

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

SENTENCIA: 00278/2022

PLAÇA DES MERCAT, 12
Teléfono: 971 71 26 32 Fax: 971 22 72 19
Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es
N.I.G: 07040 45 3 2017 0001178

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000190 /2021 URBANISMO

De [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Contra AYUNTAMIENTO DE SANTA EULALIA DEL RIO
Procurador: [REDACTED]
APELACIÓN Rollo Sala Nº 190/2021.

Autos Juzgado Nº PO 122/2017.

SENTENCIA

En Palma, a 27 de abril de 2022.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 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. [REDACTED]**; y como parte demandada apelada el **AYUNTAMIENTO DE SANTA EULÀRIA DES RIU**.

Constituye el objeto del recurso el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 6 de marzo de 2017 que, en reposición, ratificó el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2016, por el que se impuso sanción de multa por la

comisión de infracción urbanística consistente en la ejecución de obras sin licencia urbanística municipal.

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

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO. La sentencia núm. 485/2020, de 21 de diciembre, dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Palma, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario 122/2017 y de los que trae causa el presente rollo de apelación, dispone literalmente en su fallo:

“DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don [REDACTED] [REDACTED] contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 6 de marzo de 2017 que, en reposición, ratificó el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2016. Con expresa imposición a la parte recurrente de las costas causadas, con el límite máximo en relación con los honorarios de Letrado establecido en el último Fundamento Jurídico de esta Sentencia”

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, fue inadmitida a prueba propuesta, 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 26 de abril de 2022

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento de la cuestión litigiosa.

A) LOS HECHOS.

1º) Mediante acuerdo del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 19 de octubre de 2019, se inicia procedimiento sancionador por presunta infracción urbanística consistente en la

construcción –sin la preceptiva licencia urbanística municipal– de: i) un porche en una terraza exterior de aproximadamente 20 m², mediante la construcción de 4 pilares de hormigón de 0,30 x 0,30m y 2,50m de altura, aproximadamente, dos jácenas de madera y una cubierta de viguetas de madera y brezo de cubrición; ii) dos encimeras de obra sobre paredes de obra, una de aproximadamente 5,00m de largo y 1,00m de alto, y otra de aproximadamente 3,50m de largo y 1,00m de alto, con un fregadero incorporado; y, iii) se ha ampliado un almacén existente en aproximadamente 24 m² de superficie construida.

2º) Tramitado el procedimiento sancionador, finalmente concluyó con el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2016 por el que se imponía a don ██████████ ██████████, como responsable de la infracción urbanística cometida, una sanción económica de 13.500 € correspondiente al 75% del valor de la obra ejecutada sin la preceptiva licencia municipal de obras, ordenándose, asimismo el inicio de expediente de restablecimiento de la legalidad física alterada.

3º) Interpuesto recurso de reposición y desestimado el mismo, se accedió a la vía jurisdiccional en la que se interesó la nulidad de la sanción invocando para ello: i) la prescripción de la infracción urbanística; ii) la caducidad del procedimiento sancionador; iii) la desproporción en el importe de la sanción de multa.

B) LA SENTENCIA.

La sentencia apelada desestima el recurso.

En cuanto a la prescripción de la infracción, valora que la parte recurrente no acredita, con la rigurosidad que es exigible, que las obras se hubieren concluido completamente con anterioridad a los 8 años anteriores al inicio del expediente sancionador. Valora en este punto:

“No resulta objeto de controversia que el 19 de octubre de 2012 se dictó Decreto del Concejal Delegado del Área de Administración Local y Servicios Generales del Ayuntamiento por el que se acordó iniciar el procedimiento sancionador por infracción urbanística 89/12 lo que determina que las obras en cuestión habrían de haberse ejecutado y finalizado antes del 19 de octubre de 2004.

Realmente se ha de hacer, en las fotografías de los años 1989, 2001 y 2002 un notable esfuerzo visual para determinar la ampliación del almacén y la construcción del porche. El perito delimita, en la fotografía del año 89, una construcción principal que arroja sombra sobre una superficie pavimentada y observa también como en la parte

posterior de la edificación principal se alarga hasta donde se ubica el aljibe-leñero apareciendo la misma imagen superpuesta en la fotografía del año 2015.

