



Roj: **STSJ AND 12876/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:12876**

Id Cendoj: **29067330022023100726**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **14/09/2023**

Nº de Recurso: **752/2021**

Nº de Resolución: **2340/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES**

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. Tfno.: 952918147 952918138, Fax: 951045526, Correo electrónico: TSJ.SContencioso.Admin.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906745320210001698.

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 752/2021.

De: Obdulio

Procurador/a: JULIO CABELLOS MENENDEZ

Contra: CONSEJERIA DE FOMENTO, INFRAESTRUCTURAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA

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

SENTENCIA NÚMERO 2340/2023

Ilmo. Sr. Presidente:

DON FERNANDO DE LA TORRE DEZA.

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON SANTIAGO MACHO MACHO.

DON MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, ponente.

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

Visto por la Sección funcional 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el **recurso número 752/2021**, de cuantía indeterminada, interpuesto por **don Obdulio**, representado por el procurador de los tribunales don Julio Cabellos Menéndez y dirigido por el letrado don Francisco Navarro Luengo, siendo parte demandada, la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, representada y asistida por la letrada de su gabinete jurídico doña Encarnación Jennifer Calleja Cuevas.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso se interpuso por la representación procesal de la parte actora ante el Decanato de los Juzgados de Málaga, teniendo entrada el día 22 de junio de 2021 en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 5, frente a la resolución de fecha 25 de marzo de 2021 dictada por la consejera de Fomento,



Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, desestimatoria de recurso de alzada deducido contra la previa resolución de la Secretaría General de Infraestructuras, Movilidad y Ordenación del Territorio de 27 de febrero de 2020, recaída en el procedimiento de la legalidad urbanística n.º 114/29/19/0022.

El Juzgado n.º 5 declaró su falta de competencia para conocer del recurso mediante auto de 6 de septiembre de 2021 y elevó a la Sala la oportuna exposición razonada. Mediante providencia de 7 de octubre aceptamos la competencia para el conocimiento del litigio.

Admitido a trámite el recurso se acordó reclamar el expediente administrativo, que ha sido aportado.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para que dedujera la oportuna demanda, lo que verificó, presentando, en fecha 12 de abril de 2022, demanda de recurso contencioso-administrativo, en la que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que "se declare, por no ser conforme a Derecho, la nulidad, o subsidiariamente la anulabilidad de la Resolución recurrida y en su virtud se anule y deje la misma sin efecto, y subsidiariamente se declare no haber lugar a la demolición de la planta de baja y piscina (alberca) ordenada en la misma en virtud de las razones expuestas en el presente escrito de demanda".

TERCERO.- Dado traslado a la parte demandada, la Junta de Andalucía, para contestación de la demanda, lo evacuó mediante escrito presentado el día 6 de junio de 2022, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda en todos sus pedimentos, confirmando los actos impugnados.

CUARTO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba y admitida la documental propuesta, según lo acordado en auto de 30 de junio de 2022, las partes presentaron seguidamente sus escritos de conclusiones sucintas, tras lo cual se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como hemos anticipado en el antecedente de hecho primero, es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 25 de marzo de 2021 dictada por la consejera de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, desestimatoria de recurso de alzada deducido contra la previa resolución de la Secretaría General de Infraestructuras, Movilidad y Ordenación del Territorio de 27 de febrero de 2020, recaída en el procedimiento de la legalidad urbanística n.º 114/29/19/0022, que acordó la demolición de una edificación de tres alturas de 200,45 m2 y piscina ejecutadas sin licencia en suelo no urbanizable de especial protección, en la parcela NUM000, polígono NUM001, de Algatocín (Málaga).

SEGUNDO.- La parte demandante, Sr. Obdulio, solicita la anulación de las resoluciones recurridas y ello con base en los siguientes motivos de impugnación que pasamos a exponer sintéticamente.

