



Roj: **STSJ AND 12885/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:12885**

Id Cendoj: **29067330012023100759**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2023**

Nº de Recurso: **35/2023**

Nº de Resolución: **2332/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

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.: 2906745320200003427.

Procedimiento: Recurso de Apelación 35/2023.

De: Ángel

Procurador/a: AVELINO BARRIONUEVO GENER

Contra: AYUNTAMIENTO DE FRIGILIAANA

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

SENTENCIA NÚMERO 2332/2023

RECURSO DE APELACION N° 35/23

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 trece de julio 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 35/23, interpuesto en nombre de Ángel representado por el Procurador de los Tribunales D. Avelino Barrionuevo Gener, contra la sentencia 281/22, de 10 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 201/12; habiendo comparecido como apelado EXCMO. AYUNTAMIENTO DE FRIGILIANA representado por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, 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 el Procurador de los Tribunales D. Avelino Barrionuevo Gener, en nombre y representación de Ángel se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Frigiliana de fecha 28 de octubre de 2020 por el que se desestima el recurso de reposición planteado frente al acuerdo de fecha 9 de marzo de 2020 por el que se declara la nulidad de pleno derecho del acuerdo de aprobación del proyecto de actuación para la construcción de una vivienda unifamiliar de fecha 10 de agosto de 2005.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PO 473/20, sentencia de fecha 10 de octubre de 2022 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia por la representación del recurrente 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 sentencia recurrida desestima el recurso planteado frente a la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Frigiliana de fecha 28 de octubre de 2020 por el que se desestima el recurso de reposición planteado frente al acuerdo de fecha 9 de marzo de 2020 por el que se declara la nulidad de pleno derecho del acuerdo de aprobación del proyecto de actuación para la construcción de una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable en parcela NUM000 del polígono NUM001, pago DIRECCION000 en el término municipal de la localidad sin que concurren las exigencias necesarias para destinarla a vivienda de agricultor.

Razona la sentencia apelada que no se ha verificado la caducidad del expediente de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho iniciado por mandato judicial, por lo que no rige el plazo previsto en el art. 102.5 de LRJAP y PAC al no tratarse de un procedimiento iniciado de oficio. No se entienden aplicables los límites que para el ejercicio de las facultades de revisión de los actos administrativos se establecen en el art. 106 de la fenecida Ley 30/1992, pues no existe certeza alguna de que el propietario no fuera conocedor de la existencia de la ilegalidad urbanística en la que estaba incurso la edificación y de la posibilidad del decaimiento de del título habilitante por efecto de su nulidad radical.

Frente a esta sentencia se alza la recurrente solicitando el dictado de sentencia que revoque la de instancia, insiste en que ha operado la caducidad del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho por superación del plazo previsto en el art. 106.5 de LPAC, lo que debe conducir a la anulación de la resolución dictada en su seno, y además sostiene que se ha valorado erráticamente la oportunidad de hacer aplicación al caso de los límites para practicar la revisión de los actos administrativos del art. 110 de LPAC, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el otorgamiento del título administrativo objeto de anulación, y la buena fe de los titulares de la vivienda.

La representación de la Administración apelada se opone al recurso de apelación planteado y solicita la confirmación íntegra de la sentencia de instancia en base a sus propios fundamentos, por la correcta aplicación de los límites que para el ejercicio de la revisión de los actos administrativos establecía el art. 110 de LPAC.

SEGUNDO.- En cuanto a la primera objeción que plantea la apelante la apelante frente a la sentencia apelada, se ha de indicar que el procedimiento de revisión de oficio que se tramita en pos del cumplimiento de una sentencia judicial firme que ordena el dictado de una resolución expresa sobre el fondo, no está sujeto al plazo de caducidad del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho que marca el art. 106.5 de LPAC.

De admitir esto estaríamos asumiendo la perención temporal de la potestad jurisdiccional para hacer ejecutar lo juzgado en clara contravención de lo previsto en el art. 106.1, 117.3 y 118 de CE. Así lo entiende el Tribunal Supremo en sentencias como la de 5 de octubre de 2020 (rec. 1905/19) en la que se analiza el supuesto en el que se adopta una decisión judicial que impone la Administración el deber de dictar una resolución que supla a la anulada por razones sustantivas, y aserta que *"podemos colegir sin mayor esfuerzo que cuando la Administración se ve compelida, en virtud de lo dispuesto en el fallo de una sentencia firme, a dictar una nueva resolución en sustitución de la anulada y, además, a hacerlo valorando determinadas alegaciones y documentos, hasta que no se dicte la nueva resolución administrativa ajustada a los términos establecidos en la sentencia no podrá darse por finalizada la ejecución de ésta.*



Y, si se diera el caso de que la Administración no cumpliera lo ordenado, esto es, no dictare la nueva resolución en los términos y en el plazo que correspondan, las partes y personas afectadas podrán acudir al Juzgado o Tribunal para instar la ejecución forzosa de dicha sentencia.

Es decir, frente al incumplimiento de la Administración las partes y personas afectadas pueden reaccionar acudiendo al juzgado o tribunal para que obliguen a aquélla a dar cumplimiento al fallo de la sentencia. Y a partir de ese momento será responsabilidad del órgano jurisdiccional la adopción, en tiempo y forma, de las decisiones que procedan para lograr la efectividad de lo mandado (artículo 112 LJCA), pudiendo llegar el Juez o la Sala, incluso, a imponer multas coercitivas y a deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder por el incumplimiento.