De la fotografía del año 2002 solamente aprecia cómo el volumen es superior al pavimento que lo rodea y que es apreciable especialmente en la fachada lateral izquierda y en la diferencia de color entre el volumen y el pavimento pero la posición del sol en la foto no permite tomar una medida clara de la altura de la edificación ya que las sombras quedan cortadas por los árboles que sobre pasan la edificación, impidiendo además conocer la relación entre volúmenes colindantes (sala calderas-garaje).

No cabe duda que cabe admitir como prueba en numerosas ocasiones las fotografías aéreas, las ortofotos aportadas, por la parte, si en ellas se observa concluida la envolvente del edificio, y la misma permanece en las mismas condiciones en varios vuelos. Ahora bien, en el caso de autos, la simple apreciación de identidad de volúmenes en las fotografías de los años 2004 y 2006 no es prueba suficiente para determinar que el porche y la ampliación del almacén que han sido apreciados en la primera inspección del año 2007 y en la del año 2012 se correspondan con tal identidad aun cuando la construcción resulte sencilla y de rápida ejecución por lo que no se pudo dar como probada la existencia de la prescripción.”

La sentencia rechaza igualmente que el procedimiento estuviera caducado o que la multa –impuesta en su grado medio al no concurrir agravantes ni atenuantes– fuera desproporcionada

C) LA APELACIÓN.

En la apelación ya no se combate la caducidad del procedimiento sancionador o la proporcionalidad de la sanción, centrando la discrepancia en la prescripción de la infracción urbanística, que lo es de 8 años computados desde la completa finalización de las obras (73,1º de la Ley 10/199, de Disciplina Urbanística).

Se argumenta que los artículos 154.1 de la Ley CAIB 2/2014 y el artículo 205 de la Ley CAIB 2/2017 imponen al infractor un plus de acreditación de la finalización de la obra (“*con criterios de objetividad y de rigor, de manera indudable y con certeza y exactitud*”) que no estaba presente en la LDU aplicable al caso.

Que en la fotografía aérea tomada el 18/08/2004 ya se aprecia el volumen correspondiente a la caseta ejecutada en el exterior del inmueble y coincidente con la que motivó el inicio del procedimiento sancionador en octubre de 2012, cuando la infracción ya estaba

prescrita. El informe pericial del arquitecto, realizando una comparativa entre las distintas fotografías aéreas, demuestra que la ejecución del i) porche, y de ii) la ampliación de un pequeño almacén, ya estaban ejecutadas en agosto de 2004.

SEGUNDO. La carga de la prueba con respecto a la completa finalización de las obras.

Con carácter previo debe precisarse que la sanción impuesta lo era por la ejecución sin licencia de tres concretas obras: i) un porche; ii) unas encimeras) y iii) la ampliación de un almacén. La prescripción únicamente se invoca con respecto a la primera y la última, por lo que se reconoce la legalidad de la sanción correspondiente a la obra de las encimeras. Por ello ya no sería posible la íntegra anulación de la sanción que se pretende en la demanda y en la apelación.

En segundo lugar, se invoca en la apelación que en la valoración de la prueba sobre el momento de finalización de las obras –y a partir del cual empieza a correr el plazo de los 8 años para la prescripción de la infracción (art. 73.1º de la LDU)– no se pueden tomar en consideración los criterios que otras normas posteriores (la LOUS y luego la LUIB) han impuesto en dicha valoración. Como en concreto que dicha prueba demuestre la antigüedad “*con criterios de objetividad y de rigor, de manera indudable y con certeza y exactitud*”. Por ello, entiende el apelante que bastaría que el infractor acreditase dicha antigüedad “*por cualquier medio de prueba*” que es lo que exigía la Ley 10/1990 de Disciplina urbanística, aplicable al caso.

En este punto debe precisarse que, aunque obviamente no sean de aplicación al caso ni la LOUS ni la LUIB, ello no altera el criterio de la valoración de la prueba con respecto al momento de la completa terminación de las obras, pues dichas Leyes posteriores no hacen sino recoger y positivizar un criterio jurisprudencial reiterado que igualmente es aplicable a la infracción del caso. Así, en sentencia de esta Sala núm. 243/2004, de 24 de marzo, a supuesto al que se aplicaba la LDU, ya afirmábamos que la prueba de la prescripción de la infracción corresponde al infractor y que la fecha de la completa conclusión de las obras “*se ha de acreditar fehacientemente con criterios de objetividad y rigor, de forma indudable y con la certeza y exactitud que la Ley precisa*”. Esto es, en los mismos términos que la Ley autonómica luego recogería. Por tanto, la doctrina relativa al modo de valorar la prueba con la que el infractor debe acreditar “fehacientemente” que la obra estaba completamente acabada con anterioridad al plazo de prescripción, no se ha alterado.

