



Roj: **STSJ AND 15316/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:15316**

Id Cendoj: **41091330022023101097**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **29/11/2023**

Nº de Recurso: **588/2023**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA ROSA LOPEZ VELASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SEVILLA

SENTENCIA

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

D. JOSE SANTOS GOMEZ

D. LUIS G. ARENAS IBÁÑEZ

D^a. MARTA ROSA LOPEZ VELASCO

En la ciudad de Sevilla, a veintinueve de noviembre de 2023.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el recurso de apelación número 588/2023 interpuesto por D^a Estela , D. Alberto y D. Jose Carlos , representados por la Sra. Procuradora D^a Ana María Galán González Serna y asistidos por la Sra. Letrada D^a María del Carmen Quintero Piña contra el Auto nº 100/2023 de fecha uno de junio de dos mil veintitrés dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 13 de Sevilla en la pieza de medidas cautelares registrada con el número 119.1/2022, siendo parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de DIRECCION001 , asistido por la Sra. Letrada de sus Servicios Jurídicos; Pronunciando en nombre de SM el Rey la siguiente resolución. Ha sido Ponente la Iltra. Sra. D^a. Marta Rosa López Velasco, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 1 de junio de 2023 se dictó por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 13 de Sevilla, en la pieza de medidas cautelares registrada con el número 119. 1/2023, Auto por el que se acordaba denegar la adopción de la medida cautelar solicitada por la parte recurrente de suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.

SEGUNDO .- Contra dicha resolución se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de la recurrente. La Administración demandada formalizó oposición al recurso de apelación.

TERCERO .- No se ha abierto la 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 Sra. Procuradora D^a Ana María Galán González Serna, en nombre y representación de D^a Estela , D. Alberto y D. Jose Carlos , interpuso recurso de apelación contra el Auto n^o 100/2023 de fecha uno de junio de dos mil veintitrés dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n^o 13 de Sevilla en la pieza de medidas cautelares registrada con el número 119.1/2022.

En la parte dispositiva de la resolución se acordaba denegar la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución impugnada - identificada como "resolución de 19 de agosto de 2022 que en el expediente de protección de la legalidad urbanística NUM000 ordenó la demolición de las obras ejecutadas sin licencia en la parcela DIRECCION000 ,TM de DIRECCION001 descritas en los informes recaídos en el expediente : Vivienda de 79 m² con porche de 21 m² (50%), porche de madera de 12 m², cuarto depuradora de 19 m², piscina de 58 m² y cerramiento afecto a la servidumbre eléctrica, devolviéndose a su estado originario, con la advertencia, en caso de no proceder a lo ordenado, de la ejecución forzosa y con apercibimiento de imposición de multas coercitivas y de ejecución subsidiaria, en los términos establecidos en la citada resolución"; sin hacer especial pronunciamiento en costas.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega, en síntesis, tras señalar que la recurrente D^a Estela es la única propietaria de la parcela a la que se refiere el recurso, cuestiones referidas a los motivos por los que la resolución impugnada no sería conforme a derecho (defectos en notificaciones practicadas de actos de tramite, que la causa penal se archivó respecto del recurrente en los autos D. Jose Carlos y se sigue únicamente respecto de la ampliación de la vivienda y pérgola de madera desmontable, por estimar el Juzgado de Instrucción que de existir delito respecto de las otras obras (cuarto depuradora, piscina y cerramiento) los hechos estarían prescritos, que concurriría causa de prejudicialidad penal que, a su juicio, debería determinar la suspensión del procedimiento seguido (de restablecimiento de la legalidad); haber prescrito la acción de restitución de la legalidad por haber transcurrido más de seis años desde que las obras se ejecutaron; La desproporcionalidad de las multas impuestas en cuanto a su cuantía de 5.000 euros al mes) y se alega la falta de urgencia por parte del Ayuntamiento en llevar a cabo la demolición de obras que se habrían venido consintiendo y, se expone, "autorizando", sin que se haya creado perjuicios al interés público o tercero.

