



Roj: **STSJ AND 3763/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:3763**

Id Cendoj: **18087330042023100287**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **20/04/2023**

Nº de Recurso: **241/2022**

Nº de Resolución: **881/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RICARDO ESTEVEZ GOYTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 241/2022

SENTENCIA NÚM. 881 DE 2.023

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a Beatriz Galindo Sacristán

Ilmo/a. Sr/ra. Magistrado/a:

D. Silvestre Martínez García

D. Ricardo Estévez Goytre

En Granada, a veinte de abril de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de Apelación número **241/2022** dimanante del procedimiento ordinario número 1162/2015, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Almería; siendo parte apelante **GENERAL DE GALERIAS COMERCIALES, SOCIMI**, que comparece representada por la Procuradora D^a Yolanda Reinoso Mochón y asistida de Letrado, y apelada el **AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA** representado por el Procurador D. Luis Alcalde Miranda y asistido por Letrado, y **BOGARIS RETAIL 14, S.L.** representada por la Procuradora D^a Carolina González Díaz y asistida de Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela el Auto de 1 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de los de Almería, recaído en los autos del recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario número 1162/2015, por el que se dispuso

" **SE ESTIMA** la alegación previa realizada tanto por el Letrado del Ayuntamiento de Almería como por la Procuradora Dña. María Jiménez Tapia, en nombre y representación de la mercantil BOGARIS RETAIL 14, y, en consecuencia, se declara la **INADMISIBILIDAD PARCIAL** del presente recurso contencioso-administrativo, por extemporaneidad, respecto de la resolución dictada por el AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA en fecha 10 de mayo de 2011, así como respecto de la pretensión de caducidad de la petición de licencia formulada por la mercantil Bogaris Retail 14 en el expediente de obras mayores NUM000 .

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- Los apelados se opusieron señalando el acierto y corrección del Auto apelado.



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 sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo para el día 13 de abril de 2023; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia. Actuó como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Ricardo Estévez Goytre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Del Auto apelado.*

El Auto apelado estima la alegación previa planteada por la Administración demandada y por la parte codemandada, que consideran que ha de declararse la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en lo que se refiere a la petición de nulidad de la resolución de fecha 10 de mayo de 2021 y a la pretensión de caducidad de la petición de la licencia solicitada por BOGARIS RETAIL en el expediente de obras mayores NUM000 .

Entendiendo la Juzgadora de instancia que resulta procedente declarar la inadmisibilidad parcial del recurso al haber transcurrido el plazo señalado en el art. 46 LJCA, y a la vista de la doctrina que se recoge en las sentencias de este Tribunal Superior de Justicia de fecha 23 de febrero de 2006 (recurso 534/2005), Sala de Sevilla, y de 12 de enero de 2012 (recurso 532/2011), de esta misma Sala.

SEGUNDO.- *Alegaciones de las partes.*

** De la parte apelante.*

La parte apelante fundamenta su pretensión de que se tengan por impugnadas en este proceso la petición de nulidad de la resolución de 10 de marzo de 2011 así como la pretensión de caducidad de la petición de la licencia solicitada por la mercantil BOGARIS en el expediente de obras mayores NUM000 , y que en cualquier caso se declare que los actos objeto de impugnación en este proceso son los fijados en el suplico de la demanda y se ordene la continuación de este proceso sin más dilaciones innecesarias e injustificadas respecto de los actos indebidamente expulsados del mismo, en que la resolución judicial impugnada entiende, aplicando dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este mismo Tribunal, que la acción pública urbanística no permite impugnar una resolución no conocida si ha transcurrido el plazo de dos meses desde que dicha resolución administrativa se produjo, y que lo correcto es, a través de la acción pública, acudir a un recurso de revisión, si se ha superado el plazo de dos meses. Interpretación de la que discrepa la apelante porque " *es la mejor doctrina que garantiza la ausencia falta de tutela judicial efectiva en el **urbanismo**"* (sic), y que ha sido superada por la STS de 21 de noviembre de 2019 (recurso de casación 437/2017), que ha fijado doctrina sobre el plazo para ejercitar la acción pública reconocida en el art. 62.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

Según dicha doctrina, si la acción pública se ejercita frente a obras no amparadas por licencia o realizadas en ejecución de una licencia ilegal que no fue conocida por el actor, se aplicará el plazo especial del art. 62.2 TRLS, de tal forma que podrá interponerse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