Alega, en primer lugar, que la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística está prescrita habiendo transcurrido más de quince años desde que en la parcela fuera construida la planta baja destinada a vivienda hasta que en 2019 actuó al Administración recurrida; invoca el plazo de seis años previsto en el art. 185.1 de la LOUA. Añade que dicha planta baja cuenta con un dormitorio, un cuarto de baño y una zona de almacén/salón con cocina, estando dotadas de suministro eléctrico, agua potable y saneamientos, tratándose de una vivienda terminada que cumple con las condiciones establecidas en el art. 7 del Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que por lo que no procedería su demolición y, en todo caso, sería legalizable como almacén de aperos para la explotación agrícola, junto con la alberca para riego vinculados al uso agrícola. Destaca que la orden de demolición quiebra el principio de proporcionalidad pues si bien no se opone a la demolición parcial de la construcción respecto de las plantas primera y segunda que fueron paralizadas en el curso de ejecución y se hallan en estructura, no procedería la demolición de la construcción en planta baja y la alberca anexa al hallarse terminadas desde 2004, y haberse abstenido su principal de continuar la construcción de la vivienda de tres plantas como así lo han hecho decenas de vecinos del entorno, siendo que desde la pandemia ha fijado allí su domicilio y en 2021 se ha empadronado.

En un segundo motivo denuncia la ausencia del trámite de requerimiento de la demandada al Ayuntamiento de Algatocín para el ejercicio de las competencias en materia de reposición de la legalidad urbanística, y solo de no atenderse en el plazo de un mes, podría intervenir de forma subsidiaria la Junta de Andalucía de conformidad con el art. 188 de la LOUA.

En tercer lugar aduce la omisión del trámite de requerimiento de legalización ex art. 182.2 de la LOUA.



Como cuarto motivo destaca la denegación de prueba en el expediente de disciplina urbanística, en concreto un oficio al Ayuntamiento de Algatocín que fue solicitado, y la testifical pericial de los inspectores que habían realizado el informe que motivó el inicio del expediente.

Destaca, en quinto lugar, la ausencia de trámite de alegaciones finales previo a la resolución, especialmente por la existencia de un acta de inspección llevada a cabo por técnicos de la Administración, y un informe elaborado por los técnicos de la demandada que se introdujeron en el procedimiento en la propuesta de resolución.

Al hilo de lo anterior sostiene, en sexto y último lugar que dicho informe es extemporáneo al elaborarse después de terminar el periodo probatorio que viene marcado con el dictado de la propuesta de resolución, lo que le ocasionó indefensión.

TERCERO.- A los anteriores motivos se opone la letrada de la Junta de Andalucía en su escrito de contestación que interesa la confirmación de la resolución impugnada por sus propios y acertados fundamentos. Afirma, en esencia, que del informe de los técnicos de 17 de octubre de 2019 se desprende que la edificación no está terminada por lo que no cumple las condiciones establecidas en el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, lo que no ha sido desvirtuado de contrario, que la acción para la demolición no está prescrita al no estar terminada la planta baja de la edificación, que de demolerse las plantas primera y segunda la planta baja quedaría sin cubierta y sería necesario la ejecución de la misma por lo que, nuevamente, se trata de una edificación no terminada y no puede ser declarada asimilado a fuera de ordenación (AFO), que la construcción se encuentra en suelo urbanizable de especial protección por lo que la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística no está sujeta a limitación temporal, que la construcción de la planta baja no es legalizable como edificación destinada a almacén de aperos y vivienda, que sí se cumplió con el requerimiento al Ayuntamiento de Algatocín previo al ejercicio subsidiario de las potestades de disciplina por parte de la Junta de Andalucía, que no era preciso el requerimiento al interesado de legalización previsto en el art. 182.2 de la LOUA al tratarse de obras que no eran compatibles con la ordenación urbanística, así como que ninguna indefensión se ocasionó al interesado en el expediente quien pudo realizar alegaciones, proponer prueba y solo se denegó una de las por él propuestas de forma motivada.

Termina diciendo que la omisión del trámite de audiencia previo al dictado la resolución definitiva no sería causa de nulidad sino, en su caso, de anulabilidad que tampoco concurre porque no ha sufrido indefensión pudiendo haber formulado el interesado los oportunos recursos en vía administrativa y jurisdiccional.

CUARTO.- Expuestas las posturas de los litigantes, el recurso no prospera.

Es indiscutido entre las partes que las obras objeto del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística se tratan de una edificación compuesta de planta baja, primera y segunda planta, estas dos últimas en fase de estructura, de unos 200,45 m² de superficie, así como una piscina o alberca -más abajo lo perfilaremos-, ejecutadas sin la previa y preceptiva licencia municipal urbanística de obras y en terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección.