Que en cuanto a la denegación de la medida cautelar considera, en última instancia, concurrentes los requisitos para su adopción por cuanto, acorde a la normativa aplicable y jurisprudencia que invoca, frente a lo señalado en el Auto en el que se valora la existencia de una causa penal como ausencia de apariencia de buen derecho este procedimiento continúa en tramite y no se sigue contra dos de los recurrentes. Que la falta de ofrecimiento de caución no justificaría la denegación pues concurre de forma notoria el requisito del periculum in mora ya que, con relación al caso de autos y en lo que interesa a este recurso, el acto administrativo impugnado impone la demolición de unas obras que, se insiste, se llevaron a cabo antes del año 2015 y de una parte de una vivienda familiar que se alega constituye vivienda habitual. El perjuicio (caso de llevarse a cabo la demolición) no podría ser reparado aún cuando se dictase una hipotética sentencia estimatoria. Que concurriría apariencia de buen derecho porque las obras llevan realizadas nueve años conociendo el Ayuntamiento de su existencia. Que La Sra. Estela y el Sr. Alberto se separaron de hecho en enero y aquella con sus dos hijos menores de edad se habría instalado en la vivienda objeto del recurso "dada su cercanía con el que hasta entonces fuera domicilio familiar", con los perjuicios que la demolición, aún parcial, comportaría. Que el Auto partiría de un error al considerarla como una finca de recreo así como al considerar las obras al margen de la legalidad e incompatibles con el orden urbanístico pues catastralmente se refiere un uso residencial.

Que cabría la exigencia de caución si bien no ha sido interesada por la Administración ni debería considerarse precisa pues como se ha señalado por otros Tribunales la medida de demolición siempre sería susceptible de realización, la Administración Pública tiene, en cuanto a los costes de demolición, potestades administrativas de autotutela para cobrar el importe de la demolición.

Que la resolución impugnada infringe la doctrina constante y reiterada de que la demolición de una vivienda habitual y familiar supone un perjuicio irreparable que justifica la adopción de una medida cautelar como la solicitada. Tampoco se invoca en el mismo la valoración del interés general que podría verse afectado de adoptarse la medida cautelar, refiriéndose a que la obra se ha realizado al margen de la legalidad y es incompatible con el orden urbanístico, entrando, a su juicio, a valorar el fondo del asunto. Se insiste en que el Ayuntamiento venía conociendo la existencia de la edificación por la que se venía satisfaciendo el IBI sin que actuara previamente hasta una denuncia de un particular, siendo que el Ayuntamiento archivó la causa al considerar que no se apreciaba las construcciones denunciadas hayan podido afectar al yacimiento arqueológico denominado " DIRECCION000 ".

TERCERO.- La representación del Ayuntamiento de DIRECCION001 se opuso al recurso de apelación alegando, en síntesis y tras señalar que deberían ser inadmitidas las documentales aportadas con el recurso de apelación al amparo de las previsiones del art. 85.3 de la LJCA, que no cabría admitir las cuestiones planteadas referidas al objeto del recurso que no pueden ser examinadas en este incidente cautelar. El Auto impugnado concluye



en la falta de prueba para que pueda suspenderse cautelarmente la demolición; no concurre un supuesto de *fumus boni iuris*, el expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística se incoa por la construcción de una vivienda en suelo rústico sin licencia de obras, tratándose de obras ilegalizables por ser incompatibles con el planeamiento urbanístico; No concurriría el requisito del *periculum in mora*, la recurrente se limita a realizar alegaciones genéricas, sin soporte probatorio alguno, y que no excede de meros inconvenientes; permitir una obra sin licencia en suelo rústico daña gravemente el interés general.

CUARTO.- En lo que se refiere a la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* esta exige no la mera invocación de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho sino que nos encontremos ante un supuesto de nulidad palmaria, manifiesta e incontrovertida, que amparase la adopción de una medida cautelar suspensiva, en los términos señalados por la Jurisprudencia (en este sentido los Autos del Tribunal Supremo Tribunal Supremo de fechas 29 de enero y de 26 de noviembre de 1999, rec. 1937/1998 y 8547/1998, respectivamente, y Sentencia de 10 de mayo de 1999 rec 1375/1996), o en el caso de actos administrativos dictados al amparo de normas o disposiciones de carácter general declaradas previamente nulas, o de actos idénticos a otros ya anulados jurisdiccionalmente (Sentencia de 28 de febrero de 1998 casación 2053/1994). No cabe en vía cautelar examinar las cuestiones de fondo, que han de resolverse en sentencia, por lo que la aplicación de la referida doctrina ha de ser restrictiva y sujeta a una apreciación manifiesta, incontrovertible, en sus presupuestos.

