

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia num. 676/2021 de 26 noviembre

JUR\2022\25895



LICENCIAS (ADMINISTRATIVAS Y AUTORIZACIONES). EXPROPIACIÓN FORZOSA Y EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS. ADMINISTRACIÓN LOCAL. URBANISMO (ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO): Efectos. Obligación de resolver. Título.

SENTIDO DEL FALLO: Desestimación recurso de apelación

ECLI:ECLI:ES:TSJM:2021:13332

Jurisdicción:Contencioso-Administrativa

Recurso de Apelación 517/2020

Ponente:Ilmo. Sr. D. Alvaro Domínguez Calvo

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010280

NIG: 28.079.00.3-2019/0003988

RECURSO DE APELACIÓN 517/2020

SENTENCIA NÚMERO 676/2021

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente:

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

D. José Ramón Chulvi Montaner

D. Álvaro Domínguez Calvo

D^a. M^a. Soledad Gamo Serrano

En la villa de Madrid, a 26 de Noviembre de dos mil veintiuno.

Visto por la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, el recurso de apelación número 517/2020, interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid, representado y defendido por el Letrado Consistorial, contra la sentencia dictada en fecha 31 de Enero de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 29 de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 85/2019, figurando como parte apelada la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 número NUM000 de Madrid, representada por la Procuradora Doña Ana María Martín Espinosa.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Álvaro Domínguez Calvo, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.

- En fecha 31 de Enero de 2020 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 29 de Madrid dictó sentencia en el procedimiento ordinario 85/2019, en virtud de la cual se estimaba parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 número NUM000 de Madrid, contra la ocupación, por vía de hecho, de 729,64 m² de la parcela sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, finca número NUM001 de la parcela sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, referencia catastral NUM002, por lo que condenaba al Ayuntamiento de Madrid a que cesara en la posesión de la misma y a reponerla a su costa en su primitivo estado dentro de los dos meses siguientes a la firmeza de la sentencia, absolviendo al Ayuntamiento de Madrid de la pretensión de indemnizar daños y perjuicios a la Comunidad demandante.

SEGUNDO.-

Contra la mencionada resolución judicial el Ayuntamiento de Madrid interpuso en tiempo y forma recurso de apelación en base a las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

TERCERO.

- La Comunidad de Propietarios de la CALLE000 número NUM000 de Madrid formuló oposición al recurso de apelación presentado, interesando su desestimación por las razones vertidas en el correspondiente escrito, que se tienen igualmente por

reproducidas.

CUARTO.-

Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma, se señaló para votación y fallo, lo que se llevó a efecto el 25 de Noviembre de 2021.

A los anteriores antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

La sentencia objeto de impugnación.

Constituye objeto del presente recurso de apelación la sentencia dictada en fecha 31 de Enero de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 29 de Madrid, en el procedimiento ordinario 85/2019, en virtud de la cual se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 número NUM000 de Madrid, contra la ocupación, por vía de hecho, de 729,64 m² de la parcela sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, finca número NUM001 de la parcela sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, referencia catastral NUM002, por lo que condenaba al Ayuntamiento de Madrid a que cesara en la posesión de la misma y a reponerla a su costa en su primitivo estado dentro de los dos meses siguientes a la firmeza de la sentencia, absolviendo al Ayuntamiento de Madrid de la pretensión de indemnizar daños y perjuicios a la Comunidad demandante.

La sentencia de instancia estima parcialmente el recurso con base en los siguientes argumentos:

1º.- En primer lugar, rechaza la alegación de inadmisibilidad por extemporaneidad que había planteado el Letrado del Ayuntamiento de Madrid. Así, parte del [artículo 45.3](#) de la [LJCA \(RCL 1998. 1741\)](#) y considera que como en este caso la Comunidad demandante intimó al Ayuntamiento de Madrid el cese de la ocupación el día 17 de Enero de 2019 y el plazo de 10 días para atenderla concluía el 31 del mismo mes, a partir del día siguiente tenía dicha Comunidad diez días de plazo para interponer el recurso. Dicho plazo concluía el 14 de febrero de 2019, y como el presente recurso se interpone el día anterior, no puede decirse que sea extemporáneo.

2º.-En segundo lugar, rechaza también la alegación del Ayuntamiento de Madrid sobre la falta de legitimación activa de dicha Comunidad, alegación que fundamenta el Ayuntamiento en que la parcela aparece a nombre de la Cooperativa de Viviendas San Enrique.

A tal fin, afirma la sentencia que si bien eso se deduce de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en la misma inscripción se deja constancia de que dicha

Cooperativa "inscribe la constitución de esta finca en Régimen de Propiedad Horizontal y los Estatutos de la Comunidad expresados". Y junto a la inscripción aparece también nota marginal donde se dice que dicha finca, por división, ha pasado a formar las 14 fincas registrales (catorce locales de negocio) que se enumeran en la nota. Y queda el resto de terreno no edificado, que rodea el bloque, destinado a zona de tránsito y aparcamiento, según la misma inscripción. De modo que, al edificarse la parcela e irse enajenando el edificio, los propietarios que adquieren los locales se van integrando en la Comunidad de Propietarios del edificio, que aquí demanda. Por ello no puede negarse legitimación activa a dicha comunidad, para pedir que cese la ocupación, a tenor del [artículo 19.1.a\)](#) de la LJCA, como titular de la parcela, cuya parte se dice ocupada.