Esto último es decisivo. Así la parcela en la que se encuentra la edificación según resulta del informe técnico de 17/2/2020 efectuado para responder a las alegaciones del interesado a la resolución de inicio del expediente (obranste este informe como documento en formato PDF 91-105_114.29.19.0022 COMP y r 0004, fols. 91 y siguientes del expediente), se localiza dentro de un espacio de protección especial definido por la planificación territorial y urbanística, estando concretamente catalogado por el Plan Especial de Protección del Medio Físico -PEPMF- de la provincia de Málaga publicado en el BOJA n.º 69 de 9/4/2007, fascículo 2, como Complejo Serrano de Interés Ambiental CS-21 "Valle del Guadiaro", justificándose en dicho plan la especial protección de esa zona por su interés paisajístico, florístico y faunístico y calificándose en el citado informe como un "enclave de alto valor ambiental y territorial". En atención a esa especial protección resulta aplicable el artículo 185.2 B) a) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), en relación con el art. 46.2.b) del mismo texto legal y, por tanto, se trata de un supuesto en el que no rige limitación temporal alguna para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado. A propósito del carácter de los terrenos como suelo no urbanizable de especial protección se pronuncia también el anterior informe técnico emitido en fecha 19/12/2018 (PDF 1_114.29.19.0022 ALGATOCIN COMPLETO_0000, fols. 1 a 11 del expediente). Rechazamos, por ende, el motivo sustentado en la prescripción de la acción ejercitada por la demandada.

De otro lado, teniendo en cuenta los informes técnicos obrantes en el procedimiento de disciplina urbanística de fechas 19/12/2018 que acabamos de citar, de 17/10/2019 (PDF 1-41 114.29.19.0022 COMP_000, fols. 1 a 3 del expediente) y de 17/2/2020 que arriba hemos identificado, emitidos tras las visitas de inspección realizadas por los técnicos de la Junta de Andalucía y a los que se acompañan sendos reportajes fotográficos que hemos examinado, a juicio de la Sala, la edificación se encuentra sin terminar, hallándose la primera y segunda planta en fase de estructura y la planta baja con el techo, paredes y suelo no finalizados o con el cemento



"en bruto", con la instalación de los suministros de electricidad y de abastecimiento de agua y saneamiento también sin terminar y a la vista, y careciendo de todo tipo de solados y revestimientos. Al no tratarse de una edificación terminada en la definición que proporciona el art. 1.2.e) del Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía que la define como aquella que "no requiere de la realización de actuación material alguna para servir al uso al que se destine, salvo las obras que procedan para garantizar las condiciones mínimas de seguridad y salubridad", no procede la aplicación de la situación de asimilado a fuera de ordenación que pretende el recurrente sobre la base de dicho texto legal.

Además, los arts. 1.1 y 3.1 del Decreto-ley 3/2019 exigen para que proceda la situación de asimilado a fuera de ordenación (AFO) que no resulte posible la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística ni de restablecimiento del orden jurídico perturbado por haber transcurrido el plazo para su ejercicio conforme al art. 185.1 de la LOUA, lo cual ya hemos visto que no concurre al ejecutarse la edificación en suelos no urbanizables de especial protección en los que la acción de restablecimiento de la legalidad urbanísticas no está sujeta a la limitación temporal de seis años que prevé este último precepto.

Si a lo anterior unimos que como resulta del informe de las inspectoras provinciales de 17/2/2020, no desvirtuado por el recurrente, en la parcela no existe ninguna explotación agrícola ni ganadera sino unos ejemplares arbóreos dispersos, la planta baja de la edificación tiene un uso residencial, comparte estructura con las dos plantas superiores y existe una escalera que comunica las tres plantas, de demolerse las dos plantas superiores la planta baja quedaría sin cubierta, así como que junto a la fachada sur de la edificación existe una piscina de forma octogonal, sin escaleras para el baño pero con materiales y revestimiento propio de las piscinas, por todo ello, hemos de rechazar la apelación del actor al principio de proporcionalidad, por lo que la demolición no debe circunscribirse exclusivamente a la primera y segunda planta de la edificación, frente a lo que se aquieta, sino que es extensible a la planta baja y a la piscina que no son legalizables al tener un uso claramente residencial incompatible con la ordenación urbanística pues, conforme al PEPMF los únicos usos y aprovechamientos del espacio protegido Valle de Guadiaro (CS-21) son los agrícola, ganadero (tiene una gran importancia), forestal, minero, hidroeléctrico y cinegético.