En el caso de autos no apreciamos nos encontremos ante alguno de esos casos u otros asimilables. La parte reiteradamente alega en su recurso de apelación que las construcciones, objeto de la resolución que acuerda la demolición, han sido "autorizadas". Ciertamente la existencia de actos propios de la Administración precedentes que comportasen una autorización y no hubieran sido objeto de revisión podrían, aún desde apreciaciones indiciarias y sin perjuicio de lo que se resolviera en sentencia, fundamentar una invocación de la doctrina del *fumus boni iuris*. Pero lo cierto es que, a los efectos meramente cautelares que nos ocupa, no se ha justificado, frente a la expresa referencia en la resolución impugnada de que las obras se ejecutaron sin licencia, la existencia de licencia expresa o siquiera petición al efecto, de la que se pretendiese una adquisición, en su caso, por silencio positivo, o la existencia de un expediente de legalización. De la argumentación del recurso lo que se deduce es que el término utilizado propiamente se refiere a una mera tolerancia por conocimiento previo de lo construido pero esta circunstancia podrá tener incidencia en los motivos de impugnación articulados (esencialmente la pretendida prescripción y su alcance con relación a los distintas construcciones a que se refiere la resolución) pero no amparan la aplicación de la referida doctrina.

Por lo tanto, la cuestión, como debidamente fue valorada por el Juzgador de Instancia, ha de referirse a la posible concurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación y la ponderación de los intereses públicos y privados, conforme a las exigencias de los art. 129 y 130 de la LJCA y la jurisprudencia que los ha interpretado.

QUINTO.- Pues bien, atendida la naturaleza de la resolución impugnada a la que se refiere la medida cautelar solicitada de suspensión en cuanto a se refiere a la ejecución de la demolición acordada no podemos desatender que reiterada jurisprudencia viene señalando que "la demolición da lugar a una destrucción de riqueza que puede resultar injustificada en caso de estimación del recurso contencioso-administrativo y que, por tanto, salvo exigencias inmediatas del interés público, ha de evitarse en tanto no exista sentencia firme" (Autos TS de 24 julio, 11, 12 y 24 diciembre 1990, 15 enero, 31 julio, 21 septiembre y 19 noviembre 1991, 24 febrero, 31 julio, 23 y 30 octubre 1992, 8 octubre 1993, etc).

El punto de partida, por lo tanto, ante una orden de demolición, exige partir de una evidencia y es que la existencia de perjuicios es insita a la misma por su propia definición pues no cabe desatender que si bien estos pueden ser objeto de resarcimiento lo serán, de no adoptarse la medida, por equivalencia, mediante la correspondiente indemnización lo que en el caso de que concurren intereses públicos que demanden de forma inmediata la ejecución, ampara la denegación de la medida, en la debida ponderación de aquellos, pero en otro caso la decisión debe atender la realidad de la afectación a bienes materiales del patrimonio del administrado.

Por lo tanto, la mera invocación de la legalidad urbanística infringida no puede integrar esas "exigencias inmediatas del interés público" pues aquella ha de ser presupuesto de toda medida de restablecimiento de la legalidad. La cuestión relevante a ponderar es la concurrencia de un interés público que demande la inmediata ejecución.

En el caso de autos ciertamente no concurren indicios, a los solos efectos de la medida cautelar, de que lo construido se destine a cubrir necesidades habitacionales en situación que demandase, por razones que suelen calificarse como de desamparo, una especial protección - pues frente a la alegación que se pretende introducir ya en esta segunda instancia sobre una pretendida situación sobrevenida de separación de hecho y residencia de uno de los recurrentes y sus hijos que refiere al mes de enero, a los meros efectos cautelares no se aprecia siquiera indiciariamente como hecho nuevo, respecto del que hubiera podido aportarse y admitirse



prueba documental en la segunda instancia, sino que en la solicitud de medida cautelar realizada en abril de 2023 no se decía nada sobre que residiera allí la esposa, es más, decía que se trataba de "una finca familiar que disfruta de ella toda la familia de mi mandante", y siendo que los apoderamientos apud acta con vigencia desde fecha 9 de marzo de 2023 tanto D^a Estela como D. Alberto, su esposo como se indica en el recurso de apelación, señalan como domicilio " DIRECCION001 (Sevilla) DIRECCION002 ", sin que, por otra parte, tampoco se justifique, aún indiciariamente y a estos meros efectos, tal hecho con prueba documental suficiente a estos efectos cautelares - ni de una relevancia o singularidad constructiva. Pero, tampoco, y esto es lo relevante para que consideremos que deba atenderse y aplicarse la doctrina invocada, contraria a la demolición, cabe apreciar un interés público que deba prevalecer en cuanto demanda la ejecución inmediata.