Esta Sala, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2011 (y con anterioridad en su Sentencia de 3 de abril de 2009), ya señaló lo siguiente:

“„debe recordarse que corresponde a la parte infractora la carga de la prueba respecto a la fecha en que se cometió la infracción que, por ser continuada, implica acreditar fecha de finalización de las obras. Como indicamos en sentencia de esta Sala núm. 243 de 24.03.2004 la presunción de inocencia no desplaza a la administración la carga de probar cuando se finalizaron. Por lo que la carga de la prueba para probar los datos que permitan aplicar la prescripción recae en la parte recurrente.”

La STS 23.07.1996 ya precisa que : "la carga de la prueba en el presente supuesto litigioso la soporta no la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación la clandestinidad en la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del «dies a quo». El principio de la buena fe plenamente operante en el campo procesal -artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-impide que el que crea una situación de ilegalidad, puede obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad."

Siendo indiscutible que la carga de la prueba con respecto a la fecha de la completa finalización de la obra corresponde a quien invoca la prescripción –pues así lo impone el art. 73,1º LDU– el núcleo de la cuestión litigiosa se centra en la valoración de las pruebas presentadas por el demandante y con las que pretende acreditar que las obras se finalizaron con posterioridad al octubre de 2004.

Estas pruebas consisten en la comparación de unas fotografías aéreas y en concreto con la tomada en agosto de 2004 y en las que, según el recurrente, ya aparecerían los volúmenes constructivos que coincidirían con las obras que motivaron el inicio del expediente sancionador en 2012.

No obstante, en este punto coincidimos con la valoración de la prueba realizada en la instancia, esto es, que la indicada fotografía carece de la calidad necesaria para que, en su comparación con las tomadas con posterioridad, permita asegurar la identidad de las construcciones en unas y otras. O que no se hubieran realizado nuevas actuaciones constructivas sobre las primeras.

El informe pericial aportado junto a la demanda, se realiza sobre la base de la comparación de las mismas fotografías, lo que no supone disipar las dudas que presenta aquella

tomada en agosto de 2004. Y aunque al perito no lo ofrezca dudas que las obras estaban concluidas en 2004, lo relevante es que no disipan las dudas en el Juzgador, pues éste debe aplicar aquellos criterios de “*objetividad y rigor, de forma indudable y con la certeza y exactitud que la Ley precisa*”.

La ausencia de cualquier otro medio documental fehaciente (facturas, albaranes, presupuestos...) no ayuda a la tesis de la parte apelante.

Además, en cuanto a la valoración de la declaración del perito, la facultad revisora de este Tribunal de apelación con respecto a la realizada por el órgano jurisdiccional de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone una percepción directa de aquélla, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental.

La STS de 15 de diciembre de 1998, lo precisa del siguiente modo:

“el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el Tribunal “ad quem” de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el tribunal “ad quem” podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo.”

No advertimos que la valoración realizada en la instancia incurra en alguna las deficiencias señaladas en la citada sentencia del Tribunal Supremo.

Examinadas las fotografías por esta Sala, no advertimos que la valoración del juzgador de instancia en la comparación de estas sea notoriamente errónea o equivocada. Es más, coincidimos en que las mismas no permiten llegar a una conclusión indubitada, que es lo que venimos exigiendo.

Procede, en consecuencia, la desestimación de la apelación.

TERCERO. 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 con el límite de la suma de 500 € por todos los conceptos, sin perjuicio de las restantes limitaciones derivadas de la aplicación del art. 139,7º LJCA.

F A L L A M O S

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. [REDACTED] contra la sentencia núm. 485/2020, de 21 de diciembre, dictada por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Palma.

2º) Se imponen las costas procesales a la parte apelante, con el límite de 500 €, por todos los conceptos.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

En la preparación del recurso de casación ante el TS téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de



abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE nº 162 de 6 de julio de 2016).

