTED]

Correo electrónico: [REDACTED]

Equipo/usuario: 04

N.I.G: 07040 45 3 2019 0000300

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000030 /2019 /

Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

De D/Dª: [REDACTED]

Abogado:

Procurador D./Dª: [REDACTED]

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE IBIZA

Abogado:

Procurador D./Dª [REDACTED]

En nombre de SM el Rey se dicta la siguiente

SENTENCIA Nº 357/23

Palma, veintiocho de junio de dos mil veintitrés.

Vistos por mí, [REDACTED], Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma, los autos del Procedimiento Ordinario nº 30/19, promovidos por [REDACTED], representado por [REDACTED] y bajo la dirección letrada de [REDACTED], frente al Ayuntamiento de Eivissa, representado por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y bajo la dirección letrada de [REDACTED], conta:

- Resolución del Ayuntamiento de 21/1/2019 por el que se impone el restablecimiento de la realidad física alterada con la desinstalación de un toldo fijo en la terraza del local, así como impone una sanción de 11.250€

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Por la representación procesal de la actora se interpuso recurso y, una vez remitido el expediente administrativo, formuló demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, terminó solicitando que se dicte Sentencia por la que estimando el recurso se anule la resolución impugnada, con expresa condena en costas.

SEGUNDO. – Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la administración demandada requiriéndole la contestación en que, tras alegar los hechos y fundamentos que estimó

pertinentes, terminó solicitando que se dicte Sentencia por la que se desestimase la demanda.

TERCERO. – Por Auto se admitió la prueba solicitada y no se realizó vista sino que se remitieron conclusiones, en los términos que obran en autos, quedando los autos vistos para Sentencia.

CUARTO. – La cuantía del procedimiento se estima indeterminada.

QUINTO. – En los presentes autos se han observado las prescripciones legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Planteamiento de la controversia.

Es objeto del presente procedimiento la resolución anteriormente señalada, siendo pretensión de la parte recurrente lo expuesto en el Antecedente de Hecho Primero de la presente.

A la parte recurrente se la considera responsable de la infracción prevista en el artículo 167.1 de la Ley 12/2017, imponiéndose el 75% del valor de las obras y el restablecimiento de la realidad física alterada consistente en la desinstalación del toldo fijo.

Frente a ello la parte recurrente opone:

- Que es una cuestión civil al producirse en propiedad privada
- La prescripción de la instalación
- Que el informe técnico le provoca indefensión
- La multitud de cerramientos en terrazas y balcones del municipio
- El expediente para autorizar la instalación de toldos de tipo cortina no se encuentra resuelto, por lo que se entiende concedida la licencia por silencio positivo
- Que se ha omitido el informe previsto en el artículo 177.4 y, por tanto, el porcentaje de la sanción puede reducirse al 50%.

A todo ello se opone la Administración, revisándose a lo largo de la presente Sentencia por el orden establecido.

SEGUNDO. – Resolución de la controversia

Siguiendo el orden expuesto, impugna la parte recurrente argumentando que se trata de una cuestión civil. Para ello alega que se impone una sanción en una terraza de edificio que se encuentra a pie de calle, y cuyo uso fue otorgado por la Comunidad de Propietarios.

Es una cuestión que carece de sentido si se acude a la Ley 7/1985, que otorga a los Ayuntamientos competencia en materia urbanística – artículo 25.2.a) – entre lo que se incluye la disciplina urbanística, caso actual si se observa que se sanciona por una infracción tipificada en la Ley 12/2017 de Urbanismo de las Islas Baleares.

Se argumenta la prescripción de la infracción, alegando la existencia de los postes y toldos, al menos, desde el 13/9/2001, fecha de una Junta de la Comunidad de Propietarios en que ya consta la existencia de instalaciones que se definen como “los toldos y hierros allí colocados”.

Conforme el artículo 205 de la Ley 12/17 el plazo de prescripción es 8 años, computados desde el día en que se acabe la obra, sin perjuicio de las medidas de restablecimiento conforme el artículo 196.2 del mismo cuerpo legal – no prescriptible en determinados supuestos –. En fin, puede apreciarse prescripción si se acredita por la parte recurrente el transcurso de 8 años desde que se instaló, definitivamente, lo que es objeto de sanción.

Dicha acreditación, que la Ley exige sea fehaciente, está sometida a las reglas de la sana crítica y habrá de valorarse por este Juzgador en el presente caso. El problema, sin embargo, no reside en si había instalación sino si es la misma instalación en todo momento y la respuesta debe ser negativa, al menos con la prueba de que se dispone en el procedimiento – siendo carga de la parte recurrente acreditarlo – sin que quepa confundirse entre una mera instalación o soporte para un cartel y la instalación para un cerramiento, móvil pero permanente, que ocupe la práctica totalidad de la terraza.

Lo que consta es que pudo existir una instalación cuyas fotografías se aportan por la Comunidad de Propietarios en 2017, pero nada tiene que ver esta con la que obra en fotografías de 2018, que implica un cerramiento tanto lateral como en el techo, y que excede, con mucho de esos “toldos y hierros” a que se refiere. A esto se añade, además, los expedientes de licencia de obra menor 1097/2016 y 179/2016, además de el 5916/2017 de cambio de titularidad, de los que no puede inferirse razonablemente la concurrencia de toldos con estructura fija.