En este sentido debe atenderse que el referido interés vendrá a los efectos cautelares indiciariamente acreditado cuando concurren singulares y debidamente identificados intereses que hagan de la demolición una medida precisa para evitar mayores perjuicios, afectación a intereses singularizados (medioambientales, afectación relevante al demanio público, etc) o con relación a las circunstancias de la infracción (remoción de tierras, estado inicial de la construcción con incidencia del mantenimiento de lo ejecutado o riesgo de afectación o continuación).

En el caso de autos no cabe apreciarlo, ni aún propiamente se invoca por la Administración. En este sentido debe atenderse que la propia resolución impugnada, desestimatoria del recurso de reposición, tras señalar como la parcela es suelo clasificado como Suelo No Urbanizable de carácter natural o rural y en un ámbito de Zona de Protección por Servidumbre de líneas eléctricas, debidamente concreta con relación al informe técnico solicitado relativo a la servidumbre de la línea eléctrica que las construcciones afectadas con relación a la referida parcela serían "Cerramiento. Piscina" y aunque ello pueda integrar asimismo el cuarto depuradora de la piscina lo que evidencia es que no se trata de una afectación de la totalidad de las construcciones y especialmente la vivienda que demandase desde una perspectiva de razones de seguridad, que si serían de haberse concretado ciertamente relevantes, la demolición inmediata de todo lo ejecutado.

En suma, atendida la doctrina invocada y de aplicación al caso, procede la concesión de la medida cautelar de suspensión de la ejecución si bien debemos, asimismo, y en cuanto facultad que corresponde a los tribunales, estimar procedente se condicione aquella a la debida prestación de garantía, conforme a las previsiones del art. 133.1 de la LJCA, por el importe señalado como coste previsto de demolición de 18.779,39 euros incrementado en un 10% para responder de intereses. Esta medida se considera proporcionada y adecuada porque asegura el interés público en cuanto a la consideración de la evitación de efectivos daños asociados a la afectación de la ejecutividad de lo acordado desde la perspectiva del coste. No tratándose de una cuestión de exacción - dada la naturaleza subsidiaria de la ejecución que de cumplirse permitiría dejar sin efecto aquella - sino efecto directo de la debida ponderación de intereses en el que la adopción de la medida toma en cuenta asimismo que los perjuicios que de la dilación de la ejecución se derivase para la Administración actuante, precisando actualizaciones de los costes, más en un contexto inflacionista, son susceptibles de ser cuando menos minorados en orden a una inmediatez y valoración de la suficiencia.

Por otra parte esta medida de suspensión se refiere estrictamente a la demolición de las actuaciones de construcción descritas en el estado en que se encontraban cuando se notificó la resolución administrativa de suspensión excluyendo cualesquiera otras que se pudieran ejecutar. No constando a esta Sala se hubieran practicado precintos que, del mismo modo, no podrían verse afectados.

SEXTO.- Estimado el recurso de apelación no procede conforme a las previsiones del art. 139.2 hacer imposición de las costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Procuradora D^a Ana María Galán González Serna, en nombre y representación de D^a Estela, D. Alberto y D. Jose Carlos, interpuso contra el Auto nº 100/2023 de fecha uno de junio de dos mil veintitrés dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 13 de Sevilla en la pieza de medidas cautelares registrada con el número 119.1/2022 debemos acordar y acordamos:

1º revocar el Auto impugnado.

2º acordar la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto impugnado en cuanto a las ordenes de reposición y demolición acordadas, en los términos señalados en el FD quinto in fine de esta resolución y condicionada a la prestación de garantía por el importe de 18.779,39 euros incrementado en un 10% que habrá de constituirse ante el Juzgado de Instancia en el plazo máximo de un mes desde la notificación de esta resolución.



Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma solo podrá interponerse, en su caso, recurso de casación que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a su notificación y con los requisitos establecidos en el art. 89 de la LJCA.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