3º.-En tercer lugar, y en cuanto al fondo, las razones esgrimidas por el juzgador de instancia se encuentran recogidas en los fundamentos de derecho V a VII de la sentencia. Se afirma lo siguiente:

"V.- No discrepan las partes sobre la realidad de la superficie que se dice ocupada por el Ayuntamiento. Este reconoce que no consta incluida en el Inventario de Patrimonio Municipal, pero dice que estaba sujeta a cesión (ver folios 44 y 45 del expediente).

Para resolver el litigio es muy interesante el informe de la Subdirección General de Gestión Urbanística de los folios 49 y siguientes.

En él se dice que la parcela se ubica en la Supermanzana 7ª del Plan Parcial de Ordenación del Sector de la Veguilla-Valdezarza y Vertedero, aprobado por la Comisaría de Ordenación Urbana de Madrid el 25 de Junio de 1969, que se ejecutó por el sistema de compensación. En dicho Plan se estableció la superficie que habría de cederse para zonas verdes y servicios públicos, más la destinada a viarios y aparcamientos, según los planos del mismo.

Conviene puntualizar, a modo de paréntesis antes de proseguir con el comentario del informe, que por entonces se encontraba vigente el Plan General de Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Madrid, aprobado por [Decreto 3650/1963, de 26 de diciembre \(RCL 1964, 43\)](#), que derogó luego el PGOUM de 1985, como pone de manifiesto su art. 1.0.2 .

Dicho lo cual, sigue diciendo el informe que se reformó dicho Plan Parcial el 11 de Octubre de 1972 y se especifican dos cuestiones:

-La primera es la determinación por parte de instrumentos de planeamiento, con mayor detalle que dicha Revisión, para que se fijen los espacios destinados a aparcamientos y dado que el grado de desarrollo del Plan Parcial aprobado en 1969 ya determinaba esas cuestiones, puede entenderse con validez frente a la Revisión del Plan Parcial.

-La segunda cuestión es el establecimiento de la necesidad de que estén cumplidas las cesiones previa la concesión de la licencia o, al menos, la libre

disposición por parte del Ayuntamiento previos los compromisos notariales pertinentes.

Dice también el informe que la CALLE000 aparece en el Inventario Separado de Vías Públicas con el nº 291650.

Y termina recordando el informe:

1º Lo dispuesto en el art. 65 del texto articulado de la Ley que establece un régimen especial para el municipio de Madrid, aprobado por Decreto 1674/1963, de 11 de Junio , donde se dice que:

"Los planes parciales determinarán obligatoriamente los parques, jardines, zonas de aparcamiento y, en general, los espacios libres al servicio de cada sector de acuerdo con la proporción mínima establecida en el apartado g) del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y sin necesidad de que estén previstos en el Plan General".

Recuerda, tras dicha transcripción, que esa condición se encuentra cumplida por parte del Plan Parcial de Ordenación de la Supermanzana 7ª, aprobado en Junio de 1969. Y

2º Lo dispuesto en el art. 69 del mismo texto refundido, que establece que: "La aprobación definitiva de los planes parciales de iniciativa privada llevará consigo la cesión de pleno derecho al Municipio de todos los terrenos destinados a vías, parques y dependencias públicas".

Tales cesiones se entiende que se hicieron en su día con la aprobación del Plan Parcial y se debieron efectuar de hecho, pues el 4 de Febrero de 1972 se concedió a la Cooperativa de Viviendas San Enrique licencia municipal para construir el edificio existente en la parcela, con alusión incluso a un aparcamiento con capacidad para nueve plazas en superficie de terrenos particulares. Esto se demuestra con el documento nº 5 de los adjuntos a la demanda.

Hay que resaltar también que se debieron ceder igualmente los terrenos para la realización de la CALLE000, pues se ejecutó efectivamente y no plantea en este litigio problema alguno.

De modo que hasta el planeamiento general de 1985 se cumplieron todos los deberes urbanísticos y se realizaron las cesiones correspondientes.

Entra en vigor el PGOUM de 1985 y en él dicha parcela se encuentra en el Area de Planeamiento Diferenciado APD.8-10, según pone de manifiesto el plano 2º del referido informe que obra al folio 50 del expediente, pero en la propia documentación del Plan, tal y como reconoce el informe y figura a los folios 34 a 43 del expediente, todas las cesiones correspondientes se encuentran realizadas.

Nótese que, con arreglo al apartado 1 del art. 7.3.1, de dicho PGOUM, "Las Áreas de Planeamiento Diferenciado se regulan en la documentación escrita y gráfica que

integra el fichero correspondiente, mediante un conjunto de determinaciones que asignan los usos pormenorizados, su disposición en el territorio y la intensidad con que se realiza su implantación particular".

