

La realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, no supone la pérdida de la caducidad ganada

Estima la Sala el recurso interpuesto y declara que la realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, no supone de modo inexorable la pérdida de la caducidad ganada.

Basa su fallo en que el transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística sobre obras sin licencia o contrarias al planeamiento, tiene como efecto el impedir a la Administración la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada -asimilable a la situación de fuera de ordenación-, esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 5.ª

Sentencia 61/2024, de 17 de enero de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3642/2022

Ponente Excmo. Sr. ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

En Madrid, a 17 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 3642/2022, interpuesto por la entidad Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L., representada por la procuradora de los Tribunales D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, bajo la dirección letrada de D. Federico Lara González, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 2 de marzo de 2022, en el recurso de apelación núm. 192/2021 contra la sentencia de 22 de enero de 2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 25 de Madrid, dictada en el recurso del mismo orden jurisdiccional núm. 10/2020 entablado por la ahora recurrente, frente a nueve acuerdos de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas relativos a la orden de demolición de las obras ejecutadas en las viviendas de la CALLE000, NUM000 de Alcobendas.

Ha sido parte recurrida, el Ayuntamiento de Alcobendas, representado por el procurador de los tribunales D. Ignacio Argos Linares, bajo la dirección letrada de D. Martín Mayor Barba.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación núm. 192/2021, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 2 de marzo de 2022 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la mercantil ELROAM GESTIÓN DE INVERSIONES INMOBILIARIAS, S.L., representada por la Procuradora Da. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, contra la Sentencia dictada el 22 de enero de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 25 de los de Madrid, recaída en el Procedimiento Ordinario núm. 10/2020, debemos:

Primero.- Declarar la NULIDAD de la Sentencia apelada.

Segundo.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada apelante contra las resoluciones del Ayuntamiento de Alcobendas descritas en el FD 1 0 de la presente, y en su consecuencia, dejamos sin efecto el particular de las mismas referido a la reposición de la terraza-tendedero y del porche posterior.

Tercero.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias."

SEGUNDO.- La representación procesal de la entidad Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L., presentó con fecha 20 de abril de 2022 escrito de preparación del recurso de casación, habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de 27 de abril de 2022, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo.

TERCERO.- La entidad Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L., parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante su escrito presentado el 10 de mayo de 2022; asimismo, la parte recurrida, el Ayuntamiento de Alcobendas, en la indicada representación procesal y dirección letrada, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo, mediante escrito de personación presentado el 13 de junio de 2022.

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 LJCA acordó, por auto de fecha 19 de octubre de 2022:

" 1.º) Admitir el recurso de casación n.º 3642/2022, preparado por la representación procesal de Elroan Gestión De Inversiones Inmobiliarias, S.L. contra la sentencia de 2 de marzo de 2022 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación n.º 192/2021).

2.º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en reafirmar, reforzar, matizar o complementar, nuestra jurisprudencia sobre la situación legal de fuera de ordenación y las situaciones asimilada a esta, y en particular, determinar si la realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, supone de modo inexorable la pérdida de la caducidad ganada.

3.º) Identificar el artículo 60.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como la norma que, en principio, será objeto de interpretación, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (artículo 90.4 LJCA)."

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 8 de noviembre de 2022 se comunicó a la representación procesal de Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L., parte recurrente, la

apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 15 de diciembre de 2022 en el que, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que interesa en su escrito, y acaba solicitando:

"dictar sentencia por la que, estimando el presente recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida, y:

1.º) Fije la interpretación de las normas estatales sobre las que se ha considerado necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el auto de admisión a trámite, y desarrolle y complemente su jurisprudencia sobre las obras permitidas en edificaciones en situación asimilada a la de fuera de ordenación, declarando, en el mismo sentido que la doctrina establecida en la STS, Sala III, Sec. 5.ª, n.º 1470/2022, de 10/11/2022, casación 110/2022, que la realización sobre edificaciones en situación de asimilado a fuera de ordenación de obras que exceden las pequeñas reparaciones por razones de higiene, ornato, conservación o seguridad no supone la pérdida o renuncia tácita de la prescripción ganada de la infracción urbanística ni de la caducidad ganada de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad urbanística, no pudiendo los Ayuntamientos ordenar la legalización y, en su caso, la demolición de las obras ilegales ya prescritas o caducadas, sino única y exclusivamente la legalización y, en su caso, demolición, de las obras que han excedido los límites del art. 60.Dos del TRLRSUOU-76, debiéndose respetar por tanto el derecho de los propietarios al mantenimiento y no demolición de las obras prescritas y caducadas y del uso que se está llevando a cabo en las mismas.