Continuando con el resto de motivos de la demanda, como doc. 1 de la contestación la letrada de la Junta de Andalucía acompañó un oficio de fecha 26/6/2018 (notificado el 29/6/2018), por el que se puso en conocimiento del Ayuntamiento de Algatocín la existencia de las circunstancias resultantes de la inspección en relación a la edificación sita en la parcela NUM000 del polígono NUM001, además de otras tres edificaciones, y se interesó que de conformidad con el artículo 19.2 del Decreto 225/2006, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía, se aportara información sobre si la actuación reseñada contaba con autorización o licencia urbanística municipal que amparase su construcción. El citado oficio incluía un apercibimiento expreso de posible ejercicio subsidiario de competencias, con cita del art. 60 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. A dicho oficio respondió el Ayuntamiento de Algatocín diciendo que la edificación no tenía licencia urbanística municipal, y que se había abierto un expediente de protección de la legalidad urbanística si bien carecía de medios personales y materiales para "lograr la plena satisfacción del interés público protegido" (doc. 2 de la contestación). Con esta documentación la Sala entiende suficientemente justificado el ejercicio subsidiario por la demandada de las competencias, propiamente municipales, en materia de disciplina urbanística.

El resto de motivos impugnatorios invocados por el demandante se tratarían a lo sumo de defectos formales no invalidantes en la medida que no se le ocasionó indefensión al tener este, tras la comunicación del acuerdo de inicio, la oportunidad de realizar alegaciones en el expediente que efectuó en fecha 25/11/2019, las cuales fueron puntualmente informadas por los servicios técnicos de la Junta de Andalucía, aportar documentación, proponer prueba que fue en buena parte admitida, comparecer personalmente, asistido de su letrado, en la inspección ocular que efectuaron a la vivienda los inspectores de la Junta de Andalucía el día 15/1/2020, y recurrir en alzada la orden de demolición.

Añadimos para dar respuesta a las alegaciones del demandante que no era preciso el requerimiento previo de legalización previsto en el art. 182.2 de la LOUA al tratarse la edificación de un construcción manifiestamente incompatible con la legalidad urbanística (art. 183.5 LOUA), según hemos visto líneas arriba. La denegación por la instructora del expediente -que abrió expresamente un periodo de prueba- de uno de los medios de prueba propuestos fue motivada, solicitando el interesado un oficio al ayuntamiento como documental III para identificar a la persona responsable de la ejecución de las obras, lo que fue denegado por innecesario en atención al carácter real de las medidas de reposición de la realidad urbanística conforme a los arts. 38 y 39.5 del Decreto 60/2010, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, lo que nos parece acertado (fols. 124 a 126 del expediente). Uno de los medios de prueba acordados a instancia



del propio interesado fue la testifical-pericial de los inspectores que habían realizado hasta ese momento los informes que obraban en el expediente, lo cual fue admitido y dio lugar al último de los informes técnicos de 17/2/2020, emitido tras la visita de inspección realizada el 15/1/2020, en el que se dio respuesta a las distintas alegaciones del recurrente.

Por lo demás, aunque al interesado no se le confirió un nuevo trámite de audiencia tras la emisión del último informe técnico de 17/2/2020 y la propuesta de resolución que hizo la instructora, sino que la demandada dictó sin más trámites la resolución de demolición de 27/2/2020 (fols. 107 a 133), hallándonos ante un expediente de disciplina urbanística de naturaleza no sancionadora esta omisión no invalida el acto recurrido al no ocasionarse indefensión material al Sr. Obdulio (por todas, STS de 13/10/2000, rec. 5.697/1995, FJ 5.º), al que además de haber tenido posibilidades de alegación y prueba durante la instrucción del expediente se le notificó aquella resolución que recurrió oportunamente en alzada (fols. 135 al 185) y, finalmente, ha acudido a esta sede contenciosa.

QUINTO.- Razones, todas las cuales, como hemos anticipado arriba, nos conducen a desestimar el recurso contencioso-administrativo con correlativa confirmación del acto recurrido al ser conforme al ordenamiento jurídico.

Deben imponerse las costas procesales a la parte demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **don Obdulio**, contra la resolución de fecha 25 de marzo de 2021, dictada por la consejera de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, definida *ut supra*, la cual confirmamos por ajustarse a derecho.

Y todo ello con expresa imposición a la parte demandante de las costas procesales causadas en este recurso.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y déjese testimonio en los autos.

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, 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.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.