Siendo así que, según el referido informe y folios del expediente, en la documentación del Plan se declara que todas las cesiones correspondientes se encuentran realizadas, reconociendo también el AYUNTAMIENTO DE MADRID que no se encuentra inscrita la superficie discutida en el Inventario de Patrimonio Municipal del Suelo, sin aportar tampoco documento alguno de que se llegara a formalizar cesión del espacio controvertido, la conclusión procedente es que el AYUNTAMIENTO DE MADRID lo está ocupando sin título alguno y consecuentemente por vía de hecho. No puede venir ahora diciendo, cuando surge el conflicto y que la superficie discutida no figura en dicho inventario municipal, que era de cesión obligatoria, cuando en la propia documentación del PGOU relativa a la APD.8-10 constan como realizadas todas las cesiones que en él se prevén, según reconoce dicho informe.

VI.- Lo que indica que tal ocupación, por vía de hecho, es contraria al ordenamiento jurídico y que procede estimar el presente recurso, como indica el [art. 70.2 LJCA](#) , con las demás consecuencias del art. 71.1 de la misma Ley , de tener que condenar al AYUNTAMIENTO DE MADRID a que en el plazo de los dos meses siguientes a la firmeza de esta sentencia proceda a cesar en la ocupación y reponer dicha superficie a su estado primitivo.

VII.- No procede en cambio condenar al AYUNTAMIENTO DE MADRID a indemnizar ningún tipo de daño ni perjuicio a la Comunidad demandante, como se pide también en la demanda porque, a la par que ha reclamado y dado argumentos para recuperar la posesión de dicha superficie, debería haberlos ofrecido también para la reclamación de indemnizaciones, describiendo y probando qué daños concretos o qué índole de perjuicios se la han ocasionado con la posesión de la misma. Nada de lo cual argumenta, ni concreta, ni prueba la Comunidad demandante en su demanda. No se vislumbra a falta de alegaciones de esa naturaleza en qué ha resultado perjudicada la demandante fuera de la pérdida de la posesión que hizo de ella el AYUNTAMIENTO DE MADRID".

SEGUNDO.-

El recurso de apelación.

Frente a la anterior sentencia se alza en apelación el Letrado del Ayuntamiento de Madrid, alegando los siguientes motivos impugnatorios:

1º.- En primer lugar, la errónea valoración en cuanto a la extemporaneidad desestimada por el juzgado de instancia. Y ello por dos motivos:

-El primero de ellos, no aducido en la instancia, por cuanto si bien el requerimiento de cese a la Administración se realizó como dice la sentencia apelada el 17 de enero de 2019, sin embargo la consideración pública del terreno

controvertido a nombre del Ayuntamiento tiene su origen, según los Servicios de Gestión de Suelo, desde la aprobación del plan parcial, a finales de los años 60. Así, en la ortofoto de la zona de 1975, se aprecia que ya entonces era una zona de uso público, y por lo tanto, coincidía con la alineación oficial actual. Por ello la reacción de la Comunidad que se produce en el año 2019 sería extemporánea, pues para acudir a la institución de la vía de hecho es necesaria la inmediatez en la reacción del titular frente a la ocupación por vía de hecho. Del mismo modo indica que consta incorporado al expediente administrativo informe del Servicio de Patrimonio, en el que se indica: "En fecha 13 de septiembre de 2018 se informó al mismo interesado sobre la titularidad de este suelo, donde se constataba que la zona de consulta no figuraba inscrita en el Patrimonio Municipal del Suelo aunque si bien, los mismos deberían haber sido cedidos al Ayuntamiento por estar calificados en el planeamiento antecedente como viarios y aparcamientos de uso público".

-En segundo lugar, se refiere al planteamiento de inadmisibilidad del recurso que utilizó en la instancia. Así, alega que habiendo presentada con fecha 17/01/2019 la solicitud administrativa de restablecimiento de la situación jurídica de los terrenos y subsidiaria de inicio de procedimiento expropiatorio, la parte contraria no aguardó el plazo de tres meses que tenía la Administración para resolver previsto en el artículo 21 de la Ley de Procedimiento, sino que con fecha 14/02/2019 ya presentó el referido escrito de demanda en vía judicial, por lo que habría que considerar que la acción judicial de la parte contraria habría sido extemporánea por anticipación.

Como la parte recurría contra la desestimación presunta de las pretensiones de la parte, el plazo de seis meses establecido al efecto en el [artículo 46](#) de la [LJCA \(RCL 1998, 1741\)](#) para la interposición del recurso contencioso-administrativo, ha de computarse para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con la normativa específica, se produzca el acto presunto, acto que no existe en el presente caso, dado que aún no había vencido el plazo de que legalmente disponía la Administración para estudiar y resolver su solicitud a fecha de interposición del recurso, esto es el 14 de febrero de 2019, ya que la Comunidad de Propietarios presentó su escrito en el registro de la OAC de Chamberí con fecha 17/01/2019, por lo que el plazo de tres meses para resolver establecido en el [artículo 21.3](#) de la [Ley 39/2015 \(RCL 2015, 1477\)](#) vencería el día 17 de abril de 2019.