2.º) Resuelva las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ELROAN GESTIÓN DE INVERSIONES INMOBILIARIAS, S.L., anulando las resoluciones administrativas impugnadas, declarando la inexistencia de pérdida o renuncia tácita a la prescripción y caducidad ganadas, y declarando asimismo el derecho de dicha mercantil al mantenimiento de las obras prescritas y caducadas y del uso de que está disfrutando en las mismas, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada y de las costas del recurso de casación conforme al art. 93.4 LJCA."

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 17 de enero de 2023, se concedió el plazo de treinta días a la representación procesal del Ayuntamiento de Alcobendas, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 28 de febrero de 2023, en el que solicita:

"se sirva admitirlo, y tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia n.º 128/2022, de fecha 2 de marzo de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso de apelación n.º 192/2021, y en consecuencia confirme la misma, interpretando las normas estatales en el sentido que la realización de obras no autorizables en edificios asimilados a la situación de fuera de ordenación supone un claro incumplimiento del régimen jurídico que se les otorga a estos y por consiguiente, la ilegalidad de las nuevas obras acometidas, que resultarán perseguibles mediante las potestades de disciplina urbanística de las que gozan las Administraciones competentes."

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 18 de diciembre de 2022 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 16 de enero de 2024, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de 2 de marzo de 2022 que, con estimación del recurso de apelación (núm. 192/2021) interpuesto por Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L., revoca la sentencia de 22 de enero de 2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 25 de Madrid y estima parcialmente el procedimiento ordinario núm. 10/2020 entablado por aquella contra nueve acuerdos de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas, de 29 de enero de 2019, relativos a la orden de demolición de las obras ejecutadas en las viviendas de la CALLE000, NUM000 de Alcobendas.

La Sala de apelación deja sin efecto el particular de las órdenes de demolición referido a la reposición a la situación original de la terraza-tendedero y del porche posterior, al apreciar incongruencia en ese punto concreto entre las órdenes de demolición impugnadas en relación con las órdenes de legalización, manteniendo su conformidad a derecho en todo lo demás.

La Sala, al apreciar conexión entre lo suscitado en el recurso que examina con el que tuvo por objeto la impugnación de los respectivos requerimientos de legalización, se pronuncia en idéntico sentido a lo efectuado con ocasión de la impugnación de los requerimientos de legalización, transcribiendo los fundamentos de derecho cuarto y quinto de su sentencia de 2 de noviembre de 2021, rec. 446/2020. En ellos, en esencia, la Sala considera que la realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, supone de modo inexorable la pérdida de la caducidad ganada. Entiende además que, ante la ausencia de regulación en la normativa autonómica del régimen jurídico aplicable a las edificaciones y construcciones no legitimadas por título administrativo suficiente sobre las que hubiere caducado el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, el vacío normativo deberá ser colmado con la regulación contenida en el texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, y, en su caso, con la jurisprudencia interpretadora y aplicadora de sus preceptos, dado el carácter supletorio del derecho estatal.

SEGUNDO.- La preparación y admisión del recurso de casación; la cuestión que presenta interés casacional.

A) La preparación del recurso de casación.

La representación procesal de Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L. prepara recurso de casación, en el que considera se infringen los artículos 60.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y 1.935 del Código Civil y la jurisprudencia sobre el régimen de fuera de ordenación y las situaciones asimilables a la misma, y las obras permitidas y prohibidas en este tipo de situaciones (SSTS de 7 de febrero de 1986, 15 de abril de 1987, 3 de junio de 1996, 30 de enero de 1998, 15 de febrero de 1999 y 7 de abril de 2000), considerando que la jurisprudencia no contempla en absoluto la pérdida o renuncia de la prescripción/caducidad ganada en situaciones de fuera de ordenación. Entiende que la doctrina recogida en la sentencia recurrida es una doctrina exclusiva de Sala de lo Contencioso Administrativo Tribunal Superior de Justicia de Madrid que no ha sido ratificada, confirmada, ni avalada por el Tribunal Supremo.

