



Roj: **STSJ AND 13910/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:13910**

Id Cendoj: **41091330022023100846**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **11/09/2023**

Nº de Recurso: **743/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARCELINO RODRIGUEZ ROSALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEVILLA

SECCIÓN SEGUNDA

Recurso de apelación 743/2022

Procedimiento ordinario 168/2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huelva núm. 1

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

José Santos Gómez

Ángel Salas Gallego

Pedro Marcelino Rodríguez Rosales

Sevilla, a 11 de septiembre de 2023.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, constituida para el examen de este caso, ha visto EN NOMBRE DEL REY el presente recurso de apelación, interpuesto por el Ayuntamiento de Palos de la Frontera, representado por el procurador Alberto Arcas Trigueros, contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2022 en los autos referenciados, siendo parte apelada Juan María, representado por el procurador Manuel Adolfo Martín Lozano. Ha sido ponente el magistrado Pedro Marcelino Rodríguez Rosales, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada contiene el siguiente fallo: Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Juan María, representado por el procurador D. Manuel Adolfo Martín Lozano y defendido por el letrado D. Joaquín Infante Domínguez, contra la resolución del Ayuntamiento de Palos de la Frontera de fecha de 16-4-2020, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada por dicho Ayuntamiento, de fecha 18-1-2018, en el expediente de restauración de la legalidad urbanística (expediente NUM000), por la que se declara que las obras de construcción realizadas en la FINCA000 y concretamente en la parcela NUM001 - NUM002 del Polígono NUM003 de dicho término municipal, son ilegales y no legalizables, por lo que procede que el restablecimiento del orden jurídico perturbado tenga lugar mediante la reposición a su estado originario de la realidad física alterada con aquéllas y se acuerda ordenar y requerir al infractor arriba indicado para que, en el plazo máximo de un mes desde la notificación de la presente resolución, reponga a su estado originario la realidad física que se ha visto alterada con la ejecución de las obras referidas en el apartado que antecede, mediante la demolición de las mismas, anulándolas por la no conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico, sin imposición de costas.



SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Palos de la Frontera interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que el demandante impugnó.

TERCERO.- No se ha abierto fase probatoria en esta instancia.

CUARTO.- Señalado día para votación y fallo, tuvo éste lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estima la demanda basándose en la redacción originaria del artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, la aplicable:

Las medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado previstas en este capítulo sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los cuatro años siguientes a su completa terminación.

La sentencia computa ese plazo a partir de 2009, por lo que había concluido cuando se inicia el procedimiento que desemboca en el acto administrativo impugnado.

Entendemos que la norma que rige el asunto no es esa por dos motivos.

El primero, que la reforma del artículo por la Ley 2/2012 es aplicable y por tanto el plazo es de seis años. No se trata de dotarla de retroactividad; sino de que los cuatros años no habían concluido cuando entra en vigor.

Pero lo más relevante es que el apartado que se ajusta al estado de cosas es el 2 B) a):

La limitación temporal del apartado anterior no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto a los siguientes actos y usos: Los que afecten a: Terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección.

Como dijimos en la sentencia dictada en el rollo de apelación 1253/2021, que es firme, ante una situación idéntica:

La parcela está en zona no urbanizable de especial protección de acuerdo con el plano de clasificación del suelo unido a la contestación, que es parte del documento de adaptación parcial del plan de Palos de la Frontera a la de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 2002, aprobado 2011.

Esa clasificación del suelo la determina la *Normativa del Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana (Huelva y Sevilla), aprobado por Decreto 341/2003, de 9 de diciembre.*

El artículo 5 de esa normativa, titulado Efecto, dispone que Las determinaciones de este Plan vincularán tanto a las Administraciones y Entidades Públicas como a los particulares.

1. De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1/1994 , las determinaciones de este Plan tendrán el carácter de Normas, Directrices y Recomendaciones.

a) Tienen el carácter de Normas las determinaciones que así se indiquen expresamente. Las Normas son determinaciones de aplicación directa y vinculantes para las Administraciones y Entidades Públicas y para los particulares en los suelos clasificados como urbanizables y no urbanizables. Las Normas aparecen indicadas con una N en los artículos.

Luego el plan es aplicable directamente y de manera inmediata en su parte normativa, dentro de la que hemos de destacar, en lo aquí relevante, los siguientes artículos:

Artículo 19. Sobre el desarrollo urbano y la formación de nuevos núcleos de población. (N)

1. En las zonas A (donde el arquitecto ubica la construcción) y B que se indican en el Plano de Usos los nuevos desarrollos de suelo urbanizable con uso característico residencial deberán ser colindantes con los suelos urbanos o urbanizables existentes a la aprobación definitiva de este plan. No se plantea que la actora cumpla esta condición.