Señala a tal fin que la solicitud de los interesados no sólo hace referencia a una vía de hecho sino que solicita, en primer lugar, el restablecimiento de la situación jurídica de los terrenos, manifestando a continuación que subsidiariamente se proceda a iniciar, impulsar y concluir el expediente expropiatorio sobre los mismos, y al establecimiento de la correspondiente indemnización.

2º.-En segundo lugar, se refiere a la errónea apreciación del alegato de la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación de la recurrente.

Señala que la finca registral NUM001 es una finca no vigente a fecha actual, dado que fue objeto de división y constitución en régimen de propiedad horizontal, tal y

como consta en la propia certificación registral de la misma obrante al folio 16 del expediente, pasando tras su división a formar un conjunto de nuevas fincas registrales, con los números NUM003 a NUM004 con sus propios titulares.

La finca registral no se encuentra vigente tras la operación de división operada sobre la misma, de forma que la Comunidad de Propietarios no es titular de derecho de propiedad, por lo que no tendría legitimación activa para plantear reclamación e instar el inicio del expediente.

3º.-En tercer lugar, y en cuanto al fondo, alega la errónea valoración de la prueba en conjunto por parte del Juzgador de instancia y ausencia de valoración conjunta y ponderada de todas las pruebas obrantes en el expediente.

La sentencia de instancia llega a una conclusión distinta de la que recoge el informe emitido por la Subdirección General de Gestión Urbanística de fecha 1 de marzo de 2019 en el que se basa.

Así, no menciona aquella parte del informe que especifica que "los suelos objeto de consulta tenían como destino previsto el de viario público. En la actualidad y según la alineación oficial aportada, los terrenos frente a la finca sita en la CALLE000 nº NUM000 son de cesión por destino viario".

El sentido del informe emitido por la Subdirección quería destacar justamente que la falta de formalización de esa cesión no obstaba a la calificación por el planeamiento de dicho terreno como de "cesión para viario público", y consecuentemente que la cesión debía entenderse realizada por aplicación del artículo 69 de la Ley especial de Madrid de 11 de julio de 1963, que determina que la aprobación definitiva de los planes Parciales de iniciativa privada llevara consigo la cesión de pleno derecho al Municipal de los terrenos destinados a vías, parques y dependencias públicas, de forma que esta falta de formalización de la cesión, no obsta a su carácter de viario público.

Además se refiere a lo siguiente:

-El Servicio de Inventario ha informado (folio 44) que se trata de suelos situados en el APD 08-010 Supermanzana 7, cuya regulación los calificaba como suelos de cesión por estar calificados como viarios y aparcamientos de uso público.

Si bien consultado el Inventario del Patrimonio Municipal del Suelo dichos terrenos no constaban incluidos en el mismo, el vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid incluye los terrenos objeto de consulta en un sector regulado por la Norma Zonal 3.2 definiendo el uso público de los mismos, resultando que dichos terrenos se encontraban en ámbito regulado por el Área de Planeamiento Diferenciado APD 08-10 Supermanzana 7 (polígono 12-13) de VVV, que los calificaba de red viaria y aparcamiento en superficie, determinaba su uso público y la cesión de los mismos, por cuanto dichos terrenos debieron ser cedidos.

-El Servicio de Gestión Privada también ha emitido informe (folios 49 a 52) por el

que se señala que la ordenación del ámbito APD 08-010 Supermanzana 7 se encuentra en el Plan Parcial de Ordenación del Sector de la Veguilla-Valdezarza y vertedero, aprobado por la Comisaría de Ordenación Urbana de Madrid con fecha 25/06/69 y revisado con fecha 11/10/72, concluyendo que los terrenos objeto de reclamación son de cesión por destino como viario.

En el plano que figura incorporado al folio 50 del expediente, se constata sin ninguna duda el destino de las superficies destinadas a aparcamiento, y específicamente la que nos ocupa, como suelo de cesión.

Y en el plano incorporado al folio 56 en el que la superficie objeto de reclamación aparece con una dotación de 40 plazas, las cuales se incluyen dentro de la dotación total de 3.000 plazas establecidas para el conjunto de la Supermanzana. Si bien no ha sido localizado documento de cesión de la superficie correspondiente a esas plazas, no hay ninguna duda de su carácter de superficie de cesión obligatoria de conformidad con los artículos 65 y 69 del Decreto 1674/1963, de 11 de junio, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley que establece un régimen especial para el Municipio de Madrid.

-Consta también documento de alineación emitido en expediente nº 711/2016/17930 y que obra al folio 25 del expediente, aportado por los propios solicitantes, en el que se identifica indubitadamente a la superficie como de cesión.

-El Servicio de inspección catastral sobre la parcela de CALLE000 NUM000 indica que actualmente no se está pagando el IBI de la zona de aceras y aparcamiento.

TERCERO.-

La oposición al recurso de apelación.

La Comunidad de Propietarios de la CALLE000 número NUM000 de Madrid alega, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso de apelación por ser de cuantía indeterminada inferior a treinta mil euros. Así razona que para determinar la cuantía litigiosa debe atenderse al montante económico en que razonablemente puede cuantificarse, en este caso, el desmantelamiento del Servicio de Estacionamiento Regulado, que cabe inferior no superará la cifra de 30.000 euros. La cuantía de desmantelar dicho SER notoriamente no supera los 30.000 euros, ya que se trataría de que el color sea borrado, y dicho borrado no puede tener una cuantía de 30.000 euros, y tampoco el Ayuntamiento de Madrid ha aportado en su recurso de apelación datos o indicios que permitan deducir que la cuantía es superior a dicha cantidad.