Invoca, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, los previstos en los artículos 88.2.c) y 88.3 a) LJCA, considerando que la sentencia impugnada trasciende del caso concreto y es susceptible de afectar a un gran número de situaciones, y que, pese a la existencia de una reiterada y constante jurisprudencia sobre la situación legal de fuera de ordenación y situaciones a ella asimiladas, sería no solo conveniente, sino necesario e imprescindible que el Tribunal Supremo desarrolle y complete dicha jurisprudencia, aclarando si la doctrina del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid sobre la pérdida de la caducidad ganada es válida y conforme a Derecho o no.

B) La admisión del recurso de casación y la cuestión que reviste interés casacional.

La Sección de admisión mediante auto de 19 de octubre de 2022 admitió el recurso interpuesto por Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L. con base el artículo 88.2.c) LJCA, al resultar conveniente y aconsejable obtener un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo que refuerce, reafirme, matice o complete nuestra doctrina sobre la situación legal de fuera de ordenación y las situaciones asimiladas a esta, y en particular, determinar si la realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, supone de modo inexorable la pérdida de la caducidad ganada.

Reseña que, relacionada con esta cuestión de interés casacional, la Sección ha admitido ya el RCA 110/2022 (auto de 16 de marzo de 2022).

Siendo el artículo 60.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, la norma que, en principio, será objeto de interpretación, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado.

TERCERO.- Examen del recurso de casación. Precedente de la Sala.

Este recurso, como pone de relieve el auto de admisión y conocen las partes, está íntimamente relacionado con la STS 1470/2022, de 10 de noviembre, recaída en el RCA 110/2022, interpuesto por la misma entidad ahora recurrente contra la sentencia de la misma Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 2 de noviembre de 2021, en el recurso de apelación núm. 446/2020 deducido contra la sentencia de 13 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 10 de Madrid, dictada en el recurso del mismo orden jurisdiccional núm. 123/2019 entablado por la entidad ahora recurrente, frente a distintos Decretos del Ayuntamiento de Alcobendas recaídos en expedientes de protección de la legalidad urbanística, por obras realizadas en la CALLE000 NUM000 de Alcobendas.

Allí, respecto a los decretos municipales de 30 de abril de 2018 de suspensión y requerimiento de legalización de las obras ejecutadas en las viviendas reseñadas de Alcobendas; aquí respecto a las órdenes de demolición de 29 de enero de 2019 en las que desembocaron aquellos requerimientos de legalización.

En lo que aquí afecta al contenido del presente recurso de casación y a la cuestión de interés casacional, la sentencia recurrida reitera los fundamentos de derecho cuarto y quinto de su precedente sentencia de 2 de noviembre de 2021 revisada en el mencionado recurso de casación. En consecuencia nos atendremos a lo dicho en la STS 1470/2022, de 10 de noviembre (RCA 110/2022).

A) Razonamientos para resolver el recurso.

(I) Sobre el régimen de fuera de ordenación y situaciones asimilables.

Conviene precisar, con carácter previo a acometer su análisis, que la valoración que va realizar esta Sala sobre la caracterización de un régimen genuinamente urbanístico como el que nos ocupa se sustenta en el presupuesto necesario de que, tal y como reconoce la sentencia recurrida, la legislación urbanística autonómica aplicable al supuesto -la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid- únicamente regula, en su artículo 64.b), la situación de fuera de ordenación como consecuencia de la disconformidad de la edificación o instalación existente con el nuevo planeamiento, omitiendo toda regulación del régimen jurídico aplicable a las edificaciones y

construcciones no legitimadas por título administrativo suficiente, sobre las que hubiere caducado el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Vacío normativo autonómico que debe ser colmado con la regulación contenida en el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLR 1976), y, en su caso, con la jurisprudencia de esta Sala en interpretación y aplicación de sus preceptos, dado el carácter supletorio del Derecho estatal sobre la materia, conforme la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (FJ 12).