Así se acuerda y firma.

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

Recurso 122/2017

SENTENCIA NUMERO 485/2020

En Palma de Mallorca, a veintiuno de diciembre de dos mil veinte.

Vistos por mí, don Francisco Javier Canabal Conejos, Magistrado en Comisión de Servicios del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, los autos del recurso del procedimiento ordinario número 122/2017, interpuesto por don [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales don [REDACTED] a, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 6 de marzo de 2017 que, en reposición, ratificó el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2016. Ha sido parte demandada el Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu, representado por la Procuradora de los Tribunales doña [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por don [REDACTED] se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado contra la citada resolución, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso y se dictase Sentencia por la que se anule y se deje sin efecto la resolución de fecha 22 de mayo de 2017 emitida por el Ayuntamiento de Santa Eulalia des Riu en el expediente sancionador por infracción Urbanística nº 89/2012 o, subsidiariamente, se imponga la sanción en su grado mínimo, consistente en el 50% del valor y no el 75%.

SEGUNDO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó la desestimación del recurso.

TERCERO.- Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba se practicó la admitida con el resultado obrante en autos y, tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia.

En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales. Se fijó la cuantía del recurso en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación del Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 6 de marzo de 2017 que, en reposición, ratificó el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2016 por el que se imponía a don [REDACTED] como responsable de la infracción urbanística cometida, una sanción económica de 13.500 € correspondiente al 75% del valor de la obra ejecutada sin la preceptiva licencia municipal de obras, ordenándose, asimismo el inicio de expediente de restablecimiento de la legalidad física alterada.

Tales obras consistían en la construcción de un porche en una terraza exterior de aproximadamente 20 m², mediante la construcción de 4 pilares de hormigón de 0,30 x 0,30m y 2,50m de altura, aproximadamente, dos jácenas de madera y una cubierta de viguetas de madera y brezo de cubrición; dos encimeras de obra sobre paredes de obra, una de aproximadamente 5,00m de largo y 1,00m de alto, y otra de aproximadamente 3,50m de largo y 1,00m de alto, con un fregadero incorporado; y, se ha ampliado un almacén existente en aproximadamente 24 m² de superficie construida.

SEGUNDO.- Don [REDACTED] impugna las citadas resoluciones en base a los motivos que de manera sintética se pasan a exponer:

a.- Prescripción de las obras objeto del expediente 89/2012.

Señala que, de las fotografías aportadas, se desprende que la ampliación del almacén y la construcción de porche se realizaron entre junio de 1995 y agosto de 2004 y si el inicio del expediente 89/2012 fue el 19 de octubre de 2012 y su notificación el 6 de noviembre de 2012, estos actos se realizaron habiendo transcurrido más de ocho años desde la realización de las obras.

b.- Caducidad del expediente.

Señala que desde su inicio, el 19 de octubre de 2012, hasta su finalización, el 6 de marzo de 2017, han transcurrido casi 5 años sobrepasándose el plazo de resolución del expediente administrativo de 1 año señalado en el art. 50.3, apartado a), de la Ley 3/2003.

c.- Desproporción de la sanción e inaplicación de las circunstancias atenuantes concurrentes.

Señala que no se ha tenido en cuenta que tramitó la legalización de las obras, que las obras no le reportaron beneficio económico alguno y se trata de su vivienda por lo que en aplicación de los artículos 45 en relación a los artículos 31 y siguientes en especial el artículo 34.3.B LDU debe imponerse la sanción en su grado mínimo.

d.- Desproporción de la sanción e inaplicación de las circunstancias atenuantes concurrentes.

Invoca la aplicación de circunstancias eximentes como la inexistencia de voluntad incumplidora y la prescripción del art. 73 LDU. Como atenuantes invoca la exclusión del beneficio, la existencia de dilaciones indebidas, el principio de proporcionalidad y la inexistencia de circunstancias agravantes.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu se opuso al recurso señalando que de las diferentes actas que se recogen en el expediente administrativo se infiere que las obras objeto de sanción se ejecutaron con posterioridad a 2007 y al gozar las mismas de presunción de veracidad se debe entender que no había transcurrido el plazo de ocho años fijado en el artículo 73 de la LDU.