El artículo 45, titulado Zona A :

Zona de protección de recursos naturales. (N y D)

1. En la Zona A se prohíbe la transformación del uso forestal y la implantación de nuevos usos agrícolas. (N)

2. Asimismo, se prohíbe la autorización de actuaciones de interés público. (N)



3. *El planeamiento urbanístico general de los municipios calificará la Zona A de suelo no urbanizable de especial protección. (D) Esta directriz es la que sigue el Ayuntamiento de Palos de la Frontera con la aprobación de su plan general en 2011.*

4. *En caso de desafecciones del uso acuícola o agrícola sólo se permitirá el uso forestal o ganadero extensivo. (N)*

El precepto no contempla el uso de vivienda o residencial ni autoriza transformaciones de uso como su construcción implica.

Y el artículo 70. Viviendas y otras edificaciones destinadas a las actividades agrarias en suelo no urbanizable. (N y D)

1. *El planeamiento urbanístico general determinará, en los espacios en que no esté expresamente prohibido por este Plan, la parcela mínima vinculada a la vivienda y edificaciones destinadas a la explotación agraria de acuerdo con los siguientes requisitos: (D)*

a) *La parcela mínima vinculada a la vivienda de agricultor no será inferior a 5 ha en secano y 2 ha en regadío*

b) *La altura máxima de la edificación será de dos plantas y la superficies de ocupación de parcela por vivienda no será superior a 200 m².*

No invoca la actora que su vivienda sirviera a una utilidad agraria, ni mucho menos prueba que cumpla estos requisitos.

Luego la orden de demolición es ajustada a Derecho porque la construcción se levanta en suelo no urbanizable especialmente protegido desde la entrada en vigor del Decreto 341/2003 el 4 de febrero de 2004, al no serle aplicable el plazo de caducidad de la potestad de restauración según el artículo 185.2 B de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

SEGUNDO.- En relación con la extemporaneidad en la alegación del Ayuntamiento de Palos de la Frontera sobre la clasificación del suelo donde se levanta la construcción que ordena demoler, al no haber especificado durante la tramitación del procedimiento administrativo de restauración de la legalidad urbanística su especial protección, sino que se limitó a señalar que era no urbanizable, dijimos en la sentencia citada:

Entendemos que la clasificación del suelo es una cuestión jurídica, no fáctica, porque consiste en el régimen jurídico que le es aplicable, no en un hecho. Podrá ser esto último y objeto de discusión si una determinada superficie está incluida o no dentro de la sometida a uno u otro régimen, pero no es la planteada en este proceso.

En consecuencia, el Ayuntamiento de Palos de la Frontera ha alegado legítimamente en su contestación la especial protección del suelo donde se encuentra la edificación de la actora.

Esto no causó indefensión al demandante porque pudo oponer los argumentos jurídicos que considerara convenientes en sus conclusiones o probar que su parcela no estaba en la zona afectada, con el amplio margen que el artículo 60.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa le ofrece. Duda que sí se ocupó la parte contraria de despejar trayendo el informe del arquitecto municipal al procedimiento en primera instancia.

El artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no tiene cabida en esta cuestión porque no se trata de admitir o no el recurso, ya que no es la Administración quien lo interpone, ni de una pretensión que incurriera en desviación procesal, pues no formula ninguna.

TERCERO.- Lo argumentado hace irrelevante aclarar la fecha de ejecución de la obra, no obstante lo cual hemos de indicar que lo determinante es su fecha de conclusión, no cuándo se incoó o concluyó un procedimiento administrativo, pues el proceso constructivo puede continuarse posteriormente.

Es lo que dispone el artículo 185 transcrito y el 46.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

Las medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado previstas en este capítulo sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los seis años siguientes a su completa terminación.

La fecha de la terminación debe acreditarla el interesado, según manda el artículo 40.4 del mismo reglamento:

La carga de la prueba de su terminación (de las obras) corresponderá al titular de las obras quien, en su caso, deberá desvirtuar las conclusiones que resulten de las comprobaciones realizadas por los servicios técnicos correspondientes.

Un informe técnico del Ayuntamiento de Palos de la Frontera de 15 de junio de 2010 declara que la obra estaba terminada de pintura y construcción; pero la potestad de restauración de la legalidad ya no caducaba en ese momento.



CUARTO.- Lo expuesto nos lleva a estimar la apelación y desestimar la demanda, con imposición de costas de la primera instancia a la parte actora por ser preceptivo, limitadas a 800 euros más lo que resultare por IVA (artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1º) Estimamos el recurso de apelación del Ayuntamiento de Palos de la Frontera y anulamos y dejamos sin efecto la sentencia apelada.

2º) Desestimamos la demanda objeto de este proceso.

3º) Imponemos las costas de la primera instancia a Juan María con el límite del fundamento de derecho último.

4º) No imponemos las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella puede haber recurso de casación a interponer ante esta Sala, en el plazo de treinta días siguientes a la notificación, si concurren los requisitos de los art. 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Firme esta, con certificación de la misma para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo a su órgano de procedencia.

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