** De la parte apelada: AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA.*

Solicita la desestimación del recurso de apelación, con expresa condena en costas. Alega que la doctrina que se recoge en la sentencia de 12 de enero de 2012 referente a la acción pública es acogida por la Sala de Granada en sentencia de la que es conocedora la parte contraria por haber sido parte en dos de ellas, entre otras en las sentencias de 28 de enero, 25 de febrero y 29 de septiembre de 2021; así como que en el escrito de inicio del recurso contencioso-administrativo se identifica un acto administrativo (acuerdo de 8 de junio de 2015, que otorga la licencia), y en el suplico de la demanda otros dos más (resolución de 10 de mayo de 2011 y la petición de caducidad de la licencia en el expediente de obras mayores NUM000), y lo que no consta en las actuaciones es que por la parte demandante se haya formulado petición alguna de ampliación de la demanda de conformidad con lo previsto en el art. 36 de la LJCA; si aduce que tuvo conocimiento de los actos administrativos nuevos con ocasión del traslado del expediente administrativo, lo que no hizo fue pedir la ampliación del acto administrativo dentro de los dos meses previstos en el art. 46.

** De la parte apelada: BOGARIS RETAIL 14, S.L.*

Solicita igualmente la desestimación del recurso de apelación. Entiende que el Auto apelado aplica correctamente la doctrina de esta Sala, entre otras la sentencia de 28 de enero de 2021, recaída en un procedimiento también instado por la hoy apelante (recurso de apelación 2825/2020), que se sustente en la de la Sala de Sevilla de 21 de junio de 2018. Y en el caso de autos no es necesario siquiera acudir a dicha doctrina



para inferir la extemporaneidad del recurso por cuanto la demandante tuvo conocimiento de la licencia más de dos meses antes de la formulación del recurso, por lo que también contando el plazo de impugnación directa desde esa fecha se habría producido la caducidad del mismo, pues la actora se personó el 16 de junio de 2015 en el expediente de obra mayor NUM001, del que forma parte la licencia de 10 de mayo de 2011, teniendo acceso al mismo; mereciendo ser destacado el hecho de que pidió copia del expediente el 16 de junio de 2015, apenas una semana después de que fuese dictada la resolución de 8 de junio por la que se concedió a BOGARIS RETAIL licencia para la construcción del Centro Comercial y de Ocio Torrecárdenas, lo que evidencia que la recurrente estuvo perfectamente al tanto de la tramitación del expediente NUM001.

Por tanto, incluso fijando como *dies a quo* el 16 de junio de 2015, hasta la fecha de interposición de la demanda el 25 de abril de 2016, en que la actora amplió su recurso a la licencia de 2011, ha transcurrido con creces el plazo para recurrir.

TERCERO.- Posición de la Sala: estimación del recurso de apelación.

La cuestión sobre la que hemos de efectuar pronunciamiento consiste, por tanto, en determinar si la impugnación de la licencia de obras concedida a la codemandada el 10 de mayo de 2011, así como la de caducidad de la licencia formulada en el expediente de obras mayores NUM000, puede considerarse ejercitada en plazo teniendo en cuenta que se invoca el ejercicio de la acción pública en materia de **urbanismo**.

Para resolver dicha cuestión es fundamental la STS de 21 de noviembre de 2019 (recurso de casación 6097/2018), citada por la propia parte apelante, de la que interesa extraer la fundamentación jurídica que se contiene en los siguientes párrafos:

" En la regulación del art. 19.1 h) LJCA , no se concreta el plazo que tiene el particular para ejercitar la acción pública cuando no se tiene un conocimiento formal de la infracción urbanística, plazo que, en otro caso, será el general de los dos meses.

Sin embargo, la jurisprudencia ha solucionado esta laguna legal estableciendo que el plazo de interposición de la acción se inicia desde el momento en que el reclamante tuvo conocimiento formalmente de la actuación presuntamente ilegal de la Administración.

Por tanto, en principio, si la acción pública se ejercita contra un acto expreso y notificado, el plazo de interposición será el propio del recurso administrativo que corresponda. Si se interpone frente a un silencio administrativo, no vence el plazo, y si la acción se ejercita frente a hechos que se consideran ilegales, el plazo será el fijado en cada norma reguladora.