La parte recurrente no acredita la identidad en la instalación, debiendo verse desestimada la argumentación en este punto pues es a quien corresponde acreditar la identidad que no se acredita y, en fin, la antigüedad.

Con relación a la indefensión, se funda por la parte recurrente en la carencia de fecha de un informe que dispone de fecha en su extremo izquierdo – la de firma de 25/7/2018 – sin que se comprenda cuál es la indefensión en que se encuentra cuando se explica y concluye, tras razonarlo, que hay una instalación que carece de título habilitante, lo que constituye infracción urbanística – por la que, en fin, se le sanciona – dando cumplida información previa de los preceptos de aplicación.

Para que se produjese indefensión debiera concurrir un vicio material que la provocase, sin que quepa asumirla por una mera alegación que no se corresponde con la realidad – si que está fechado el documento – y que, aun en caso contrario, contiene los elementos para conocer los hechos que son objeto de valoración.

Debe, por ello, verse desestimada la pretensión en este punto.

Respecto de la conurrencia de otros cerramientos de terrazas y balcones, no es objeto de examen la diligencia, general, infractora de la Administración. Si, en cambio, el caso concreto y, en el presente supuesto, no puede pretenderse por la parte recurrente una suerte de “igualdad en la ilegalidad” – SSTC 43/1982, 186/2000 y SSTS 15/1/2002 y 8/5/2001 – de modo que, el hecho de que alguien cometa una infracción y el recurrente no aprecie que se sanciona, le ampare para cometer la misma infracción.

Baste decir, para no entrar a valorar el escaso acierto jurídico del argumento, que no concurre ningún fundamento jurídico en tal pretensión y debe verse desestimada al concurrir falta de justificación.

El silencio positivo sigue igual resultado que los argumentos anteriores pues carece de fundamento legal alguno y, más allá de formular alegaciones, no aporta razonamientos que las soporten.

En el presente caso la Ley 12/17, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 39/15, dispone en su artículo 5.2 que:

2. En ningún caso se podrán considerar adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan la legislación, la ordenación territorial o el planeamiento urbanístico

Con lo que ya resultaría dudosa la concesión pretendida pues poco explica la demanda, pero a ello se suma el hecho de que en el procedimiento se solicitaba licencia para la instalación de “cortinas de toldo”, lo que difiere del objeto de sanción. A mayor abundamiento el procedimiento no se encontraría en silencio sino archivado pues no se cumplieron los requerimientos efectuados en su momento para completar la información.

Tales cuestiones no son rebatidas por la parte recurrente ni, nuevamente, aporta argumentos que permita desvirtuarlas con la consiguiente desestimación de su pretensión en este punto.

Finalmente, la parte recurrente alega la omisión de informe preceptivo pero consta informe de valoración – de 20/10/2018 – que, si bien no es prolijo en argumentos, siendo deseable que se dotase a los informes de un cierto formato más elaborado, comprende los elementos de juicio suficientes y no rebatidos por la parte recurrente – valoración de las obras – de modo que no cabe más que la desestimación de la demanda en este punto.

Por lo demás, se plantea por la parte recurrente, de manera poco clara pero, al fin y al cabo, constatable, una suerte de falta de proporcionalidad en la sanción por imponerse un 75% del valor de las obras en vez de un 50%. Ocurre, como en los casos anteriores, que no se explica el fundamento de la pretensión de modo que solo cabe acudir a la legalidad de la medida y, conforme el artículo 183.2 de la Ley 12/17, no concurriendo circunstancia agravante ni atenuante, procede la imposición de la sanción en el grado medio. Atendido que el arco sancionador abarca entre el 50% y el 100%, el 75% se considera proporcionado.

Por todo ello, procede la desestimación íntegra de la demanda.

TERCERO. – De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA, procede condenar en costas a la parte recurrente en cuantía que no exceda de 1.000€, por todos los conceptos.

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

FALLO

Desestimo la demanda interpuesta por [REDACTED], representado por [REDACTED] y bajo la dirección letrada de [REDACTED], frente al Ayuntamiento de Eivissa, representado por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y bajo la dirección letrada de [REDACTED], contra la Resolución del Ayuntamiento de 21/1/2019 por el que se impone el restablecimiento de la realidad física alterada con la desinstalación de un toldo fijo en la terraza del local, así como impone una sanción de 11.250€, declarándola conforme a derecho y condenando a la parte recurrente a estar y pasar por esta declaración y a las costas, en cuantía que no exceda de 1.000€ por todos los conceptos.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de apelación en el plazo de QUINCE DÍAS, a contar desde el siguiente a su notificación, ante este órgano judicial.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse un depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en la entidad bancaria, sucursal, Cuenta nº, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación recurso seguida del Código "-- Contencioso-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "-- contencioso-apelación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase, indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de la justicia gratuita.

Añade el apartado 8 de la D.A. 15ª que en todos los supuestos de estimación total o parcial del recurso, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, una vez firme la resolución.

Así por esta sentencia 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 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 tutelar 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.