En relación con la caducidad, señala que al año se le debe descontar el periodo entre la solicitud de prórroga y la finalización del plazo otorgado en la misma, el plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión hasta el Decreto en que se alzó y los dos meses otorgados en el acuerdo de incoación al ahora recurrente en virtud de lo dispuesto en los arts. 65, 66 y 67 de la LDU.

Opone que recurrente "obvia" recoger en su escrito que ya fue sancionado por la comisión de una infracción urbanística en 2007, de lo que se infiere que al existir circunstancias agravantes

no se le puede imponer la sanción en su grado mínimo, tal y como se deduce de la lectura del art.34.2 de la LDU. Además, indica que no ha acreditado que se trate de su vivienda habitual. También se opone a las eximentes y atenuantes instadas.

CUARTO.- En relación con el primero de los motivos de impugnación, tanto el artículo 73.2 de la Ley CAIB 10/1990, como el artículo 154.1 de la Ley CAIB 2/2014 y el artículo 205 de la Ley CAIB 2/2017 disponen que el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas es de ocho años, contados desde que la obra se encuentre totalmente acabada.

La carga de prueba de la fecha de terminación de las obras -que, conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1 de la Ley 10/1990 (hoy artículo 179 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo), debe tenerse como *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de ocho años que el referido precepto legal contempla- incumbe al administrado y no la Administración.

En efecto, como señalan las SSTS 25 febrero 1992, 24 noviembre 1994 (recurso 2380/1992), 8 y 23 julio 1996 (recursos 8179/1991 y 8343/1991, respectivamente) y las que en ellas se citan, el plazo prescriptivo -o, si se prefiere, de caducidad de la acción- empieza a contarse desde la total terminación de las obras, y sin necesidad de acudir a las reglas generales de la carga de la prueba, elaboradas por inducción sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1214 Código Civil (hoy artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), la carga de la prueba la soporta no la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del "*dies a quo*", teniendo en cuenta que el principio de la buena fe, plenamente operante en el campo procesal, artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, impide que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad.

En el mismo sentido afirma la STS 31 enero 2012 (recurso 4285/2009) que "no es a la Administración ---que ha adoptado la medida de restauración de la legalidad, consistente en la demolición de las obras (...)-- a la que corresponde acreditar la fecha de terminación de las obras a efectos del cómputo de la prescripción para el ejercicio de esa acción de restauración de la legalidad, sino a la parte recurrente que alega la prescripción", a lo que se añade la consideración,

destacada por la STS 8 julio 1996 antes citada, de que no puede hablarse aquí en absoluto de la presunción de inocencia, aplicable en el ámbito del derecho sancionador administrativo, "al no tratarse la actividad enjuiciada de una medida sancionadora sino de restauración de la legalidad urbanística alterada".

A idéntica conclusión se llegaría aplicando las reglas generales que, en materia del *onus probandi*, contempla el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en este ámbito jurisdiccional específico, según el artículo 4 de la Ley Procesal Civil y la Disposición adicional primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al encontrarnos ante hechos constitutivos de la pretensión de nulidad de la actuación administrativa impugnada aquí deducida y de mayor disponibilidad o facilidad probatoria para la parte actora.

A estos efectos, señala el recurrente en demanda que las dos fotografías aportadas, correspondientes a vuelos efectuados en junio de 1995 y agosto de 2004, acreditaría que en aquel año la vivienda se hallaba construida y terminada y como anexo a la misma en la parte inferior izquierda se hallaba construido un almacén sin porche alguno y en el otro año ya aparecía la ampliación del almacén y la construcción del porche no apareciendo modificación alguna del resto de la vivienda.

Para avalar el alcance dichas fotografías aportó un informe pericial. En dicho informe se indica que la propiedad no aporta facturas y en el mismo se concluye como acreditado que:

“1. mediante la fotografía aérea de 18/8/2004, que existen 2 volúmenes colindantes. Si bien no se pueden tomar medida fiable de las sombras arrojadas debido a que la vegetación colindante que existía distorsiona esta medida.

2. Que las cubiertas de los volúmenes colindantes en la fotografía aérea de 2006, donde se aprecia que los volúmenes son los mismos que hoy en día, tienen las mismas características que en el 18/8/2004.