Además argumenta lo siguiente:

-En cuanto a la alegación de extemporaneidad, alega que no se trata, como dice el Ayuntamiento, de que la actora (hoy apelada) no esperara a la respuesta de un expediente expropiatorio, sino de una actuación en vía de hecho por cuanto es evidente que se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 30, en relación con el

[artículo 46.3](#) , de la [LJCA \(RCL 1998, 1741\)](#) .

-En cuanto a la falta de legitimación del recurrente, considera que la Comunidad de Propietarios ostenta legitimación contra una clara y acreditada vía de hecho.

-Considera que no hay error en la valoración de la prueba. No hay error en la valoración del referido informe de la Subdirección General de Gestión Urbanística, toda vez que el informe no fue prueba en el proceso, y el juzgador a quo no se refiere al informe de la Subdirección, strictu sensu, como prueba, sino que simplemente manifiesta que es muy interesante, concluyendo en definitiva que hasta el planeamiento de 1985 se cumplieron todos los deberes urbanísticos y se realizaron las cesiones correspondientes, lo cual es una evidencia.

-El recurso de apelación expresa su rechazo a la valoración efectuada por el Juzgador de instancia sobre el Informe del Servicio de Inventario, sin llegar a expresar las razones por las que se produce dicho error. Además, el propio recurso de apelación reconoce que el terreno no consta incluido en el Inventario del Patrimonio Municipal, por lo que no tiene sentido dicha alegación.

-Y en cuanto al informe del Servicio de Gestión Privada del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano, en realidad no se achaca error alguno en la valoración del juzgador de instancia, simplemente se incide en lo que la propia sentencia apelada constata en su fundamento V (que las cesiones se realizaron conforme la normativa de la época). Es decir, que se cumplieron todos los deberes urbanísticos y se realizaron todas las cesiones correspondientes, conforme a la normativa vigente en su momento, y ello, obviamente, para poder llevar a cabo la ejecución del inmueble en la CALLE000 nº NUM000, destinándose el terreno no edificado que lo rodea a zona de tránsito y aparcamiento privado.

-El terreno correspondiente al Bloque NUM005 comprendido en la Supermanzana NUM006 del Plan Parcial del Sector La Veguilla-Valdezarza-Vertedero (hoy Geronimo nº NUM000 de Madrid) se ejecutó en el año 1972, siendo solicitada por la Cooperativa de Viviendas "San Enrique", como propietaria de los terrenos, licencia de obras de nueva planta el 24 de julio de 1971 y siendo la misma otorgada el 29 de enero de 1972, en la que se indicaba expresamente que el aparcamiento que bordeaba al edificio se situaba en superficie de terrenos particulares.

-En el Acta de Cesión Gratuita de Terrenos suscrita en fecha 17 de octubre de 1981 queda claro, sin el más mínimo ápice de duda, que el Presidente de la Cooperativa de Viviendas San Enrique cedía gratuitamente el pleno dominio de un total de 4.681,79 m² de dos parcelas que se segregaban de la finca matriz NUM007 al Ayuntamiento de Madrid, destinándose a viales para la vía NUM008 y las calles NUM009 y NUM010, que atravesaban la supermanzana y la dividían en tres zonas. Dichas cesiones venían por tanto a dar cobertura a la condición exigida tanto por el Plan Parcial de ordenación de la Supermanzana NUM006 el BARRIO000 como por el Plan Parcial de Ordenación del Sector de la Veguilla-Valdezarza-Vertedero, aprobado definitivamente por el Ayuntamiento de Madrid el 26 de julio de 1969.

CUARTO.-

Sobre la inadmisibilidad del recurso de apelación esgrimida en la oposición a la apelación.

Expuesto en líneas precedentes el planteamiento de la Comunidad de Propietarios apelada sobre tal particular, no podemos compartir el mismo, y sin necesidad de subsanar el traslado a la apelante a que se refiere el [artículo 85.4](#) de la [LJCA \(RCL 1998, 1741\)](#) , debemos resaltar que la cuantía del recuso debe considerarse indeterminada, y por tanto, el recurso de apelación resulta admisible, de conformidad con el [artículo 81](#) de la LJCA.

Así lo consideró la parte recurrente, ahora apelada, en su escrito de demanda, en cuyo primer otrosí solicitaba que, conforme a lo dispuesto en el [artículo 40](#) de la LJCA, se tuviera por fijada la cuantía como indeterminada. Del mismo modo, así lo consideró el Ayuntamiento demandado en su contestación (folios 12 y 13 de la misma), y por tal motivo así se fijó en el Decreto del LAJ de 30 de julio de 2019. Ello dio lugar a la tramitación del procedimiento como ordinario y no como abreviado, al no considerar que la cuantía de la pretensión fuera inferior a los 30.000 euros determinados en el [artículo 78](#) de la LJCA. Por ello no resulta admisible ahora que la parte apelada contradiga sus propios actos precedentes, con un argumento que, además, no resulta de recibo, porque lo que se dilucida en el presente procedimiento no es únicamente el borrado de unas líneas de aparcamiento, sino si ha existido vía de hecho por parte del Ayuntamiento de Madrid al ocupar sin título alguno unos terrenos que no eran de su propiedad.