En el caso de las licencias urbanísticas, el Tribunal Supremo (STS de 5-4-2002 y 26-10-2001 ha señalado que el plazo para el ejercicio de la acción pública es diferente según se haya tenido o no conocimiento de la licencia. Si no se ha conocido la licencia, dicho plazo se prolonga durante el tiempo de ejecución de las obras y hasta el transcurso del plazo de cuatro años o el que establezca la correspondiente legislación autonómica, mientras que de mediar conocimiento de la licencia rige el plazo general de impugnación."

Sentencia de la que la parte apelante extrae que, si la acción pública se ejercita frente a obras no amparadas en licencia o realizadas en ejecución de una licencia ilegal que no fue conocida por el actor, se aplicará el plazo especial del art. 62.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRDU), de tal forma que podrá interponerse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

Entendemos que la interpretación que realiza el recurso de apelación no puede tener favorable acogida por la Sala. El mencionado precepto dispone que *" Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística"*. Pero dicho artículo presupone que las obras han sido ejecutadas sin licencia o, si disponen de licencia, sin que el actor hubiese tenido conocimiento de la misma, toda vez que, de tener conocimiento de su otorgamiento, el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo será, según la referida sentencia, el general de impugnación.

Pues bien, extrapolando la anterior doctrina al caso examinado, ha de significarse, como dice la representación procesal de BOGARIS RETAIL, y así consta en el expediente administrativo, que D. Ruperto, en representación de la mercantil recurrente, se personó el 16 de junio de 2015 en el expediente de obra mayor NUM001, del que forma parte integrante la licencia de 10 de mayo de 2011, y obteniendo, según consta en la diligencia obrante al folio 222, copia de las páginas 204 a 218 de dicho expediente, lo que acredita que la actora tuvo conocimiento de la licencia de obras de 10 de mayo de 2011 incluso antes de la fecha de interposición del



recurso contencioso-administrativo; y, sin embargo, hasta la formulación de la demanda la recurrente no hizo alusión alguna a la referida licencia, siendo en el suplico de la demanda cuando solicita se dicte sentencia por la que se declare nula o subsidiariamente anule la tan citada resolución, demanda que no se presentó hasta el 25 de abril de 2016, es decir, cuando habían transcurrido ya más de 10 meses desde la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la licencia, superando con ello ampliamente el plazo de dos meses que, frente a los actos expesos, prevé el art. 46.1 LJCA. En ese mismo sentido, y a mayor abundamiento, consta en la ampliación del expediente administrativo solicitud del mismo representante, de fecha 29 de diciembre de 2015, interesando se le dé vista del expediente sobre concesión de la licencia 117/2020, obteniendo copia de los folios 100 a 119, relativos al Proyecto y Estudio Ambiental del Proyecto Básico al objeto de tramitar la Autorización Ambiental Unificada (AAU).

Esta Sala y Sección se ha pronunciado ya en ese mismo sentido en sentencias anteriores, pudiendo citarse como ejemplos la de 29 de septiembre de 2021 (recurso de apelación 6125/2019), en la que se concluye que *"la extemporaneidad de la acción dirigida frente al acto de otorgamiento de la licencia aceptando la valoración probatoria que realiza la Sentencia apelada, señalando además, como hace la Sentencia, que si bien la licencia de obra concedida ahora impugnada no le fue notificada expresamente al recurrente (quien no aparecía como interesado en el expediente) tuvo suficiente conocimiento de ella como se constata al menos desde el escrito presentado en fecha 25/1/2016."*; así como la de 28 de enero de 2021 (recurso de apelación 2825/2020), que presenta la particularidad de que en dicho recurso intervenían las mismas partes, y en la que, respondiendo a similar cuestión, señaló que *"bastaría para el rechazo de tal alegación, observar el documento n.º 1 aportado por el Ayuntamiento de Almería junto a su escrito de contestación al que se refiere dicho Auto apelado y que contiene justamente el acto impugnado ahora, que le fue trasladado oportuna y expresamente al recurrente mediante diligencia de 25/5/2016, por lo que también contando el plazo de la impugnación directa desde dicha fecha, el plazo de interposición del recurso habría transcurrido con creces cuando se interpuso."*

CUARTO.- Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación. En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a la parte apelante en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional, limitando las mismas a un máximo de 500 euros por cada una de las partes apeladas.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación. Se imponen las costas a la parte apelante, con el límite señalado.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024024122, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