3. Que el volumen construido sobre la antigua leñera y aljibe, es una construcción muy sencilla, sin apenas acabados, ni ayudas de albañilería, por lo que se puede estimar que el volumen se puede realizar en apenas un mes.

4. Que a día de hoy ambos volúmenes, sin haber sido ampliados, han sufrido cambios de acabados, en su cubierta y en su fachada, estos fueron realizados con anterioridad a 2015”.

No resulta objeto de controversia que el 19 de octubre de 2012 se dictó Decreto del Concejal Delegado del Área de Administración Local y Servicios Generales del Ayuntamiento por el que se acordó iniciar el procedimiento sancionador por infracción urbanística 89/12 lo que determina que las obras en cuestión habrían de haberse ejecutado y finalizado antes del 19 de octubre de 2004.

Realmente se ha de hacer, en las fotografías de los años 1989, 2001 y 2002 un notable esfuerzo visual para determinar la ampliación del almacén y la construcción del porche. El perito delimita, en la fotografía del año 89, una construcción principal que arroja sombra sobre una superficie pavimentada y observa también como en la parte posterior de la edificación principal se alarga hasta donde se ubica el aljibe-leñero apareciendo la misma imagen superpuesta en la fotografía del año 2015.

De la fotografía del año 2002 solamente aprecia cómo el volumen es superior al pavimento que lo rodea y que es apreciable especialmente en la fachada lateral izquierda y en la diferencia de color entre el volumen y el pavimento pero la posición del sol en la foto no permite tomar una medida clara de la altura de la edificación ya que las sombras quedan cortadas por los árboles que sobre pasan la edificación, impidiendo además conocer la relación entre volúmenes colindantes (sala calderas-garaje).

No cabe duda que cabe admitir como prueba en numerosas ocasiones las fotografías aéreas, las ortofotos aportadas, por la parte, si en ellas se observa concluida la envolvente del edificio, y la misma permanece en las mismas condiciones en varios vuelos. Ahora bien, en el caso de autos, la simple apreciación de identidad de volúmenes en las fotografías de los años 2004 y 2006 no es prueba suficiente para determinar que el porche y la ampliación del almacén que han sido apreciados en la primera inspección del año 2007 y en la del año 2012 se correspondan con tal identidad aun cuando la construcción resulte sencilla y de rápida ejecución por lo que no se puede dar como probada la existencia de la prescripción.

QUINTO.- También se alega en demanda la caducidad del procedimiento de restauración por transcurso del plazo de un año. Al respecto como señala la STSJIB de 13 de noviembre de 2017 (rec. 229/2017), siguiendo la de 17 de diciembre de 2013 (rec. 185/2013), “la caducidad del procedimiento administrativo para la restauración de la legalidad urbanística perturbada, se sujeta a lo dispuesto en el artículo 50.3.a. de la Ley de la Comunidad Autónoma 3/2003, de manera que la caducidad se produce por el transcurso de un año entre el acuerdo de iniciación y la notificación regular de su resolución, sea ésta efectiva o intentada por primera vez sin efecto”.

Por otro lado, como señala la STSJIB de 23 de junio de 2016 (rec. 12/2016) “la suspensión del plazo de caducidad ha de tener en cuenta, no sólo que el plazo anual de que dispone la Administración no incluye el plazo de los dos meses de que dispone la parte para solicitar esa legalización, sino además ha de señalarse que en tanto no tenga conocimiento el órgano que tramita el expediente de restauración de legalidad, que en este caso no es el mismo ante el cual se ha de presentar esa legalización, la suspensión opera en tanto no tenga cabal conocimiento de lo que sucede ante el Ayuntamiento”.

El dies a quo es el 19 de octubre de 2012 día del acuerdo de incoación del Expediente Sancionador por Infracción Urbanística (folios 34 al 39). Consta en el expediente, que el recurrente el 5 de febrero de 2013 (folio 52) solicitó una prórroga, siéndole concedida por Decreto de 19 de febrero de 2013 (folio 53), siéndole notificado el 5 de marzo de 2013 (folio 55); que tras la presentación del proyecto de legalización el 14 de marzo de 2013 (folio 56) por Decreto de 9 de abril de 2013 se procedió a suspender la tramitación del expediente (folio 57) hasta el 25 de marzo de 2016 día en que se alzó la suspensión (folio 63); y, que la resolución del expediente sancionador fue notificada el 14 de noviembre de 2016 (folio 73).