Establece el artículo 60 TRLR 1976 que:

"Uno. Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan General o Parcial que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación.

Dos. No podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble.

Tres. Sin embargo, en casos excepcionales podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas.

Cuatro. Cuando la disconformidad con el plan no impida la edificación en el mismo solar que ocupa el edificio, el propietario podrá demolerlo sometiéndose al Plan de ordenación, y se entenderá comprendido el caso dentro del número dos del artículo setenta y ocho, Sección tercera del Capítulo VIII de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o normas que lo sustituyan, sin que sea exigible el compromiso de edificar una tercera parte más de las viviendas cuando lo prohíba el citado Plan".

La calificación de fuera de ordenación se enmarca en una de las funciones primordiales que cumple la planificación urbanística, que podríamos denominar de derecho transitorio retroactivo, dirigida a ordenar los usos y construcciones que ya existían con carácter previo a la aprobación del instrumento de planificación urbanística correspondiente. Edificaciones que, en caso de resultar disconformes, de forma sobrevenida, con las determinaciones del nuevo plan, serán calificadas como fuera de ordenación (artículo 60.1 TRLR 1976), lo que implicará su mantenimiento hasta su extinción.

Esta calificación, no obstante, conllevará la imposibilidad de realización sobre las mismas obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, con excepción de las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble (artículo 60.2 TRLR 1976) o de obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca (artículo 60.3 TRLR 1976).

Sin embargo, existe la posibilidad de que la disconformidad con el planeamiento urbanístico, que afecte a algunas edificaciones, no resulte sobrevenida, sino originaria. Esto es, que se trate de edificaciones construidas contraviniendo, directamente, las determinaciones del plan, ya sean carentes de título administrativo que habilite su construcción, ya quebrantando las condiciones del mismo.

En relación con estos supuestos, nuestra doctrina interpretativa en ocasiones ha equiparado (STS de 5 diciembre de 1987, ECLI:ES:TS:1987:7800) y en otras ha asimilado (STS de 15 de febrero de 1999, recurso de casación núm. 371/1993) la situación jurídica en la que quedan dichas edificaciones a la calificación de fuera de ordenación cuando, por el transcurso del plazo previsto en la normativa, no puedan ejercerse sobre ellas las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística conculcada. Y ello, aunque su punto de partida difiera sustancialmente pues, efectivamente, ya desde su origen han

supuesto una vulneración de las determinaciones del plan, no cumpliéndose el presupuesto previsto en el artículo 60.1 TRLS 1976 de que esta transgresión hubiese acontecido de forma sobrevenida.

Así, tal y como ha declarado esta Sala en SSTS de 15 de febrero de 1999 (recurso de casación núm. 371/1993) y de 3 de abril de 2000 (recurso de casación núm. 6192/1994), "lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación, en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero se diferencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 TRLS en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo, por lo que el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 TRLS, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata".

(II) Sobre las obras permitidas en situación asimilable a fuera de ordenación.

En principio, dado el origen antijurídico de las obras realizadas, y a salvo de lo que prevea el legislador autonómico, competente por razón de la materia, la situación jurídica de asimilado a fuera de ordenación no puede implicar el otorgamiento al propietario de una edificación que se halla en esta situación, de las mismas facultades de las que dispone un propietario de una edificación, en situación legítima de fuera de edificación, conforme a los criterios previstos en el artículo 60.1 TRLS 1976.

En este sentido, nuestra doctrina jurisprudencial, que reafirmamos, ha precisado que en las edificaciones sometidas a dicho régimen no resultan posibles obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, ni siquiera, aunque vengan exigidas por las disposiciones aplicables a la actividad que en ellas se ejerza (STS de 29 de abril de 2002, recurso de casación núm. 4065/1998). Únicamente resultará posible la realización de las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble, así como de aquellas obras imprescindibles para garantizar la seguridad de los usuarios del inmueble, por ejemplo, la ampliación de la anchura de la escalera de evacuación (STS de 23 de marzo de 1999, recurso de casación núm. 1294/1993) o la mejora de los sistemas de protección contra incendios (STS de 11 de diciembre de 1998, recurso de apelación núm. 8402/1992).