Pero, lo que no pueden pretender las partes y personas afectadas es que, ante el incumplimiento inicial de la Administración, opere el instituto de la caducidad del procedimiento administrativo y ello, sencillamente, porque la circunstancia esencial que debe primar en ese escenario y en ese momento sobre otras consideraciones es la de que todavía no se ha ejecutado la sentencia y que, por tanto, estamos situados dentro del marco -temporal y procedimental- legalmente establecido para la ejecución de sentencias. Y en ese marco no operan los plazos de caducidad por "pasividad" de la Administración propios de un procedimiento administrativo, porque el "ritmo temporal" de ejecución lo marca el juzgado o tribunal, que es el órgano que constitucional y legalmente está facultado y obligado a hacer ejecutar lo juzgado"

Huelga indicar que en esta tesitura en la que se está acometiendo lo ejecutado en un fallo judicial por imperio de lo previsto en el art. 118 de CE en relación con lo mandado por el art. 103 de LJCA, la cuestión de la legitimación de inicial promotor del expediente de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho ha decaído con la firmeza de la sentencia que se ejecuta.

El recurrente considera que la Administración ha ejercitado su facultad revisora de los actos nulos de pleno derecho excediendo los límites previstos en el art. 110 de LPAC (antes 106 de la LRJAP y PAC), en razón del tiempo transcurrido entre la aprobación del proyecto de actuación y el dictado de la resolución de anulación del título habilitante, aproximadamente quince años, así como en atención al criterio de buena fe que preside la actuación del recurrente.

Estos razonamientos que acaban de exponerse han sido analizados por sentencias de esta misma Sala y sección como las de 9 de diciembre de 2015 (rec. 1597/13) y de 21 de noviembre de 2016 (rec. 392/13), en las que se reproduce la doctrina de la Sala Tercera del TS sobre la revisión de los actos firmes y sus límites, expresada principalmente en la sentencia de 17 de enero de 2006, con también de las de 16 de julio de 2003 (recurso 6245/1999), 24 de mayo de 2005 (recurso 2987/2002), 17 de enero de 2006 ((recurso 776/2001), 21 de febrero de 2006 (recurso 62/2003), 20 de febrero de 2008 (recurso 776/2001), 1 de julio de 2008 (recurso 219172005) y 17 de noviembre de 2008 (recurso 1200/2006).

Con base en esa doctrina jurisprudencial, se ha subrayado que la existencia o no de estas circunstancias que hoy prevé el artículo 110 de la ley 39/2015, y que suponen una excepción al principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, ha de ser examinada caso por caso.

El ejercicio de la facultad de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho con una demora en años considerable puede ser objetivamente contraria a la equidad pero ha de analizarse las circunstancias particulares del caso, y en este concreto se observan dos circunstancias no menores que avalan la solución adoptada por el Ayuntamiento luego confirmada por la sentencia apelada.

De un lado se ha de poner el acento en que ha sido necesario un proceso judicial previo que iniciado en el año 2006 a iniciativa de la Junta de Andalucía que solicitó la revisión de oficio del acuerdo aprobatorio del proyecto de actuación de fecha 10 de agosto de 2005, acuerdo que fue adoptado contra el criterio de la Administración autonómica con competencia en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Este procedimiento judicial concluyó por medio de sentencia de fecha 8 de abril de 2015 que ordenó la tramitación y el dictado de una resolución administrativa de fondo acerca de la solicitud de revisión de oficio en su día cursada, sentencia confirmada en apelación por la sentencia de esta Sala de fecha 26 de marzo de 2018 (rec. 2119/2015). En ejecución de aquella sentencia recayó la resolución administrativa aquí recurrida datada el 9 de marzo de 2020 confirmada en reposición el 28 de octubre de 2020, por la que se acuerda la nulidad de pleno derecho del acuerdo aprobatorio del proyecto de actuación para la construcción de vivienda unifamiliar en terreno clasificado como no urbanizable en base a la causa prevista en el art. 62.1.f) de LRJAP y PAC.

Sobre la base de este relato cronológico no puede admitirse que los recurrentes pudieran permanecer ignorantes de la fragilidad del título habilitante de la construcción desde su mismo origen, y por ello no puede admitirse que se haya generado una expectativa sólida y mantenida en el tiempo acerca de la legalidad de



la construcción, pues desde su germen la autorización administrativa ha estado en permanente cuestión motivando sucesivos expedientes administrativos y judiciales destinados a obtener su anulación.

En segundo lugar estamos ante un supuesto en el que en último término se pretende la preferente protección de la legalidad urbanística, ante la flagrante infracción del orden urbanístico que representa la erección de una vivienda en un terreno clasificado como suelo no urbanizable sin justificar que se trata de una vivienda destinada a ser ocupada por el agricultor, de modo que la ajustada ponderación de los intereses en conflicto, públicos y privados, convienen para descartar un atentado a la equidad por razón de la declaración de la nulidad radical del título que habilita las obras controvertidas.

El recurso de apelación debe ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia.

TERCERO.- 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. 139.2 y 4 de LJCA).

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Avelino Barrionuevo Gener, en nombre y representación de Ángel frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Málaga de fecha 10 de octubre de 2022, que se confirma, con expresa imposición de costas de esta apelación 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 esta sentencia 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 previstos en el art. 89.2 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, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-