QUINTO.-

En cuanto a la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo alegada por el Ayuntamiento apelante.

A tal fin debemos tener en cuenta, en primer lugar, que el [artículo 30](#) de la [LJCA \(RCL 1998, 1741\)](#) dispone: "En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo".

Y según el [artículo 46.3](#) de la LJCA: "Si el recurso contencioso-administrativo se dirigiera contra una actuación en vía de hecho, el plazo para interponer el recurso será de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho".

Sobre la base de lo anterior, debemos rechazar, en primer lugar, el primer argumento utilizado en el recurso de apelación a favor de dicha extemporaneidad, pues el mismo no fue articulado en la instancia, no siendo posible en apelación aducir motivos distintos de los alegados por las partes en el proceso principal. Esto

es, no resulta posible introducir cuestiones nuevas sobre las cuales no ha tenido oportunidad de pronunciarse el juez de instancia.

También debemos desestimar el segundo argumento reproducido en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, pues, como razona el juez de instancia, habiéndose respetado en este caso el plazo previsto en el artículo 46.3, en relación con el [artículo 30](#) , de la LJCA.

El planteamiento de inadmisibilidad se sustenta por el Ayuntamiento en que la recurrente presentó una solicitud administrativa de restablecimiento de situación jurídica de terrenos y subsidiaria de inicio de procedimiento expropiatorio, no aguardando el plazo de tres meses de que disponía la Administración para resolver, que vencería el 17 de abril de 2019, y siendo por tanto la acción judicial extemporánea por anticipación.

Sin embargo, no compartimos tal planteamiento. En el requerimiento realizado a la Administración se solicitaba que se procediera por el Ayuntamiento de Madrid: a) a declarar contraria a derecho la actuación material en vía de hecho, procediendo a restablecer la situación jurídica de los terrenos perturbada por la actuación material de la Administración; b) subsidiariamente, se sustituya la restitución del mismo por la inmediata iniciación del correspondiente expediente expropiatorio de la parte ocupada de la referida parcela; y c) que se reconociera a la actora el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos.

Aunque cuando lo anterior fue lo solicitado a la Administración, el suplico del escrito de interposición explicaba que se interponía el recurso contra la actuación por vía de hecho de la Administración. Y de la misma manera, en el suplico del escrito de demanda no se mencionaba el inicio del expediente expropiatorio, sino que se solicitaba que se tuviera por interpuesta la demanda contra la actuación material constitutiva de vía de hecho ejecutada por el Ayuntamiento de Madrid, declarando mediante sentencia que la actuación es contraria a derecho, que se procediera al cese de la misma, a reponer la parcela a su estado primitivo y a que se reconocieran a la actora los daños y perjuicios ocasionados.

Por ello la parte recurrente interpuso el recurso contencioso-administrativo contra lo que consideró una vía de hecho ejecutada por la Administración demandada, cumpliendo el plazo previsto en el [artículo 46.3](#) de la LJCA (dicho plazo no se ha cuestionado en el recurso de apelación), sin que quepa argumentar que la acción judicial es extemporánea por anticipación.

SEXTO.-

Sobre la falta de legitimación de la recurrente aducida por el Ayuntamiento de Madrid.

A tal efecto, y como hemos expuesto con anterioridad, alega el Ayuntamiento que la finca registral NUM001 es una finca no vigente a fecha actual, dado que fue objeto de división y constitución en régimen de propiedad horizontal, tal y como

consta en la propia certificación registral de la misma obrante al folio 16 del expediente, pasando tras su división a formar un conjunto de nuevas fincas registrales, con los números NUM003 a NUM004 con sus propios titulares.

No procede el Ayuntamiento apelante a combatir el argumento ofrecido por la sentencia de instancia, que afirma que en la inscripción en el Registro de la Propiedad se deja constancia de que la Cooperativa inscribe la constitución de la finca en régimen de propiedad horizontal y los Estatutos de la Comunidad expresados, y que junto a la inscripción aparece también nota marginal donde se dice que dicha finca, por división, ha pasado a formar las catorce fincas registrales (catorce locales de negocio) que se enumeran en la nota. De modo que -continúa razonando la sentencia-, al edificarse la parcela e irse enajenado el edificio, los propietarios que adquieren los locales se van integrando en la Comunidad de propietarios del edificio, que aquí demanda, por lo que no puede negarse legitimación activa a dicha comunidad.

En efecto, suscribimos el argumento del juez de instancia. Tanto en los autos principales como en el expediente administrativo consta certificación de la Registradora de la Propiedad número 38 de Madrid, en la que se refleja que a los folios NUM011, NUM012 y NUM013 del tomo NUM014, libro NUM015, aparece la inscripción 3ª, con notas marginales practicadas en la finca número NUM001.