En consecuencia, los usos o actividades pretendidas en las edificaciones que se hallan en situación asimilable a fuera de ordenación, además de la necesidad de que no se opongan a los permitidos por el planeamiento para la zona de que se trate, se requiere que no precisen de la realización de obras que excedan de las estrictamente autorizables (pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad).

(III) Sobre el mantenimiento de la caducidad ganada.

El transcurso del plazo legal que la normativa otorga a la Administración para ejercer la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística o restitución de la realidad física alterada impide, en consecuencia, toda reacción que persiga la desaparición de las obras no legitimadas por título administrativo suficiente. Este hecho solo implica, por sí mismo, la aceptación por la Ley de la subsistencia de dichas obras, sin que en modo alguno se pueda deducir de esta tolerancia con la persistencia de las obras la consecuencia de la legalización *ex lege* de las mismas. Las obras así llevadas a cabo seguirán siendo ilegales por disconformes con la ordenación urbanística aplicable, sin que resulte admisible una sanación de la ilegalidad por el mero transcurso del tiempo.

Como ya dijimos en la STS de 5 de diciembre de 1987 antes citada "[e]n una situación análoga a la descrita han de quedar aquellas construcciones que naciendo ya en la ilegalidad no van a poder ser

destruidas por haber transcurrido el plazo durante el cual la Administración puede ordenar la demolición - arts. 184 y siguientes del Texto Refundido-. Estos edificios o la parte correspondiente de los mismos no quedan legalizados por el transcurso del tiempo: a pesar de la imposibilidad de restaurar el orden jurídico perturbado mediante la demolición, las obras continúan siendo ilegales, no son susceptibles de legalización, quedando en una situación de persistencia tolerada (...) Resultaría absurdo que obras ilegales "ab initio" fueran de mejor condición que las hechas legalmente aunque con posteridad, por modificación del planteamiento, hayan devenido fuera de ordenación".

En definitiva, la consecuencia jurídica derivada de la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística no es otra que la de reconocer al propietario de la obra la facultad de mantenimiento de la situación creada, esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido, así como de la posibilidad, limitada, de realizar obras que no excedan de las estrictamente autorizables (insistimos, pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad).

Si una vez ganada la caducidad respecto a la posibilidad de ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y, en consecuencia, asimilarse la situación en la que se halla la edificación a la calificación de fuera de ordenación, el propietario, de forma voluntaria y libre, decide llevar a cabo la realización de obras distintas de las permitidas y admitidas en este régimen asimilable de fuera de ordenación, evidentemente sin la previa obtención de licencia que las ampare, dicha actuación deberá reputarse y calificarse, nuevamente, como infractora del ordenamiento jurídico urbanístico.

No puede aceptarse, no obstante, la conclusión alcanzada en su sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuando deduce, como consecuencia de la alteración de la situación fáctica inicial de la que se derivó la situación asimilable a fuera de ordenación, la pérdida de la caducidad ganada por el propietario respecto a la imposibilidad de que la Administración ejerza la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Es cierto que el artículo 1.935 del Código Civil admite la renuncia a la prescripción ganada, tanto expresa como tácitamente, exigiendo para el segundo supuesto que esa renuncia resulte de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido (sentencia de 1 de febrero de 1993, ECLI:ES:TS:1993:12534).

En efecto, la prescripción es una institución que, al servicio de la seguridad jurídica, permite la consolidación por el transcurso del tiempo de situaciones de hecho, lo que en este caso se materializa en la facultad de la que dispone el propietario de una edificación en situación asimilable a la de fuera de ordenación a oponerse a cualquier intento de restablecimiento de la legalidad urbanística conculcada.

Así, para que resulte aplicable la previsión del artículo 1.935 del Código Civil, debe exigirse una conducta del propietario que revele una voluntad, al menos tácita, de renunciar al beneficio de la facultad obtenida por prescripción, en este caso su capacidad de impedir que la Administración ejerza sobre las obras la acción de restablecimiento de la legalidad, al haber caducado el plazo para el ejercicio de esta.