Con los dos meses de plazo para legalizar, el cómputo se iniciaría el 19 de diciembre de 2012 por lo que, en el mejor de los cómputos, que sería el que realiza el recurrente, al realizarse dicha detracción de dos meses de plazo para la legalización de las obras por lo que, en ningún caso, se alcanzaría el año fijado en aquella norma.

SEXTO.- Los dos últimos motivos pueden ser objeto de análisis conjuntamente. Según consta en la resolución impugnada los hechos se califican como constitutivos de infracción grave

de conformidad con los artículos 27.1 b) y 28 de la Ley 10/1990. De conformidad con el artículo 45 de dicha norma la sanción que corresponde es de multa del 50 al 100 por 100 del valor de la obra y la impuesta alcanzó el 75% de dicho valor.

Señala la resolución, a los efectos de estos motivos de impugnación, que “al amparo de lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 10/1990, en modo alguno se observan circunstancias atenuantes, en tanto que no puede manifestarse un absoluto desconocimiento en materia de urbanismo, recordemos que dicho sujeto ya fue sancionado por la comisión de una infracción urbanística mediante acuerdo de la junta de gobierno local de 7 de diciembre de 2007, así mismo por parte del mismo se ha procedido a la presentación ante este ayuntamiento de varios proyectos de obra (Expedientes de obra números 05/10 520,06/13 864,06/0163 3,13/04035), por tanto, con independencia de la reincidencia en la comisión de ilícitos urbanísticos, no puede manifestarse que sus conocimientos en la materia son nulos. De igual modo no se ha constatado que la vivienda sea la vivienda habitual del recurrente, tal y como se afirma, en tanto que no consta empadronamiento del interesado en la misma. Por tanto, en atención a que el artículo 34.2 de la ley 10/1990 establece que si concurre alguna circunstancia atenuante, la sanción se impondrá en el grado mínimo, siempre que no existan circunstancias agravantes concurrentes, y que en caso particular los observa existencia de atenuante alguna, es por lo que no ha lugar a la aplicación de una sanción en el tramo inferior de las cuantías definidas por el artículo 45 de la ley 10/1990”.

Si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 34.1 de dicha Ley, concurre la agravante de reincidencia y que no concurre ninguna atenuante ya que aquello construido no ha obtenido la correspondiente licencia, que no ha procedido voluntariamente a restituir la legalidad infringida, que no consta que sea su vivienda habitual, que tiene conocimiento perfecto de la mecánica procedimental de las licencias urbanísticas al haber instado diversos expedientes y que el beneficio se deriva de la utilidad y respecto de ello la existencia de los elementos determina su destino y dicho provecho, se debe entender que la imposición en su grado medio se ajusta al principio de proporcionalidad.

Insta la aplicación analógica de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal cuando lo cierto es que, a los meros efectos dialécticos se pudiera ampliar el

catálogo de la Ley, es la conducta del recurrente la que le coloca en la ilegalidad y la dilación en la tramitación del expediente de restauración solo le ha podido beneficiar en un uso ilegal. Tampoco cabría entender que existe una voluntad de reparación del daño e inexistencia de voluntad incumplidora pues, en tal caso, antes de la acción del Ayuntamiento hubiera podido instar la correspondiente licencia pero optó por mantener una patente ilegalidad. En suma, procederá la íntegra desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la parte recurrente que ha visto rechazada sus pretensiones sin que concurra motivo para su no imposición.

A tenor del apartado cuarto de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". Se considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, de los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de satisfacer a la parte contraria, de manera solidaria, la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de mil euros (1.000 €) por los honorarios de Letrado, más la cantidad de IVA correspondiente a dicha cantidad, y ello en función de la índole del litigio y la actividad desplegada por las partes y sin perjuicio de los derechos de Procurador.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don [REDACTED] [REDACTED] contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu de 6 de marzo de 2017 que, en reposición, ratificó el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2016. Con expresa imposición a la parte recurrente de las costas causadas, con el límite máximo

en relación con los honorarios de Letrado establecido en el último Fundamento Jurídico de esta Sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que es firme al no haber, dada la cuantía de la sanción, frente a la misma la interposición de recurso de apelación.