Así, en las hojas reproducidas junto con dicha certificación, figura como finca núm. NUM001 la urbana en la CALLE000 número NUM000, destinándose íntegramente a fines comerciales en un total de catorce locales de negocio, distribuidos en dos plantas. Se señala a continuación que se constituye la finca en régimen de propiedad horizontal, rigiéndose por la [Ley de Propiedad Horizontal \(RCL 1960, 1042\)](#) y por unos Estatutos que son idénticos a los transcritos en la inscripción 3ª de la finca NUM016, folio NUM017 del tomo NUM018, y se dan en esta inscripción por reproducidos. Y se afirma que la Cooperativa de Viviendas San Enrique inscribe la constitución de esta finca en régimen e propiedad horizontal y los Estatutos de Comunidad expresados, como resulta de la escritura otorgada ante el Notario de Madrid Don Alberto Ballarín Marcial

Y ciertamente, como nota marginal se indica que esta finca por división ha pasado a formar las fincas con número de orden NUM019 a NUM000, describiéndose el tomo y el folio en el que se encuentran inscritas.

SÉPTIMO.-

Sobre el fondo de la controversia. Sobre la errónea valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia y la ausencia de valoración conjunta y ponderada de todas las pruebas obrantes en el expediente.

El concepto de vía de hecho de la Administración es tratado en la [sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 2010 \(RJ 2010, 7762\)](#) (recurso 1052/2008), que, con cita en la anterior de 22 de septiembre de 2003,

indica lo siguiente: "el concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure).

Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se produce sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el [art. 93](#) de la [LRJ y PAC \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) . Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente, viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el [art. 57.1](#) LRJ y PAC.

El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo.

En definitiva, como señalamos en [sentencia de 8 de junio de 1993 \(RJ 1993, 5828\)](#) "la vía de hecho" o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite".

Semejante criterio se desprende de la sentencia de 7 de febrero de 2007 cuando señala que: "la finalidad de la vía de hecho articulada en la nueva Ley de la Jurisdicción responde a la intención del legislador de no dejar sin cobertura jurídica y tutela judicial a las actuaciones materiales de la Administración que, sin procedimiento administrativo y la cobertura de un acto de este carácter, perturbe el ejercicio de sus derechos por los particulares, al objeto de obtener la cesación de esa ilegítima actividad material por parte de la Administración" . En definitiva la vía de hecho "se configura como una actuación material de la Administración, desprovista de la cobertura del acto legitimador o con tan graves vicios o defectos que supongan su nulidad radical o de pleno derecho" . (STS 27-11-1971, 16-06-1977, 1-06-1996).

Del mismo modo, debemos indicar que tradicionalmente no ha existido una definición legal del concepto de vía de hecho y únicamente se han regulado diversos aspectos relacionados con esta figura. La Ley Jurisdiccional tampoco

delimita de manera precisa sus contornos y características, si bien su Exposición de Motivos considera vía de hecho aquellas "actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase".

Así, a partir de tal declaración y enlazando con la doctrina expuesta, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido considerando por vía de hecho cualquier actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la singular actuación material, entendiendo como elemento característico de la vía de hecho la inexistencia de acto de cobertura jurídica.

Pues bien, analizando cuanto antecede, la Sala llega a la conclusión de que no procede acoger el recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento de Madrid al no haber existido una errónea valoración de la prueba por el juez de instancia.

Y es que no basta, como sostiene la Administración municipal en los informes reflejados, que el planeamiento defina el uso público de los terrenos, ni puede sostenerse, en consecuencia, que los terrenos deberían haber sido cedidos al Ayuntamiento por estar calificados en el planeamiento como viarios y aparcamientos de uso público.

Así, el hecho de que un terreno de propiedad privada se encuentre calificado en el planeamiento como viario público no lo convierte directamente en dominio público, pues no cabe confundir el destino que el Plan General de Ordenación da a un determinado terreno como viario y su vinculación o afección a tal destino con la efectiva adquisición por el Ayuntamiento del terreno en cuestión, adquisición que no se produce de modo automático con el planeamiento urbanístico oportuno sino a través de la expropiación forzosa o la cesión gratuita de los terrenos sobre los que discurre el vial, según el sistema de actuación elegido, de modo que la mera previsión de la existencia y trazado de un viario, o de un aparcamiento de uso público, en un instrumento de planeamiento general no genera, por sí misma, la pérdida de dominio de ese terreno por parte de sus propietarios (así lo ha entendido recientemente esta sección en su sentencia de 5 de marzo de 2021, recurso de apelación 731/2019).