Como dijimos en nuestra STS de 29 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 8357/1996) "el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 TRLS, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata".

Resulta evidente que la conducta, reprochable jurídicamente, del propietario a la hora de realizar obras no autorizables sobre una edificación que se halla en situación asimilable a la de fuera de ordenación supone un claro incumplimiento del régimen jurídico al que se somete dicha edificación, lo que podrá implicar, en su caso, la iniciación de un procedimiento sancionador y de restablecimiento de la legalidad urbanística conculcada por las nuevas obras realizadas. Pero de este hecho no puede deducirse una renuncia tácita a la facultad obtenida por prescripción ni, por tanto, una pérdida de la caducidad ganada por el transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de restitución de la realidad física alterada, pues de su actuación no solo no se revela una voluntad de renunciar al beneficio de la facultad obtenida por prescripción, sino la contraria.

La conclusión alcanzada por la sentencia recurrida en casación contraviene el principio de seguridad jurídica, al que necesariamente se vincula la institución de la prescripción, reabriendo de forma artificiosa el plazo para que la Administración ejerza una acción ya caducada, precisamente por el transcurso del plazo para su ejercicio, sin más justificación que la realización de una nueva conducta antijurídica por parte del propietario; justificación no equiparable a una renuncia, expresa o tácita, de las facultades adquiridas por prescripción.

B) Conclusiones

Por tanto, de cuanto queda dicho se desprende que el transcurso del plazo previsto en la normativa para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística sobre obras sin licencia o contrarias al planeamiento:

(i) Tiene como efecto el impedir a la Administración la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada (asimilable a la situación de fuera de ordenación), esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata;

(ii) Sólo serán autorizables las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad, no resultando posibles obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación.

(iii) La realización de obras no autorizables en edificios asimilados a la situación de fuera de ordenación supone un claro incumplimiento del régimen jurídico que se les otorga a estos y, evidentemente, la ilegalidad de las nuevas obras acometidas, que resultarán perseguibles mediante las potestades de disciplina urbanística de las que gozan las Administraciones competentes; pero de ello no se puede deducir, con carácter directo y automático, la renuncia a la prescripción de los derechos obtenidos por los propietarios de las mismas y, en consecuencia, la pérdida de la caducidad ganada respecto a la posibilidad del ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

CUARTO.- Respuesta a la cuestión de interés casacional planteada.

La realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, no supone, de modo inexorable, la pérdida de la caducidad ganada.

QUINTO.- Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.

La sentencia recurrida no se ajusta a la interpretación que acabamos de realizar por lo que, de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, debemos declarar haber lugar al

recurso de casación interpuesto. En este sentido, y de conformidad con los hechos que se consideran probados en dicha sentencia, la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística respecto de las obras ilegales realizadas por los anteriores propietarios antes del año 2011 deberá entenderse caducada, pudiendo únicamente ejecutarse esta potestad de restitución de la realidad física vulnerada respecto de las nuevas obras realizadas en el año 2018 que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad.

Estos argumentos son ahora trasladables respecto a las órdenes de demolición.

Y, en todo caso, se mantiene naturalmente la estimación parcial del recurso de apelación en los términos que quedaron reseñados, que deja sin efecto el particular de las órdenes de demolición referido a la reposición a la situación original de la terraza-tendedero y del porche posterior.

SEXTO.- Las costas procesales.

Al estimarse el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco ha lugar a la imposición de las costas en la sentencia dictada en el recurso de apelación núm. 192/2021, ni en la dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 10/2020.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Primero.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L. contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 2 de marzo de 2022 en el recurso de apelación núm. 192/2021, que anulamos, en la parte que desestima el recurso de apelación.

Segundo.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L. contra la sentencia de 22 de enero de 2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 25 de Madrid (recurso núm. 10/2020), que anulamos.

Tercero.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal Elroan Gestión de Inversiones Inmobiliarias, S.L. contra los acuerdos, de 29 de enero de 2019, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcobendas relativos a la orden de demolición de las obras ejecutadas en las viviendas de la CALLE000, NUM000 de Alcobendas, que se anulan en lo atinente a las obras ejecutadas antes del año 2011 y sobre las que había caducado el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y de demolición.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.