



Roj: **STSJ AND 11748/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:11748**

Id Cendoj: **29067330012023100677**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2023**

Nº de Recurso: **635/2023**

Nº de Resolución: **2544/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS GARCIA DE LA ROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745020060004382.

Procedimiento: Recurso de Apelación 635/2023.

De: AYUNTAMIENTO DE COMARES

Procurador/a: TINTA_NOMPROCURADOR

Letrado/a: S.J. SERV. ASIST. EELL PROV. MALAGA (SEPRAM)

Contra: JUNTA DE ANDALUCÍA

Letrado/a: LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA - MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 2544/2023

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a. TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^a

En la ciudad de Málaga, a veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 635/23, interpuesto en nombre de EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE MALAGA representado por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra el auto 160/22, de 1 de septiembre, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Málaga en el seno del incidente de ejecución de sentencia 14.3/18; habiendo comparecido como apelado la JUNTA DE ANDALUCIA, representada por el Sr. Letrado de la Junta de Andalucía, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la representación de DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE MÁLAGA se promovió incidente de imposibilidad de ejecución de sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo num. 4 de Málaga de fecha 1 de diciembre de 2010.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 4 de Málaga dictó, en el seno de la pieza de ejecución tramitado con el nº 14.3/18, auto de fecha 1 de septiembre de 2022 por la que desestimaba la solicitud de imposibilidad de ejecución de sentencia promovida.

TERCERO.- Contra dicha resolución por la Diputación de Málaga se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de la Administración, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución apelada desestima el incidente de imposibilidad legal de ejecución de sentencia, al entender que no concurren los presupuestos para la aplicación del régimen de asimilado a fuera de ordenación para construcciones irregulares concluidas en suelo no urbanizable, por no reunir las prescripciones técnicas para esta calificación sobrevenida, y por resultar afectada por una sentencia judicial firme que declara la construcción irregular por aplicación del principio de cosa juzgada.

Frente a esta resolución se alza la representación de la Diputación Provincial de Málaga solicitando que se revoque el auto apelado y se declare la imposibilidad de ejecución, al imponerse en nuestro caso la presunción de legalidad del acto administrativo decreto municipal que reconoce esta situación sobrevenida al inmueble de autos, sin que quepa al órgano enjuiciador en el marco del incidente de imposibilidad legal cuestionar la validez de dicho acto, y subsidiariamente sostiene el cumplimiento de todos los condicionantes técnicos y restantes requisitos para que se considere al inmueble en situación de asimilado a fuera de ordenación por aplicación del derogado DLey 3/2019.

La Administración autonómica como apelada se opone el recurso de apelación planteado y solicita la confirmación de la resolución apelada en base a sus propios fundamentos que deben motivar la desestimación del recurso de apelación planteado, que se formula en términos reiterativos respecto de lo discutido en primera instancia y sin crítica autónoma a la resolución apelada, en cualquier caso el órgano encargado de la ejecución está habilitado para comprobar si concurren los requisitos objetivos para la viabilidad del expediente de imposibilidad de ejecución de sentencia, y en este caso se ha verificado que no concurren los requisitos técnicos para la declaración municipal de asimilado a fuera de ordenación, y que esta posibilidad no es admisible en trámite de ejecución de sentencia firme.

SEGUNDO.- Bajo la vigencia de la DA 1ª de LOUA ya nos habíamos prevenido ante una aplicación generalizada y abusiva de las prescripciones normativas que, sobrevenidas, permiten la regularización de construcciones ilegales bajo la vigencia del D 2/2012 de 10 de enero, decreto andaluz sobre régimen de las edificaciones existentes en suelo no urbanizable, en sentencias como la de 21 de enero de 2016 (rec. 1225/14), en la que dijimos que *"En definitiva no es posible admitir tal y como postula la recurrente que una regularización generalizada de edificaciones asiladas al amparo del decreto 2/2012, habilite para entender susceptible de legalización las obras desarrolladas en su día por el actor contra planeamiento. Es viable la regularización de las construcciones existentes, pero esto es sin perjuicio del ejercicio de la facultad de tutela de la legalidad urbanística cuando esto sea posible por no haber caducado la facultad de protección de la legalidad urbanística, pues de entenderlo de otro modo se estaría potenciando una fraudulenta concepción del procedimiento de regularización de edificaciones aisladas, de modo que ante la expectativa de una futura regularización los titulares afectados podrían edificar sin cobertura normativa, y sus construcciones resultarían indultadas automáticamente por encontrarse incluidas en ámbitos susceptibles de regularización futura, potenciándose así un efecto perverso cual es el de la proliferación de construcciones ilegales en franco abuso de derecho."*

El fundamento del principio de cosa juzgada, y el recto entendimiento de la potestad jurisdiccional en su faceta de ejecución de lo juzgado, se oponen en nuestro caso a la aplicación de una amnistía general a las construcciones ilegales que incluya las así declaradas en sentencia firme cuyo destino solo puede ser la demolición.

Es conforme a este principio rector que deben interpretarse preceptos como el art. 9.1 del derogado DLey 3/2019, según el cual *"La declaración de asimilado a fuera de ordenación de una edificación irregular no*



supone su legalización, **ni produce efectos sobre aquellos otros procedimientos a los que hubiera dado lugar la actuación realizada en contra del ordenamiento jurídico.** Para las edificaciones declaradas en situación de asimilado a fuera de ordenación no procederá la concesión de licencias de ocupación o de utilización."

Más explícito el art. 5.3 del referido DLey 3/2019 señala que "No procederá el reconocimiento de la situación de asimilado a fuera de ordenación en aquellas edificaciones irregulares para las que no haya transcurrido el plazo para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado conforme a lo establecido en el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre ..."

Quiere esto decir que si no es posible la aplicación de este régimen benéfico a aquellas construcciones ilegales respecto de las cuales sea posible temporalmente la corrección de su ilegalidad, más si cabe es inviable el reconocimiento de cualquier expectativa favorable derivada de la aplicación del DLey 3/2019 para una construcción declarada judicialmente ilegal.

En esta línea el art. 174 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre de Impulso para la Sostenibilidad Ambiental de Andalucía, prescribe que "La declaración de asimilado a fuera de ordenación de una edificación irregular no supone su legalización, ni produce efectos sobre aquellos otros procedimientos a los que hubiera dado lugar la actuación realizada en contra del ordenamiento jurídico, **y lo es sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.**"

La conclusión que se extrae de cuanto viene recogido en las normas citadas es que la aplicación del régimen de asimilado al fuera de ordenación a edificaciones irregulares concluidas, excluye en cualquier caso a las declaradas ilegales en resolución judicial firme, por lo que no es motivo de imposibilidad legal de ejecución la pretendida sujeción a este régimen al estar expresamente vedado su acceso a construcciones ilegales en fase de ejecución judicial para la restitución de la legalidad.

Por último nos cabe recordar que los actos administrativos dictados con el propósito de eludir la ejecución de la sentencia son calificados como nulos de pleno derecho en virtud del art. 103.4 de LJCA.

Por los anteriores razonamientos el recurso de apelación debe ser desestimado en su integridad.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA, en los casos de desestimación del recurso de apelación las costas se impondrán a cargo de la parte apelante, hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos (art. 139.3 de LJCA).

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de DIPUTACION PROVINCIAL DE MALAGA contra el auto de 1 de septiembre de 2022 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Málaga, con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación .

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos del artículo 89 de LJCA.

Firme que sea remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la han dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-