En este sentido, debemos recordar que la [STS 22 febrero 2000 \(RJ 2000, 2729\)](#) (casación 2651/1992) excluye la calificación de la actuación municipal como constitutiva de vía de hecho cuando, aún con posterioridad a la fecha de la ocupación efectiva de los terrenos, fue aprobado un Plan Parcial que incluyó el vial construido sobre el terreno ocupado y se produjo, precisamente, una cesión de los viales correspondientes al expresado Plan Parcial; la [STS 26 mayo 1980 \(RJ 1980, 1893\)](#) califica de vía de hecho la ocupación de terrenos para destinarlos a viales cuando faltaba el Plan Parcial que impusiera la cesión gratuita de viales y no se había seguido expediente expropiatorio; la [STS 6 diciembre 1980 \(RJ 1980, 4997\)](#) (apelación 53.134) recuerda que "... la cesión gratuita de viales establecida en los sistemas de actuación urbanística previstos en el artículo 113 de la misma Ley del

Suelo de 1956, excepto en el sistema de expropiación, según recogió la jurisprudencia en las Sentencias de 24 de noviembre de 1971 y 17 de febrero de 1979 debe llevarse a cabo en todo caso con arreglo a las normas de procedimiento aplicables las cuales son de inexcusable observancia por ser garantía para el administrado y constituir el marco adecuado en el que éste mediante el conocimiento de las circunstancias concurrentes, podrá atender a la defensa de sus derechos tanto acerca del deber de cesión que se le atribuye, como en orden a los límites pertinentes de su gratuidad, así como respecto a la aplicación en su caso de las medidas correctoras y distributivas, Sentencia de 2 de mayo de 1972"; la [STS 17 julio 2001 \(RJ 2001, 8014\)](#) (casación 2459/1997) pone de manifiesto la imposibilidad de derivar de una cesión obligatoria y gratuita al dominio público del terreno la naturaleza pública del mismo en razón de su destino a viales, ya que "... por el solo hecho de que una zona de la finca matriz esté destinada a viales no puede afirmarse que tales viales tuvieran la condición de vías públicas, ni estuvieran por éste sólo hecho afectadas al dominio público con destino al uso público, ya que para ello eran precisas dos condiciones: la primera, que salieran del patrimonio de la propietaria y entraran en el patrimonio municipal y la segunda, que una vez fuera del dominio particular y dentro del de la Administración éste realizara un acto de aceptación, que en todo caso supone la previa transmisión del bien desde el patrimonio del particular al de la persona jurídica administrativa"; y la [STS 20 abril 2009 \(RJ 2009, 2740\)](#) (recurso 5503/2005) reputa constitutiva de vía de hecho la ocupación de una parcela para duplicar la calzada de una carretera cuando, formando parte de una unidad de actuación, no fue incluida después en el proyecto de compensación y parcelación de esa unidad, por lo que "no pudo ser adquirida por la corporación municipal en ejecución del mismo".

Del mismo modo, el artículo 90 de la [Ley del Suelo \(RCL 2015, 1699\)](#) de la Comunidad de Madrid, bajo la rúbrica "Condiciones generales respecto a la obtención de suelo público", dispone:

"Los terrenos que el planeamiento urbanístico destine y reserve a elementos integrantes de las redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios pasarán a titularidad pública por alguno de los siguientes procedimientos:

- a) Mediante cesión libre, gratuita y, en su caso, urbanizada, sólo cuando formen parte de un ámbito de actuación, de un sector o unidad de ejecución y según lo dispuesto en el artículo siguiente.
- b) Mediante ocupación directa.
- c) Mediante permuta forzosa, expropiación o cualquier otra forma de adquisición de la propiedad por la Administración actuante".

Pues bien, en el presente supuesto, resulta evidente que el Ayuntamiento no ha acreditado que se haya materializado la cesión. Únicamente afirma que los terrenos debieron ser cedidos porque el planeamiento disponía que su uso era público, pero como hemos visto, la adquisición que no se produce de modo automático con el

planeamiento urbanístico, sino a través de la expropiación forzosa o la cesión gratuita de los terrenos.

No puede obviarse que el Ayuntamiento no ha justificado la inscripción en el Registro de la Propiedad y que además reconoce que la superficie concernida no consta incluida en el Inventario de Patrimonio Municipal.

Y no existe un acta de cesión concreta que se refiera a estos terrenos, pues el acta de cesión de 17 de octubre de 1981 que obra en el expediente administrativo, aparte de no singularizar los terrenos en cuestión, dispone como destino de las parcelas cedidas el de viales, pero no el de aparcamiento de uso público.

En virtud de cuanto antecede, la conclusión lógica que alcanza la Sala es la de desestimar el recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento al resultar la sentencia de instancia conforme a Derecho.

OCTAVO.-

Costas.- La desestimación íntegra del presente recurso de apelación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a la parte apelante, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo cuarto del citado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en dos mil euros (2.000 euros) más IVA, si procediere, la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos, en atención a la naturaleza y complejidad del asunto, la cuantía del presente recurso y la actuación profesional desarrollada.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia dictada en fecha 31 de Enero de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 29 de Madrid en el procedimiento ordinario 85/2019, que ha sido identificada en el primer fundamento de derecho de la presente sentencia, confirmando la sentencia apelada al resultar ajustada al Ordenamiento Jurídico.

Imponer las costas derivadas de la apelación a la parte apelante, en la forma y con el límite máximo fijados en el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución conforme dispone el [artículo 248](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la [Ley Orgánica 7/2015 \(RCL 2015, 1128\)](#) , debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación. En el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los

requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que se pretenda, y 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 2612-0000-85-0517-20 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), 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 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0517-20 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.